



**ASPECTES
DE LA
JURISPRUDÈNCIA
ANDORRANA**

BALANÇ DE 20 ANYS DE CONSTITUCIÓ

Pere Pastor Vilanova

COORDINADOR

Aspectes de la jurisprudència andorrana

Balanç de 20 anys de Constitució

Pere Pastor Vilanova

Coordinador

Joan Manel Abril Campoy

Eulàlia Amat Llari

Albert Andrés Pereira

Daniel Arqués Tomàs

Francesc Badia Gomis

Xavier Jordana Rossell

Antoni López Montanya

Yves Picod

Josep Maria Pijuan Canadell

Bernard Plagnet

Joan Miquel Rascagneres

Aspectes de la jurisprudència andorrana. Balanç de 20 anys de Constitució
Pere Pastor Vilanova (coordinador)

Edició i coordinació: Universitat d'Andorra
Disseny i compaginació: A-Tracció-A

Impressió: Solber
Dipòsit legal: AND.277-2014
ISBN: 978-99920-3-011-0

© Joan Manel Abril Campoy, Eulàlia Amat Llari, Daniel Arqués Tomàs, Francesc Badia Gomis, Xavier Jordana Rossell, Antoni López Montanya, Pere Pastor Vilanova, Yves Picod, Josep Maria Pijuan Canadell, Bernard Plagnet, Albert Andrés Pereira i Joan Miquel Rascagneres
© d'aquesta edició: Universitat d'Andorra
Plaça de la Germanat, 7 / AD600 Sant Julià de Lòria (Andorra)
www.uda.ad

Primera edició: juny del 2014

Sota les sancions establertes per les lleis, queden rigorosament prohibides, sense l'autorització per escrit dels titulars del copyright, la reproducció total o parcial d'aquesta obra per qualsevol mitjà o procediment –inclosos la reprografia i el tractament informàtic– i la distribució d'exemplars d'aquesta edició mitjançant lloguer o préstec públics.

Taula de contingut

- 7** *Pròlegs*
Enric Casadevall Medrano, *president del Consell Superior de la Justícia*
Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, *president del Tribunal Constitucional*
M. Eulàlia Amat Llari, *presidenta del Tribunal Superior de Justícia*
Daniel Bastida Obiols, *rector de la Universitat d'Andorra*
- 17** *La liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns en l'ordenament jurídic andorrà*
Joan Manel Abril Campoy, *magistrat de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia*
- 29** *La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra en matèria de prescripció*
Eulàlia Amat Llari, *presidenta del Tribunal Superior de Justícia*
- 41** *La naturalesa jurídica de la llegítima*
Daniel Arqués Tomàs, *advocat*
- 59** *El dret a un procés degut: visió jurisprudencial de l'article 10 de la Constitució i de l'article 6.1 del Conveni europeu dels drets humans*
Francesc Badia Gomis, *degà del Col·legi Oficial d'Advocats d'Andorra*
- 79** *L'estrall del fet consumat i els interdictes. Teoria i pràctica. Jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra*
Xavier Jordana Rossell, *advocat*
- 99** *El dret administratiu sancionador en la jurisprudència del Tribunal Superior*
Antoni López Montanya, *advocat*
- 113** *La protecció del treballador en la jurisprudència civil. Especial referència a l'extinció del contracte de treball*
Pere Pastor Vilanova, *magistrat de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia*
- 125** *Consciència i responsabilitat penal*
Yves Picod, *magistrat de la sala penal del Tribunal Superior de Justícia*
- 133** *El procediment urgent i preferent*
Josep Maria Pijuan Canadell, *President del Tribunal de Corts*
- 149** *La recerca d'un equilibri entre els drets dels administrats i les competències de les administracions*
Bernard Plagnet i Albert Andrés Pereira, *magistrats de la sala administrativa del Tribunal Superior de Justícia*
- 171** *La protecció del secret de les comunicacions*
Joan Miquel Rascagneres, *advocat*

Pròlegs

Amb la nostra carta magna entesa com la norma fonamental que fixa les institucions vertebradores i els principis ordenadors de la nostra convivència, felicitem la iniciativa de la publicació commemorativa del 20è aniversari de la Constitució, del Tribunal Constitucional i del Tribunal Superior de la Justícia.

Històricament, la primera organització de la justícia a Andorra resultava dels Pareatges del 1278 i del 1288. La justícia administrativa i la justícia penal pertanyien als veguers i als delegats permanents amb la participació del jutge d'apel·lacions dins del Tribunal de Corts.

En l'àmbit civil la justícia comptava amb 3 figures: la primera, el batlle, que jutjava com a òrgan unipersonal; la segona, el jutge d'apel·lacions, nomenat alternativament per un dels coprínceps i que també actuava com a jutge unipersonal, i finalment, cada copríncep nomenava un tribunal superior que actuava com a jurisdicció de recurs contra les sentències del jutge d'apel·lacions.

L'any 1991, naixia el Tribunal Superior de Corts, com a jurisdicció d'apel·lació i de cassació en l'àmbit penal.

Poc abans del text constitucional, Andorra va haver de crear també una jurisdicció del contenciós administratiu amb els seus jutges de primera instància i amb un Tribunal Superior Administratiu com a jurisdicció d'apel·lació.

En total Andorra disposava de 4 jurisdiccions superiors, 2 per al civil, 1 per al contenciós administratiu i l'última per al penal.

La Constitució andorrana, en l'article 85, va voler posar fi a aquesta incongruència i va proclamar els principis d'unitat i d'exclusivitat jurisdiccional, i així el poder judicial s'exerceix d'ençà del primer de gener del 1994 en una sola organització de jutges i de tribunals estructurada per graus jurisdiccional, i taxativament s'estableix que la "potestat jurisdiccional és exercida pels batlles, el Tribunal de Batlles, el Tribunal de Corts i el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra".

L'existència d'una justícia constitucional al país també és molt recent, puix neix amb la mateixa Constitució del 1993 i amb la creació del Tribunal Constitucional com a intèrpret suprem de la mateixa carta magna. D'ençà que es va crear, aquest alt tribunal ha pogut exercir les seves atribucions amb la finalitat de protegir de manera eficaç la Constitució gràcies a un procediment ràpid i eficaç.

Però, també, ara ha fet vint anys que els constituents van voler dotar el poder judicial d'un òrgan de govern independent de la resta d'òrgans de l'Estat per protegir i garan-

tir la independència dels jutges en l'exercici de llurs funcions. Amb aquesta voluntat es creava el Consell Superior de la Justícia, el qual, per la seva pròpia composició col·legiada i per l'origen de l'elecció dels seus membres, constitueix un exemple d'equilibri que impossibilita el predomini de qualsevol altre òrgan de l'Estat.

Desitjo que aquesta publicació commemorativa del 20è aniversari de la Constitució, del Tribunal Constitucional i del Tribunal Superior de la Justícia, que recull diversos articles doctrinals sobre la figura del Tribunal Constitucional i del Tribunal Superior de Justícia, la seva evolució i jurisprudència, permeti una comprensió millor de la realitat jurídica andorrana.

Andorra la Vella, 30 de gener del 2014.

Enric Casadevall Medrano

President del Consell Superior de la Justícia

Una de les innovacions més significatives introduïdes per la Constitució del Principat va ser la creació del Tribunal Constitucional. El Tribunal, que en aquests moments tinc l'honor de presidir, és un òrgan singular. Se li encomana l'alta funció de ser l'intendent suprem de la Constitució, com assenyala l'article 95. Per aquest motiu, és una institució de gran rellevància política, però que actua, com precisa aquest article mateix, "jurisdiccionalment" i no amb criteris polítics.

El Tribunal Constitucional exerceix jurisdicció, però no la jurisdicció *ordinària*, a la qual es refereix l'article 87 de la Constitució, reservada als batlles i als tribunals del Principat. Aquests últims també han de vetllar per l'acompliment de la Constitució i, com recorda l'article 39.1 *in fine*, el contingut dels drets fonamentals i de les llibertats públiques "és protegit pels Tribunals". Però aquesta protecció no és l'única, ni la més alta, perquè el Tribunal Constitucional la pot corregir si en un procés d'empara estima que s'ha vulnerat algun dret fonamental (article 88 de la Constitució).

En canvi, el Tribunal Constitucional no ha d'entrar a revisar el criteri que els tribunals sustenten en aplicar la legislació ordinària quan no estigui en joc un dret de rellevància constitucional. L'última paraula decisòria en aquest àmbit correspon al Tribunal Superior de Justícia a través de les seves sales. Com s'ha repetit tantes vegades en la doctrina ben fixada i invariable del Constitucional, aquest Tribunal no és una tercera instància per revisar el fons d'allò que ja s'ha discutit abans dues vegades, ni un tribunal de cassació. Per això, la via de l'article 10.1 de la Constitució, pel que fa al "dret a la jurisdicció" i al dret al "procés degut", només s'obre al Constitucional si se superen els criteris de l'anomenat *cànon de constitucionalitat*. I això tan sols pot succeir si la resposta final de la jurisdicció ordinària resulta sense cap mena de dubte il·lògica, absurda o arbitrària, supòsits que –com es pot entendre, atesa la qualitat de la justícia en el Principat– succeeix en comptades ocasions.

El Tribunal Constitucional té el seu camp més específic de protecció als ciutadans d'Andorra quan es vulneren els seus drets fonamentals clàssics o les seves llibertats públiques o quan s'examina una possible inconstitucionalitat de les lleis, ja siguin anteriors o posteriors a la Constitució.

Quan estan en joc els drets fonamentals i les llibertats públiques dels ciutadans, el Tribunal posa en pràctica una protecció –es podria dir– més forta i immediata. Com destaca una sentència recent del 13 de març del 2014:

"la plena protecció jurisdiccional dels drets fonamentals de la persona i de les llibertats públiques, en sentit estricte –no de mers *'drets i principis econòmics,*

socials i culturals’ del capítol V del títol II de la Constitució– és una exigència constitucional que ha de ser garantida com una cosa essencial a aquests drets. No es tracta d’un element accidental, extern i prescindible. Sense la garantia jurisdiccional plena la declaració d’un dret fonamental es convertiria en retòrica, *flatus vocis* o verbalisme”.

Pel que fa a la possible inconstitucionalitat de les lleis, l’acció del Tribunal Constitucional està supeditada al fet de ser plantejada en temps i forma pels membres del Consell General o a iniciativa dels batlles i dels tribunals, en el cas d’un procediment incidental. Aquestes dues vies han estat, fins ara, emprades amb molta prudència.

Mitjançant qualsevol d’aquestes dues vies –i d’altres igualment possibles, establertes en la Constitució– el Tribunal Constitucional exerceix aquesta funció d’interpret suprem i màxim garant jurídic de l’Estat de dret al Principat.

Per desenvolupar millor aquesta tasca, una iniciativa com la d’aquest llibre ha de ser benvinguda. Il·lustres membres de la judicatura andorrana, advocats i juristes destacats hi han fet un treball important d’estudi i d’exposició en matèries jurídiques de gran interès.

Estic segur que la seva aportació, ara que ja s’han complert amb escreix els vint anys de la Constitució, serà de gran utilitat per a tothom. I ajudarà a garantir millor a Andorra “el respecte i la promoció de la llibertat, la igualtat, la justícia, la tolerància, la defensa dels drets humans i la dignitat de la persona”.

Març del 2014.

Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona

President del Tribunal Constitucional

Com és ben sabut, l'aprovació de la Constitució del Principat l'any 1993 va suposar un canvi substancial en l'organització dels tribunals andorrans. L'article 87 CA disposa que la potestat jurisdiccional és exercida pels batlles, el Tribunal de Batlles, el Tribunal de Corts i el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, així com pels presidents respectius d'aquests tribunals, d'acord amb les lleis, de tal manera que a partir de la seva entrada en vigor s'instaura un sistema judicial únic, propi d'un estat de dret independent i sobirà, i desapareixen els antics tribunals que depenien dels coprínceps.

Durant els vint anys de funcionament del nou sistema judicial la jurisprudència del Tribunal Superior s'ha consolidat com una de les fonts del dret andorrà tal com ha estat concebuda tradicionalment. És cert que la funció d'aquesta jurisprudència no és exactament la mateixa que la que havia tingut la dels tribunals de la Mitra, o del copríncep francès; el dret andorrà està format en l'actualitat fonamentalment per lleis dictades pel Consell General adequades a la realitat social andorrana del temps de la seva promulgació, especialment en matèria penal i administrativa. No obstant això, per una banda, la jurisprudència és essencial a l'hora d'interpretar i aplicar lleis de nova creació, com són la majoria de les actualment vigents, fixant criteris que donin seguretat jurídica als ciutadans; i, per una altra, en l'àmbit civil encara és necessari aplicar a vegades normes romanes, canòniques, o catalanes anteriors al Decret de Nova Planta amb molts segles d'antiguitat per resoldre litigis que es plantegen en el moment actual i, malgrat que a vegades existeix una jurisprudència consolidada a causa de l'esforç que van fer en aquest sentit els prestigiosos juristes que van formar part dels tribunals preconstitucionals, en altres casos no existeix un precedent jurisprudencial clar, de tal manera que en qualsevol de les dues situacions els tribunals andorrans porten a terme una tasca que, a vegades, va més enllà de la que desenvolupen els tribunals d'altres països del nostre àmbit cultural.

Els treballs que s'inclouen en aquest volum recullen els aspectes més significatius de la jurisprudència de les diferents sales del Tribunal Superior durant aquests vint anys i donen fe de la tasca portada a terme per tal de donar la necessària seguretat jurídica als ciutadans del Principat.

Andorra la Vella, febrer del 2014.

M. Eulàlia Amat Llari

Presidenta del Tribunal Superior de Justícia

L'any 1998, el Consell Superior de la Justícia, l'Institut d'Estudis Andorrans i la Universitat d'Andorra van iniciar conjuntament un projecte de recopilació doctrinal del conjunt del dret andorrà amb l'objectiu de poder oferir una formació específica en aquest àmbit. Per redactar el material, es va crear un grup de treball format per experts en cadascuna de les branques del dret.

La primera edició del postgrau en dret andorrà es va oferir l'any 2001, amb la voluntat de difondre els continguts compilats als professionals que exercien al país. Aquest postgrau és avui una formació consolidada i reconeguda que es continua oferint de manera biennal. S'hi tracta un ampli ventall d'aspectes propis d'Andorra en els àmbits de les institucions públiques, les fonts del dret i el dret privat, penal, administratiu, processal civil i internacional.

El 20è aniversari de la Constitució del Principat d'Andorra, que es commemora en aquest volum, ha coincidit amb la culminació de la desena edició del postgrau en dret andorrà. Aquesta formació es complementa avui amb una àmplia oferta de cursos d'actualització en l'àmbit de les ciències jurídiques, que permeten el reciclatge continuat i l'actualització dels coneixements. A més, l'experiència adquirida per la Universitat d'Andorra en aquest camp ha permès desenvolupar la formació reglada, amb la implementació del bàtxelor en dret, en format virtual, com a primer cicle universitari. El material compilat ha esdevingut una font documental en aquest àmbit, gràcies a la publicació d'una sèrie de llibres amb la col·laboració de la Fundació Crèdit Andorrà.

Mirant cap al futur, nous projectes en la mateixa línia donaran continuïtat als estudis, d'acord amb les prioritats que s'estableixin des de les institucions. Es treballa així en la creació d'un segon cicle universitari que condueixi a la titulació d'Estat de màster.

En el marc dels estudis de dret andorrà, amb aquest recull es commemora que l'any 2013 ha estat l'any del 20è aniversari de la Constitució del Principat d'Andorra, del Tribunal Constitucional i del Tribunal Superior de Justícia. La Universitat d'Andorra, una institució amb voluntat de servei al país, renova així el seu compromís de continuar contribuint a la divulgació del coneixement en l'àmbit jurídic.

Daniel Bastida Obiols

Rector de la Universitat d'Andorra

La liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns en l'ordenament jurídic andorrà

Joan Manel Abril Campoy
Magistrat de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia

SUMARI: 1. El sistema de fonts de l'ordenament jurídic andorrà: el dret aplicable a la liquidació del règim de separació de béns. **2.** El règim de separació de béns com a règim supletori. Els problemes relatius a la liquidació del mateix. **3.** Titularitats formals i principi de subrogació real: supòsits aplicables. **4.** La norma de tancament del sistema.

1. El sistema de fonts de l'ordenament jurídic andorrà: el dret aplicable a la liquidació del règim de separació de béns.

L'ordenament jurídic andorrà es troba dotat d'un sistema de fonts del dret privat que s'estructura de conformitat al principi de jerarquia. Així, en primer terme, procedeix l'aplicació de les normes pròpies i dins d'aquestes s'entenen no solament les aprovades pels òrgans legislatius de les Valls d'Andorra sinó també aquelles que conformen el dret català anterior al Decret de Nova Planta de 16 de gener de 1716¹. En segon terme, en defecte de lleis pròpies esdevé aplicable el costum. I, en tercer terme, en defecte de norma consuetudinària és d'aplicació el dret comú, integrat en primer lloc pel dret canònic (cfr. fonamentalment les Decretals de Gregori IX) i en segon lloc pel dret romà.

Si aquestes consideracions es traslladen a la liquidació del règim econòmic de separació de béns, es poden obtenir les següents conclusions. La Llei qualificada del matrimoni de 30 de juny de 1995 preveu (art. 55) que la sentència ferma de separació, divorci o nul·litat determina la dissolució del règim econòmic matrimonial, però si bé en la mateixa es regulen les mesures provisionals i definitives, no es contempla la disciplina de la liquidació dels règims econòmics matrimonials, ni, per tant, tampoc la del règim de separació de béns. En canvi, sí existeix una norma pròpia, l'Edicte dels Delegats Permanents dels Coprínceps, de data 15-11-1975, sobre drets concernents a la dona casada, que, conjuntament amb el dret català anterior al Decret de Nova Planta de 1716 conformen el dret aplicable a la liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns.

1. En el sentit del text, es van pronunciar PALLEROLA El Principado de Andorra y su constitución política, Lleida, 1912, págs. 183 y ss., y VIÑAS I FARRÉ Dret Internacional Privat del Principat d'Andorra, I, Barcelona, 2002, págs. 24 y 25. També la jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia ha mantingut aquest concepte de lleis pròpies dins del sistema de fonts del dret andorrà. Vegeu, així les SSTSJA de 15-6-1995, 18-1-1996, 29-4-1999, 30-11-2000 i 18-11-2004. Respecte del tema de les fonts del dret, amb detall, podeu consultar Les fonts del Dret andorrà, A. Pigot, Andorra, 2005.

2. El règim de separació de béns com a règim supletori. Els problemes relatius a la liquidació del mateix.

L'Edicte de 15 de novembre de 1975 determina, en el seu article 6.1, que, en defecte de capítols matrimonials, el règim econòmic matrimonial aplicable als matrimonis andorrans és el de separació de béns. I aquesta configuració del règim de separació de béns com a règim legal supletori, cal complementar-la amb les disposicions de l'article 4 de la Llei qualificada del matrimoni que inclou una norma de dret internacional privat per a resoldre la determinació del règim econòmic matrimonial. Així, el mencionat article ensenya que **“A manca de capítols matrimonials o en allò en què aquests siguin insuficients, el règim econòmic matrimonial es fixa per la llei nacional comuna dels cònjuges; altrament, per la llei del lloc de la residència del matrimoni, i, en cas de conflicte de lleis, preval el règim de separació de béns”**.

El règim de separació de béns es pot conceptuar com un règim econòmic matrimonial que refusa la configuració dels interessos patrimonials dels consorts des del punt de vista de la gènesi d'un patrimoni comú dels mateixos i opta per mantenir el patrimoni privatiu de cada consort quan contreu matrimoni, així com proclamar la titularitat privativa de tots aquells béns i drets que adquireix constant matrimoni. Des d'aquesta òptica, s'ha afirmat encertadament que el règim de separació es caracteritza per atribuir a cada consort la titularitat exclusiva dels béns i drets del seu patrimoni, el gaudi exclusiu dels mateixos, les facultats de gestió separades per cada patrimoni i la responsabilitat individual de cada consort pels deutes propis front a tercers, amb excepció dels deutes contrets en benefici de la família².

Aquest règim de separació de béns mai fou realment un règim absolut de separació de béns, tota vegada que el dot i les institucions paradotals mitigaven aquesta radical separació patrimonial. A l'actualitat, les institucions dotals han pràcticament desaparegut i, per tant, esdevé encertat afirmar que a les Valls d'Andorra, ara més que abans, el règim de separació de béns constitueix un règim on la separació o delimitació patrimonial és absoluta o radical. Aquesta separació absoluta pot generar problemes de desprotecció en relació al consort més feble econòmicament quan el matrimoni es dissol, ja sigui per mort d'un dels consorts i no s'han establert les previsions testamentàries adequades, atesa l'escassetat dels beneficis viduals pel consort supervivent, o per divorci o bé es posa fi a la convivència per la separació, atès que en aquests darrers casos, si bé existeix el mecanisme de la pensió compensatòria (cfr. Art. 57 LQM), aquesta solament intentar pal·liar el desequilibri econòmic produït arrel de la crisi matrimonial i amb contemplació del futur, però no preveu, a diferència del que s'esdevé en el dret català, una solució a l'augment patrimonial

2. PUIG FERRIOL Fonaments de Dret Privat andorrà, I, Andorra, 2005, pág. 499.

d'un dels consorts amb el treball per a la casa o per a l'empresa o negoci de l'altre consort, sense retribució o amb retribució insuficient; expedient que, clarament, troba el seu fonament en la dedicació passada a la família.

Nogensmenys, en moltes ocasions les deficiències legals han estat suplides per la pròpia actuació dels consorts, els quals han trobat mecanismes per a protegir aquell que, des d'un punt de vista econòmic i malgrat l'equiparació jurídic-formal del règim de separació, es troba en una situació més dèbil. Així, ha estat freqüent l'adquisició de béns per meitats indivises, les compres amb pacte de supervivència o l'apertura de comptes indistints o solidaris que reconeixen a ambdós titulars les facultats d'alienació individual. I també, dins d'aquest àmbit, s'ha d'incloure l'anomenada intestació de béns, ja sigui total o en part, a nom de l'altre consort.

L'extinció del règim de separació de béns dóna lloc a la seva liquidació. Aquesta liquidació es pot practicar de mutu acord entre els interessats o, en el seu defecte, per resolució judicial. Els problemes que planteja la liquidació del règim econòmic matrimonial s'han de concretar, dins l'àmbit de l'ordenament jurídic andorrà, en tres: un, des del punt de vista processal, quin és el procediment adequat per a canalitzar la liquidació del règim de separació de béns (d'aquest problema ens ocupem en el present epígraf), dos, l'aplicació de les titularitats formals i el rebuig del principi de subrogació real per a la determinació de les masses privatives i tres, la norma de tancament del règim de separació de béns. No examinarem aquí, però ja hem deixat constància de l'existència de la seva problemàtica, de l'absència d'una disciplina que contempli, amb fonament en la vida familiar ja transcorreguda, la dedicació d'un consort a la llar o al treball de l'altra, sense retribució o amb una retribució que pot ser qualificada com insuficient, quan, gràcies a aquesta dedicació, l'altre consort ha pogut incrementar el seu patrimoni privatiu. La manca d'una compensació econòmica per aquesta dedicació passada i la seva compatibilitat amb la pensió compensatòria, i amb les noves tendències actuals que advoquen cada vegada més per la temporalització d'aquesta darrera (d'aquí la denominació actual en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya de prestació compensatòria), són, potser, extrems que han de ser abordats en el dret andorrà. El primer, no previst a les normes pròpies, ja ha estat rebutjat pel Tribunal Superior (vegeu la STSJA de 18-11-2004, en la que es sustenta que **"Si s'analitza les actuacions, es pot concloure que el que va esdevenir és que essent els negocis de titularitat privativa de l'esposa, el marit va col·laborar en l'explotació dels mateixos, de forma que, segons s'afirma per ell, la seva intervenció va transformar en més rendibles els referits negocis i va eixugar els deutes existents, augmentat la clientela i el fons de comerç. Nogensmenys aquestes asseveracions, ens trobem front a un supòsit on un dels consorts, en aquest cas el marit, va treballar al negoci de l'esposa mentre la convivència matrimonial va funcionar adequadament i ara, en el moment de liquidar el règim econòmic matrimonial, pretén ésser compensat econòmicament per l'augment patrimonial que ha experimentat la seva esposa**

arrel de la seva dedicació al negoci. I com es pot apreciar estem davant d'una petició de compensació econòmica que es fonamenta en la dedicació a l'activitat empresarial de l'altra consort durant el matrimoni i que s'exercita ara en seu de liquidació del règim econòmic matrimonial. I aquesta pretensió no pot triomfar perquè, a diferència de regulacions jurídiques del nostre entorn, com el dret de família català (art. 41 Codi de Família) on es preveu, com a pal·liatiu del règim de separació de béns que la dedicació a l'activitat de l'altra consort, sense retribució o amb retribució insuficient, així com el treball per a la llar, donen dret a sol·licitar una compensació econòmica si a conseqüència de la referida activitat s'ha produït un augment en el patrimoni de l'altre consort, aquesta prevenció esdevé una mitigació legal al règim de separació de béns, introduïda l'any 1993, amb la reforma de la Compilació de 30-9-93 (art. 23) i mantinguda amb el Codi de Família de 15 de juliol de 1998 (art. 41), en el dret de família andorrà, la mateixa no es contempla a l'edicte de 15-11-1975 ni a la Llei Qualificada del matrimoni, per la qual cosa aquest Tribunal no pot erigir-se en legislador i concedir un dret a la compensació, amb fonament en l'activitat realitzada durant la convivència, quan l'ordenament jurídic que s'ha d'aplicar no contempla i, per consegüent, refusa l'adopció d'una mesura d'aital classe"), mentre que el segon sí que pot ser objecte, mitjançant la jurisprudència, d'adequació a la realitat social andorrana.

Pel que fa al primer dels problemes als quals s'ha fet referència, la determinació del procediment adequat per a la canalització dels interessos en ares a obtenir la liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns, inicialment es tramitava pel procediment d'execució de sentència (cfr. STSJA de 28-09-1998), però el Tribunal Constitucional va acollir un recurs d'empara (STSC 13-02-1999) i va anul·lar el pronunciament del Tribunal Superior. A partir d'aquesta sentència, el Tribunal Superior va modificar la seva doctrina i va considerar adient que la liquidació del règim econòmic matrimonial es tramités pel procediment declaratiu ordinari (vegeu SSTSJA de 15-04 i 20-05-1999).

3. Titularitats formals i principi de subrogació real: supòsits aplicables.

La determinació dels patrimonis privatis dels consorts en règim de separació de béns i, en concret, l'acreditació de les titularitats (de domini o de drets reals) del marit o de la muller sobre béns concrets i determinats requereix portar a terme les següents precisions.

L'article 6.2 de l'Edicte de 15 de novembre de 1975 estableix que cada cònjuge pot acreditar per qualsevol mitjà de prova la propietat exclusiva d'un bé. Malgrat el

precepte contempli solament el dret de domini o propietat, la titularitat que es pot acreditar és també qualsevol titularitat d'un dret real sobre cosa aliena, com pot ser un dret d'úsdefruit, d'emfiteusi, de superfície, etc. Així mateix, preveu la norma que la titularitat exclusiva que es projecte sobre un bé o dret es podrà acreditar per qualsevol mitjà de prova³. En aquest sentit, si bé les proves documentals seran, habitualment, el mitjà més emprat per a l'acreditació d'una titularitat, ja sigui un document públic o privat, tampoc es pot oblidar la rellevància que pot tenir una prova de confessió⁴, ja sigui extrajudicial o judicial, segons la qual un dels consorts pot confessar que la titularitat d'un bé pertany a l'altra consort en la seva totalitat o en una quota indivisa o la prova de presumpcions⁵.

Una vegada determinada la titularitat d'un bé o dret mitjançant qualsevol mitjà de prova, si el consort ha procedit a l'adquisició d'aquest bé o dret amb numerari o béns que provenen del seu patrimoni, no existeix més problemàtica. En canvi, les qüestions sorgeixen quan el bé o dret del qual apareix com a titular el consort, el numerari o els béns per a la seva adquisició (cfr. Un supòsit de permuta) no provenen del seu patrimoni sinó que, en part o en la seva totalitat, han sortit del patrimoni de l'altre consort. És a dir, es tracta de respondre a la pregunta, si en el règim de separació de béns, esdevé aplicable el principi de la subrogació real, de manera que esdevingués titular aquell dels consorts amb el numerari o béns del qual s'ha portat a terme l'adquisició, encara que la titularitat resti a nom de l'altre.

3. Així la STSJA de data 29-11-2012, dictada en el Rotlle 47/2011 fixa amb claredat quina és la problemàtica que es pot plantejar en seu de liquidació del règim de separació de béns i en relació a l'acreditació de la titularitats de determinats béns: **"La doctrina d'aquesta Sala referent al règim de separació de béns ha posat de manifest que la determinació dels patrimonis privatis no ofereix problemes en relació als béns i drets que integren la massa patrimonial quan s'inicia el règim de separació de béns ni tampoc respecte dels fruits o rendes dels béns privatis, atès que aquests pertanyen al titular de la massa privativa (cfr. Art. 6 de l'Edicte de 15-11-1975). El problema es planteja indubtablement quan ambdós consorts s'atribueixen el domini sobre determinats béns adquirits durant el matrimoni. Arribats a aquest extrem, l'Edicte de 15-11-1975 preveu que cada cònjuge podrà acreditar per qualsevol mitjà de prova la propietat exclusiva d'un bé (art. 6.2); extrem que haurem d'estendre lògicament a l'acreditació també de la propietat compartida del mateix".**

4. A favor de la prova de confessió judicial com a mecanisme per a acreditar una titularitat, es pot examinar la STSJA 29-11-2012, dictada en el Rotlle 47/2011, quan assevera que **"En el cas, s'addueix l'existència d'una confessió de la part defenent, segons la qual es reconeixeria que la voluntat era que la parcel·la fos a nom de tots dos. Si s'analitza la prova practicada s'ha d'arribar a l'estimació del present motiu i, per tant, a la declaració del domini de la meitat de la finca d'antes i de la construcció que es troba bastida sobre la mateixa. Els arguments que sustenten la present resposta són els següents. En primer terme, de la prova de confessió en judici (folis 790 i 791) s'extreu que el Sr. X manifesta que la intenció era posar el terreny a nom de tots dos consorts i si no es va fer, fou per un motiu administratiu, consistent en que la seva esposa no portava el temps reglamentari al Principat, la qual cosa evidencia, a criteri d'aquesta Sala, que es va escripturar només a favor del marit, quan la voluntat era que hagués estat a nom de tots dos. I aquesta declaració s'ha d'entendre com una confessió en relació a la veritable titularitat del bé immoble per meitats".**

5. Consulteu, PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pàgs. 505 i 506.

Aquesta qüestió ha rebut una resposta negativa tant en el dret francès com en el dret català. En aquest darrer, la interpretació que ha merescut, en primer terme, l'article 49.3 de la Compilació del dret civil de Catalunya, i, amb posterioritat, l'article 39 del Codi de Família, de 15 de juliol de 1998, per part de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, han resolt de manera molt clara el refús del principi de la subrogació real en benefici del joc de les titularitats formals. A l'actualitat, i des del dia 1 de gener de 2011, es troba vigent l'article 232-3 determina que, pel que fa a les adquisicions oneroses, **"1. Els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal"**.

Sense perjudici de valorar amb posterioritat la introducció d'aquest segon apartat, que exclou el joc de la titularitat formal respecte dels béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es pot observar com s'estableix clarament el criteri de les titularitats formals i que l'expedient que justifica que la contraprestació per l'adquisició del bé o dret s'efectués provingués del patrimoni de l'altre consort és la donació. Cal fer notar, que aquesta presumpció de donació no s'estén en el dret català a les titularitats formals en relació a les parelles estables (cfr. Arts. 234-1 a 14 CCC), per la qual cosa caldrà entendre que, en aquest darrer supòsit, actua no la presumpció de donació sinó la de préstec, en consonància amb la màxima, segons la qual les liberalitats no es presumeixen.

A l'ordenament jurídic andorrà, la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia és unànime en descartar el joc de la subrogació real i afirmar no solament la procedència de les titularitats formals, sinó que l'expedient que justifica la transmissió de la contraprestació del marit a la muller és l'atribució gratuïta o la donació. Així, s'han pronunciat amb detall les sentències de 13 d'abril de 2000 (**"D'aquesta afirmació en resulta que fins i tot si s'admet com a completament acreditat que la totalitat del preu convingut el va pagar el marit, aquest fet en res contradiu la titularitat de l'esposa sobre la meitat indivisa dels drets que va adquirir en el contracte de promesa de venda. Ja que la tesi contrària que apunta el recurs, és la d'aplicar en aquest cas el principi de la subrogació real, que portaria a la conseqüència de que si el preu el va pagar íntegrament el marit, el bé adquirit en aquestes circumstàncies es subrogaria en el lloc dels diners en el patrimoni privatiu del marit. Però aquesta tesi suposaria distorsionar els principis que informen el règim de separació de béns, en el qual no s'aplica la figura de la subrogació real, ja que preval el principi que es deriva de la titularitat formal a favor de l'adquirent, i si això produeix un desequilibri patrimonial entre els patrimoni d'ambdós cònjuges, sempre resta oberta la possibilitat de que el perjudicat**

exerceixi una acció d'enriquiment injust per tal de restablir l'equilibri..."), la de 18 de novembre de 2004 ("I en el benentès que encara que resti provat que la contraprestació per l'adquisició dels béns i drets va provenir del patrimoni de l'esposa, cal entendre que en un moment en el qual la convivència matrimonial era adequada i correcta, a manca de prova en contrari, s'ha de presumir la donació del numerari de la part de qui prové la contraprestació a favor de qui apareix com a titular formal, essent aquest el règim derivat de les adquisicions oneroses per un dels consorts en el dret privat andorrà, segons es desprèn de les consideracions que es van portar a terme en fonaments de dret anteriors"), i la de 29-11-2012 ("En el cas que ara s'analitza consta a les actuacions la titularitat exclusiva, documentada, del defenent Sr. X respecte de la parcel·la situada a Engordany i sobre la qual es va bastir l'immoble d'autes. Acreditada, per tant, la titularitat formal, i tota vegada que en el dret andorrà, com ja va assenyalar amb detall aquesta Sala a la seva sentència de 18-11-2004, no actua el criteri de les subrogació real, l'al·legació que efectua la part agent, segons la qual s'ha provat el pagament de l'edifici construït, no genera a favor seu cap dret dominical, sinó que establerta la titularitat formal a favor de l'espòs, i havent contribuït l'esposa a la construcció de l'edifici, atesa la convivència normal del matrimoni en aquelles dades, s'ha d'entendre i presumir que la voluntat de l'esposa era la de donar").

A continuació, i una vegada establert el joc de la titularitat formal i que l'expedient que justifica que la contraprestació per l'adquisició total o parcial d'un dret de domini o real sobre un bé, titularitat de l'altre consort, és la donació, cal plantejar-se la resolució dels següents extrems: el primer, l'àmbit objectiu de les anomenades adquisicions oneroses, tota vegada que el criteri de la titularitat formal limita el seu àmbit d'actuació a les mateixes i, per consegüent, caldrà examinar quina és la resposta que s'ha d'atribuir als comptes indistints o dipòsits dels consorts, i si la solució és la mateixa que per les assegurances de vida o els plans de pensions. El segon, si, dins de l'àmbit objectiu de les titularitats formals, poden existir excepcions, de manera que la titularitat del bé o dret pertany no a qui figura com a titular del mateix sinó a l'altre consort. I, el tercer, si la solució que s'articula amb base a l'expedient de la donació, per a justificar el traspàs de la contraprestació d'un consort a l'altre, i mantenir la titularitat de qui figura com a adquirent del bé, explicable per la confiança entre els consorts en una etapa en la qual la convivència no es troba deteriorada, esdevé extensible també a les parelles de fet.

El primer extrem que mereix ésser examinat és el relatiu a l'àmbit objectiu de l'aplicació de les titularitats formals. Així, l'actuació de les titularitats formals precisa que es tracti d'una adquisició onerosa de béns o drets efectuada per un dels consorts durant el matrimoni, i encara que el numerari o la contraprestació per l'adquisició del bé provinguí de l'altre consorts, s'haurà d'entendre que la titularitat formal es manté i es presumeix la donació del diner o de la contraprestació per l'adquisició.

Aquesta afirmació anterior significa que en totes les adquisicions oneroses que tinguin per objecte el domini o drets reals sobre béns mobles o immobles actuarà la titularitat formal, de manera que quan no es tracta d'una adquisició onerosa per part del consort i constant el matrimoni, les regles jurídiques que proporcionaran la solució són unes altres. Des d'aquesta òptica, es pot convenir que la titularitat d'un pla de pensions a nom d'un dels consorts, però amb l'abonament de les quantitats per part de l'altre, ha de ser reputat com una adquisició onerosa, tota vegada que el pla de pensions s'integra en un fons d'inversió, el qual és gestionat i administrat per una entitat, de forma que l'actiu del fons s'inverteix en valors i actius financers i dóna dret al partícip, a recuperar, si es produeixen determinades contingències, les participacions consolidades. I entenc que a la mateixa conclusió s'ha d'arribar en relació a aquells altres productes financers, com són les assegurances de vida que s'empren per a aconseguir una finalitat d'estalvi, tota vegada que el contracte d'assegurança constitueix un contracte oneros i aleatori, en virtut del qual l'assegurat aporta un capital que pot recuperar quan es produeix l'esdeveniment previst o en un moment anterior, en els casos en que s'ha previst el rescat, o bé els anomenats unit linked, com a modalitat de l'assegurança de vida, en virtut dels quals el prenedor assumeix el risc de la inversió i tria els actius financers en els quals s'ha d'invertir. En aquest supòsits, l'aportació del numerari per a efectuar l'adquisició en nom de l'altre titular en aquests productes financers, s'emmarca en una adquisició onerosa i, per tant, comporta el joc del règim de les titularitats formals.

En canvi, la resposta ha de ser radicalment diversa pel que fa als diners que s'ingressen en comptes corrents o en dipòsits bancaris, de titularitat indistinta o solidària. En aquests supòsits, no existeix cap adquisició onerosa perquè ens trobem en una hipòtesi de dipòsit irregular, de manera que, si bé front a tercers, si el compte o dipòsit es configura com a indistint o solidari qualsevol dels titulars té atribuïdes les facultats de disposició, administració i extinció i pot, en conseqüència, retirar la totalitat del saldo existent, i sens perjudici de l'anivellament patrimonial que s'hagi d'efectuar en les relacions internes, cal ara plantejar-se quina és la solució entre consorts. I en aquest extrem, s'ha de concloure que, en primer terme, el numerari dipositat pertany a aquell dels consorts, segons es desprengui dels pactes previs assolits pels mateixos. En segon terme, i en absència de pacte, atès que no sol ésser habitual l'existència dels mateix, el numerari correspon a aquell dels consorts que acrediti que prové del seu patrimoni privatiu, per qualsevol mitjà probatori. I, en darrer terme, i com a norma de clausura del sistema, s'entén que si no existeix pacte al respecte ni cap dels consorts pot acreditar a qui pertany el numerari del compte corrent o dipòsit, el saldo del compte o el muntant dipositat correspon per meitats a ambdós consorts. I així s'ha pronunciat la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en les sentències de 13 de juliol de 1995 i de 18 de novembre de 2004. En aquesta darrera, el Tribunal Superior afirma que **"En canvi, si l'anterior és la solució que s'ha de mantenir en el dret de família andorrà, sense que**

això signifiqui cap innovació, pel que fa a l'apertura de comptes corrents o de dipòsits de forma indistinta o solidària pels consorts en vida del matrimoni, s'ha de palesar que no constitueix cap adquisició onerosa, sinó que s'apertura un compte a nom dels dos cònjuges, amb un règim de solidaritat, de forma que qualsevol d'ells té atribuïts els poders de disposició, administració i extinció de la totalitat del compte i es col·loquen diners en el mateix. Es tracta ara de determinar, en règim de separació de béns, a qui pertany el compte corrent. I quant a aquesta qüestió, existeix una doctrina jurisprudencial, en virtut de la qual s'estableix que el numerari del compte correspon a cada consort segons els pactes previs establerts entre els mateixos (cfr. STSJA de 13-7-1995); a manca de pacte, el numerari pertany a aquell que acrediti que prové del seu patrimoni privatiu a través de qualsevol mitjà probatori (art. 6.2 Edicte) i, si no s'acredita de forma suficient, segons la norma de tancament del sistema (art. 6.2 Edicte) s'haurà d'entendre que el numerari dipositat al compte o els valors corresponen per meitat a ambdós cònjuges”.

La segona de les qüestions que ha de ser examinada és la relativa al règim d'excepcions que poden existir respecte del joc de les titularitats formals. En primer terme, s'ha posat de manifest que un dels consorts pot actuar com a mandatari de l'altre (en la modalitat del mandat no representatiu) o, fins i tot, com a persona interposada; és a dir, com a fiduciari⁶. En aquests dos casos, el consort formalment adquirent, ja sigui el mandatari o el fiduciari, cedeix la seva titularitat front a la titularitat real del consort mandant o del fiduciari.

En segon terme, encara que actui el principi de la titularitat formal, existeixen supòsits en els quals, la presumpció de donació del numerari o de la contraprestació d'un dels consorts envers l'altre no pot actuar. En efecte, es tracta d'aquells casos en els quals els propis consorts porten a terme entre ells un préstec per l'adquisició de la totalitat o d'una quota indivisa d'un bé. L'acreditació d'aquest préstec enervarà la presumpció de donació provinent d'un consort i si bé mantindrà la titularitat formal donarà lloc a la devolució de la quantitat o contraprestació prestada per a l'adquisició realitzada.

I també es podria plantejar quina és la solució que cal adoptar en relació a aquells béns mobles que estan destinats a l'ús de la família. A Catalunya, l'article 233-2.2 determina que pels béns mobles de valor ordinari, destinats a l'ús familiar, no actua la titularitat formal i es presumeix que pertanyen als consorts per meitats indivises. Aquesta norma, vigent a Catalunya des de l'1 de gener de 2011, no troba una solució paral·lela en el dret andorrà. Així, a les Valls d'Andorra, a manca de precepte legal que desplaci les titularitats formals en concretes situacions, malgrat que els béns mobles de valor ordinari es destinin a l'ús familiar, la propietat o el dret real

6. PUIG FERRIOL *op. cit.*, pàgs. 507 i 508.

es determinarà conforme al criteri de la titularitat formal. Malgrat aquesta asseveració, les titularitats formals esdevenen aplicables quan, conforme a l'article 6.2 del Edicte de 15-11-1975, cada cònjuge no pot acreditar la propietat exclusiva d'un bé mitjançant qualsevol mitjà probatori. I en aquest supòsit, entenc que procedeix fer dues precisions: una, que en relació a aquells béns mobles que estan destinats a l'ús familiar i tenen un valor ordinari o habitual en funció de l'ús al qual estan destinats, si bé no existeix una norma com la catalana que els exceptua de les titularitats formals, si s'acredita, *iuris tantum*, per prova de presumpcions, que atès l'ús familiar al qual estan destinats, la titularitat pertany als dos consorts per meitats indivises, no actuarà el règim de les titularitats formals. I dues, que també per via de la prova de presumpcions es pot acreditar que si un bé es troba destinat a l'ús personal, professional o empresarial d'un dels consorts, caldrà atribuir la titularitat del mateix a aquest consorts⁷.

I la tercera qüestió és quin és el règim aplicable respecte de les adquisicions oneroses realitzades per les unions estables de parella durant la seva convivència. La Llei 4/2005, de 21 de febrer, qualificada de les unions estables de parella, no preveu una solució per a la determinació dels patrimonis privatis a l'extinció de la unió estable de parella, tota vegada que no preveu un règim econòmic. Baldament aquesta afirmació, sí que a l'article 5.2, sota el títol de la regulació de les relacions personals i patrimonials entre convivents, determina que cada convivent conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns. Per tant, i com sembla oportú, el punt de partida de la unió estable és la separació patrimonial absoluta. El problema que es planteja és què succeeix quan, durant la convivència, s'han adquirit béns o drets per un dels convivents i el numerari o la contraprestació prové de l'altre. La primera resposta que es pot proposar ha de partir necessàriament de reconèixer el domini o la titularitat del dret real a qui aparegui com a titular formal, tota vegada que aquesta solució s'adequa amb el règim previst pels patrimonis dels convivents. La segona resposta, referent a la pregunta de si la contraprestació o numerari per l'adquisició del bé o dret procedeix de l'altre convivent, actua la presumpció de donació, entenc que no pot ésser idèntica a la facilitada pel matrimoni. Així, a manca d'una resposta legal que estengui la solució pròpia del règim de separació de béns, a les unions estables de parella, considero, com així ho ha fet el legislador català en el recent llibre segon del Codi civil de Catalunya, que no pot actuar la presumpció de donació a les unions estables de parella, sinó que la solució que cal atribuir és la presumpció de préstec. En tot cas, ressenyar que es tracta d'una presumpció i que res impedeix als convivents superar la mateixa mitjançant la producció de la prova d'una atribució gratuïta del numerari o contraprestació. I aquesta resposta dissímil no pot ésser entesa com a discriminatòria o diferenciadora sense justificació, per quant si

7. Respecte d'aquesta darrera hipòtesi i de la prova de presumpcions, vegeu PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pàgs. 505 i 506.

bé el lliure desenvolupament de la personalitat permet que la persona decideixi si vol conviure com a unió estable de parella o com a matrimoni, el matrimoni i la unió estable de parella constitueixen dues realitats socials i jurídiques diverses, de manera que les respostes que l'ordenament jurídic andorrà proporciona a les mateixes no han d'ésser coincidents, com així resurt no solament de la lectura de l'Exposició de Motius de la Llei 4/2005, de 21 de febrer, sinó també del seu articulat.

4. La norma de tancament del sistema.

El règim de separació de béns requereix, a l'igual que qualsevol règim econòmic matrimonial, que el legislador contempli una norma de tancament del sistema per aquells supòsits en els quals no s'ha pogut atribuir una resposta a la determinació de la titularitat sobre un concret bé o dret. Val a dir que aquesta norma de tancament només actuarà quan no s'hagi pogut determinar la titularitat del bé o dret mitjançant qualsevol tipus de prova⁸. Es tracta, en definitiva, de solventar i tancar el sistema en relació a les anomenades titularitats dubtoses.

La norma de tancament es troba recollida a l'article 6.2 del Edicte de 15 de novembre de 1975, quan es preveu que **"en els casos de manca o d'insuficiència de prova s'atribuiran per meitat o proindivís a ambdós cònjuges els béns que no acreditin ésser privatius de cadascun"**. Des d'aquesta òptica, la norma de tancament, habitual en els règims de separació de béns, requereix de dues precisions. La primera, és que la norma s'ha d'aplicar de manera estricta i no extensiva, tota vegada que de no fer-ho així, es produiria una mixtificació del règim de separació de béns amb el règim de comunitat. És a dir, solament esdevindrà aplicable, quan amb els diferents mitjans de prova que admet l'ordenament jurídic andorrà no s'hagi pogut acreditar a quin patrimoni pertany un determinat bé o dret. I, la segona, que la norma de tancament és una veritable norma jurídica, de forma que no estableix una presumpció, *iuris tantum* o *iuris et de iure*, de comunitat, sinó que el que determina és que, quan no s'ha pogut atribuir un determinat bé o dret a un dels patrimonis dels consorts, i atès que no pot restar un bé o dret sense titularitat o que la mateixa pugui ésser entesa com a dubtosa, en ares a tancar el sistema i procedir a la liquidació del règim econòmic, s'atribuirà el bé o dret per meitats indivises entre els consorts.

8. Encertadament, s'ha posat de relleu (PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pàg. 514) que tampoc jugarà la norma de tancament del sistema quan els consorts, en capítols matrimonials, estableixin els criteris per a l'atribució de determinats béns o drets que es trobin en una situació de titularitat dubtosa.

**La jurisprudència
del Tribunal Superior de Justícia
d'Andorra en matèria de prescripció**

Eulàlia Amat Llari
Presidenta del Tribunal Superior de Justícia

I. Introducció.

Malgrat és indiscutible que la font principal del dret privat al Principat és la Llei i que cada vegada més les institucions de dret privat estan regulades per Lleis aprovades pel Consell General de les Valls, cal tenir en compte la importància del Costum com a font de dret subordinada a la Llei i el fet que, en tercer lloc, també ho sigui el dret comú integrat pel dret canònic i el dret romà. Cal posar de relleu, a més a més, que dins el concepte de Llei pròpia s'ha d'incloure també el dret català anterior al Decret de Nova Planta i en concret el contingut de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya de 1704, com posa de relleu la Sentència d'aquesta Sala de 8 de gener del 2004

Atès aquest sistema de fonts, els Tribunals andorrans sovint han d'aplicar normes amb molts segles d'antiguitat i al fer-ho les han d'adaptar ineludiblement a les necessitats del poble andorrà en el moment de l'aplicació. Aquestes circumstàncies comporten que se li atorgui a la jurisprudència un paper destacat en el nostre sistema de fonts, que la doctrina ha posat de relleu reiteradament, fins a tal punt que, encara que cap norma legal ho reculli en el seu articulat, l'exposició de motius de la Llei Qualificada de la Justícia faci referència a la jurisprudència com a font del dret andorrà i sigui considerada com a tal de manera unànime.

En aquest sentit, prestigiosos juristes consideren font primàries del dret andorrà la llei, el costum, els drets supletoris i la jurisprudència i com a fonts secundàries els principis generals del dret i la doctrina dels autors, tant en l'època pre-constitucional com una vegada promulgada la Constitució, destacant que la jurisprudència no és una font derivada de la Llei, però els jutges civils tenen, tant en aquest moment com durant l'època pre-constitucional, la possibilitat de crear normes¹. En el mateix sentit la Sentència de la Sala Civil de 28 de setembre del 1998, citant la del Mgfc. Jutge d'Apel·lacions de 19 de gener del 1953, defensa una interpretació teleològica o finalista de la norma “prenent com a punt de partida les necessitats i relacions de la vida, com feien els juristes romans clàssics, de manera que sense mancar als cànons de la tècnica jurídica ni a l'esperit i recte sentit dels preceptes que regulin una determinada realitat vital, es tingui en compte que la realització de la justícia, fi suprem del Dret, exigeix que al jutgador un criteri de justa i pertinent integració i atendre a l'adequada resolució ...”², seguint el criteri que recullen les Sentències de dates 28 de setembre del 1998, citant la del Mgfc. Jutge d'Apel·lacions de data 30

1. Vegi's en aquest sentit André Pigot. *Les fonts del dret andorrà*. Universitat d'Andorra i Crèdit Andorrà. 2005. Pàgs. 17, 109, 138 i 143.

2. I afegeix, citant la del Mgfc. Jutge d'Apel·lacions de data 30 d'octubre del 1951: que “la ratio legis o interpretació teleològica o finalista de la norma és una regla de cabdal importància en el procés hermenèutic amb la finalitat d'aconseguir una resolució justa més que una resolució exacta, respectuosa sempre amb les exigències de la realitat social.

d'octubre del 1951, i la de 8 de gener del 2004, que cita la del Mgfc. Jutge d'Apel·lacions de data 8 de juliol del 1965, que destaca que aquest *ius commune* "no és ni podria ser-ho l'aplicació completa i exacta del comprès en ambdós Corpus, sinó un dret dotat de fisonomia pròpia, respectuós amb la força de les tradicions i les singularitats indígenes, un Dret romà-canònic que satisfà adequadament les necessitats jurídiques del país, modificat en alguns aspectes per obra del costum i sobretot per la jurisprudència i actualitzat per les Constitucions, fins arribar a integrar un tot jurídic orgànic", consideració que no s'allunya del concepte romà de jurisprudència en el sentit d'opinió dels juristes sobre casos concrets i que permet als Tribunals andorrans aplicar els grans principis romans i canònics.

Aquestes circumstàncies tenen una forta incidència en moltes matèries, però especialment en relació a la prescripció i la caducitat, institucions mitjançant les quals s'extingeix la pretensió de l'agent pel transcurs del temps sense que aquest exerciti l'acció per reclamar-la, que ho bé estan regulades per normes que tenen molts segles d'antiguitat, o bé eren desconegudes a l'ordenament andorrà tradicional.

En aquest sentit, la prescripció com la coneixem actualment no existia al dret romà en un primer moment, ja que les accions que tenien el seu origen en el *ius civile* tenien una durada perpètua, posteriorment el termini del seu exercici s'entenia limitat per la usucapió i finalment el dret honorari va crear l'anomenada *praescriptio o exceptio longi temporis*, com excepció processal, i en aquest sentit es recull a la Instituta 2,6 pr., més tard s'hi va referir el Codi de Teodosi 4,14,1-3 i finalment es va incorporar al capítol 44 del Reconoverunt Proceres, i, malgrat cal entendre que aquesta norma es referia a la usucapió, els autors clàssics la van aplicar també a la prescripció extintiva, que avui cal considerar una excepció material.

En virtut d'aquestes disposicions es considera que totes les accions s'extingeixen per la manca d'exercici del seu titular durant un termini de 30 anys, norma que recull el Codi 7,40-1 i després el Fuero Juzgo llibre X, Títol II, Llei 3, que són els antecedents de l'Usatge *Omnes Causae*, Usatge número 156, Llibre VII, Títol II, Constitució 2, Volum I de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya de 1704, que disposa que totes les accions prescriuen als trenta anys, excepte les que ho fan en un termini inferior a deu anys o superior a trenta, norma que regula la prescripció a Andorra pel que fa a la majoria d'accions tant personals, com reals.

D'altra banda, el concepte de caducitat s'ha introduït recentment a l'ordenament andorrà, ja que, com posa de relleu l'Aute 16 de febrer del 2006, aquest concepte era desconegut tant pel dret romà, com pels autors del *ius commune*, atès que el seu origen es troba en la doctrina germànica que construeix definitivament el concepte a finals del segle XIX. En aquest sentit, les lleis andorranes, com ara la Llei sobre el contracte de treball de 12 de juny del 2003, hi fan referència en ocasions i la jurisprudència andorrana l'ha admès quan és la llei la que fixa un curt termini d'exercici d'una acció que, una vegada transcorregut, s'extingeix, com és el cas de

l'acció *quanti minoris* que s'extingeix en el termini d'un any Codi 4, 58,2, com posa de relleu la Sentència de 18 de gener de 1996, però no hi ha menció d'aquesta institució en normes de dret privat anteriors, ni referències en la jurisprudència civil, de tal manera que en ocasions cal decidir si ens trobem davant d'un termini de caducitat o de prescripció quan la Llei no ho clarifica i fins i tot quan trobem normes contradictòries en una mateixa Llei³.

El fet que les normes a aplicar en aquesta matèria siguin poques i habitualment molt antigues i les circumstàncies en les què han de ser aplicades siguin moltes i es produeixin en una situació social i cultural, com és l'actual, dotada d'un major dinamisme i complexitat que aquella en la què es van promulgar, comporta que mentre no es reguli la prescripció de manera complerta aquestes normes hagin de ser aplicades amb molta cautela per la Jurisprudència, de tal manera que:

a) En primer lloc, la manca d'una regulació legal complerta sobre la matèria obliga als Tribunals a aplicar els terminis legalment fixats per una situació determinada a altres mancades de regulació en aquests aspectes, aplicant el mateix criteri per analogia i coherència sempre que això sigui possible.

b) En segon lloc, els terminis de prescripció fixats legalment es redueixen al de trenta anys de l'Usatge *Omnnes Causae*, tant per accions reals com personals que no tinguin un termini legalment establert i els de cinc, quatre, tres, dos i un any que deriven de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya, del Codi i del Digest i en ocasions aquests terminis poden resultar inadequats per les circumstàncies que es donen en un moment determinat.

En efecte, en ocasions el termini de trenta anys resulta excessiu per tal de donar seguretat jurídica i econòmica a les transaccions, que és una de les finalitats de la prescripció i que exigeix que els drets s'exercitin en uns terminis raonables, protegint excessivament al creditor poc diligent que molt abans d'arribar aquest termini es pot presumir que ha abandonat el seu dret, que és un altre dels fonaments de la prescripció, atesa la facilitat de comunicacions que existeix en l'actualitat, de tal manera que la seva aplicació es pot considerar contrària a l'interès públic i a l'equitat. D'altra banda, en altres supòsits cal entendre que determinats terminis són excessivament breus per garantir la satisfacció dels legítims interessos de les parts i això ha portat als Tribunals a flexibilitzar la seva aplicació en casos concrets.

c) Finalment, el moment en el què s'inicia el còmput del termini de prescripció no està fixat legalment, de tal manera que, un altre vegada, la jurisprudència resulta decisiva en ocasions per determinar el *dies a quo* del dit termini quan el criteri que s'aplica de manera general no es consideri idoni.

3. Vegi's en aquest sentit l'article 7 de la Llei del Contracte de Treball del 2003.

II. Àmbit d'aplicació del termini de prescripció de trenta anys.

El fet que l'Usatge *Omnes causae* disposi de manera molt àmplia que totes les causes bones i dolentes, civils i criminals, prescriuen pel transcurs de trenta anys, encara que els autors interpreten que estava destinat a regular la prescripció adquisitiva, o usucapió, va portar a la doctrina a entendre que aquest termini es referia també a la prescripció extintiva i la menció que es feia a "totes les causes" va permetre als Tribunals aplicar aquest termini de prescripció a situacions diverses.

Pel que fa a les accions personals, s'entén que prescriu als trenta anys l'acció per reclamar la nul·litat de la compravenda per haver lliurat un *aliud pro alio* (com destaca la Sentència d'aquesta Sala de 11 de maig del 2000), en el mateix sentit prescriu en aquest termini l'acció per reclamar el compliment de les obligacions que deriven d'un contracte de garatge (Sentència de 28 de setembre del 2000), la que es refereix a les obligacions que sorgeixen del contracte d'obra (Sentència de 26 de setembre del 2002), en el supòsit en què el pagament s'instrumentalitza mitjançant lletra de canvi però no s'exercita l'acció canviària, ni es tracta d'una relació de caire mercantil (Sentència de 27 març 2003), l'acció de reclamació per part de l'arrendatari contra l'arrendador pels danys que havia patit el local arrendat (Sentència de 17 de juliol 2003), en relació al crèdit derivat d'un servei d'assessorament comptable (Sentència de 13 d'octubre del 2000), per l'exercici de l'acció d'enriquiment injust (Sentència de 30 de novembre del 2000), l'acció de reclamació de legítima (Sentència de 22 de gener 1998) i també en relació a la que reclama el suplement de legítima (Sentència 24 d'octubre del 2002).

Pel que fa a les accions reals, la jurisprudència andorrana ha establert un termini de prescripció de trenta anys per l'acció reivindicatòria, per la publiciana, per la negatòria, per la confessòria de servituds, sempre que no s'exercitin amb finalitats exclusivament declaratives, i el mateix ha disposat en relació al dret a lluir iuitar en la compravenda a carta de gràcia i pel que fa a l'acció de petició d'herència (malgrat el Codi 7,31,7 la considera imprescriptible) perquè l'Usatge no l'exclou, com destaca la Sentència de 25 de maig del 1994.

No obstant, resulta evident que un termini prescriptiu de trenta anys, que potser era adient en el moment en què es va promulgar l'Usatge, no contribueix a fomentar la seguretat del tràfic jurídic i econòmic, que exigeixen en l'actualitat que els drets s'exercitin en el marc d'unes circumstàncies temporals raonables, ni amb la facilitat amb la què les persones poden desplaçar-se i posar-se en contacte unes amb les altres avui dia. Per aquesta raó, si el fonament de la prescripció es pot trobar per una banda en la seguretat del tràfic i per un altre en la presumpció de voluntat d'abandonament del dret del creditor, és evident que el termini que estableix l'Usatge és excessiu en el moment actual i especialment inadequat en determinades circumstàncies.

III. Terminis superiors i inferiors als trenta anys.

L'Usatge *Omnes causae* respectava els terminis superiors a trenta anys i aquest fet permet mantenir el termini de quaranta anys de prescripció que s'aplica a l'acció hipotecària en el supòsit de trobar-se el deutor o els seus hereus en possessió del bé hipotecat, d'acord amb allò que disposa el Llibre I, Títol XIII. Capítol 44. Vol. 2n de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya. No obstant, malgrat la jurisprudència no s'ha pronunciat en aquest punt, sembla dubtosa la seva aplicació, ja que si el crèdit s'extingeix als trenta anys no es veu com pot mantenir-se deu anys més una garantia accessòria com és la hipoteca, de tal manera que caldria entendre que aquesta s'ha extingit quan ho ha fet el crèdit.

Resulta igualment dubtosa l'aplicació del termini de prescripció de quaranta anys aplicable als crèdits dels quals sigui titular una causa pia, d'acord amb allò que disposa la Novel·la 131, cap 6è, tenint en compte el principi constitucional d'igualtat i aconfessionalitat de l'Estat i el mateix cal dir de la seva aplicació a l'acció de reclamació del lluïsmo a favor del Fisc que estableix el Llibre VII, Títol II, Constitució 9ª del Vol. 2n de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya que no s'ajusta a allò que disposen les normes que regulen la prescripció en l'àmbit administratiu.

Pel contrari, no es discuteix l'aplicació de terminis de prescripció més breus, com ara el de cinc anys previst per interposar la querella *inofficiosi testamenti*, d'acord amb allò que disposa el Codi 3,28,16, el de quatre anys per exercitar l'acció de *restitutio in integrum* (Codi 2,53,7), el de tres anys previst per reclamar la remuneració d'artistes i mestres, que s'acostumen a pagar en terminis breus, si els contractes no s'han redactat per escrit (que recull el Llibre VII, Títol II, Constitució 4a. Vol I de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya), ja que en cas contrari el termini seria de 30 anys. Prescriuen també en el termini de tres anys les accions per reclamar els honoraris de professionals del dret, com ara advocats i procuradors (Llibre VII, Títol II, Cons 8a del Volum I Constitucions i Altres Drets de Catalunya), com destaca la Sentència de 8 gener 2004, o notaris (Llibre IV, Títol XII, Constitució 3a Volum I de les Constitucions i Altres Drets de Catalunya), que segurament caldria aplicar igualment als àrbitres. El mateix termini de prescripció s'ha d'aplicar quan els crèdits dels quals són titulars entitats públiques.⁴

La prescripció de dos anys s'aplica als deutes de farmacèutics (Llibre VII, títol II, Constitució 7a del Vol I) i la d'un any a la reclamació de les soldades dels servidors, d'acord amb el Llibre VII, Títol II, Constitució 3a i vol I Constitucions i altres drets de Catalunya, sempre que no s'entengui que estan vinculats per un contracte de treball.

4. La Sentència de 8 març del 2001 aplica aquest termini en relació als serveis mèdics prestats a un pacient, i la d'onze de març del 1999 fa el mateix en el cas d'una reclamació dels serveis de telecomunicació andorrans tenint en compte igualment la Llei general de finances públiques de 19 des 1996. No obstant, la Sentència de 28 set 2000 no aplica els 3 anys d'aquesta Llei en relació a un crèdit a favor del Comú d'Ordino, entenent que no es tractava d'un crèdit tributari.

Finalment la prescripció d'un any s'aplica, d'acord amb el Codi 9,35,5, a l'acció d'injúria, tenint en compte que el dany aquil·lià és una de les manifestacions de la injúria i per tant s'ha d'aplicar a l'acció per exigir la responsabilitat extracontractual, en el mateix sentit que disposa l'article 61 del Codi de l'Administració, prenent en consideració que, com posa de relleu la Sentència de 17 de juliol 2006, per tal d'aplicar aquest termini cal esbrinar si l'acció es fonamenta en una responsabilitat contractual o extracontractual, ja que el termini és diferent en ambdós supòsits i el dies *a quo* també i si concorren una i altre responsabilitat cal aplicar el termini que correspon a la darrera.⁵

El termini de prescripció d'un any resulta igualment d'aplicació per l'exercici de les accions interdictals, d'acord amb el Digest 43, 16 pr, com posa de relleu la Sentència de 19 de novembre del 1998, i el mateix termini s'aplica a l'*actio quanti minoris* (Digest 21,1,38), com destaca la Sentència de data 22 de maig del 2003. Finalment, prescriuen en un termini inferior a un any l'acció redhibitòria que prescriu als sis mesos (Codi 4, 58,2) i, d'acord amb la Llei sobre contracte de treball, caduca als trenta dies l'acció per reclamar la indemnització per acomiadament a comptar del moment en què el treballador en rep la comunicació escrita, o seixanta dies a partir del coneixement del comiat, encara que el Decret del 1974 considerava que es tractava de terminis de prescripció.

IV. Accions imprescriptibles.

En tot cas són imprescriptibles les accions per reclamar el lliurament de béns que no es troben dins el comerç dels homes (Digest 41,3,9), no prescriuen les purament declaratives, ni les facultats, ni l'acció de divisió de cosa comuna, ni la de partició d'herència, com disposa el Codi 3,37,5 i destaca la Sentència de 25 de maig del 1994, no prescriu l'acció per reclamar l'atermenament de finques (Codi 7,39,5), ni la relativa als drets de la personalitat, ni el dret d'aliments, excepte els passats que es van exigir però no es van cobrar, i són imprescriptibles les excepcions.

V. Posició jurisprudencial.

Tenint en compte l'escassetat de normes legals o consuetudinàries i el fet que la majoria d'elles són molt antigues, la jurisprudència dels Tribunals andorrans ha actuat com veritable font del dret interpretant la Llei o el Costum de tal manera que s'adeqüessin a les circumstàncies del moment en el què havien de ser aplicades,

5. Sentència de 22 de gener del 2004.

interpretació que en ocasions comporta una veritable modificació de les mateixes. Aquesta decisió es pot detectar clarament en diverses ocasions:

a) Una primera manifestació de la força de la jurisprudència com a font del dret es pot trobar en l'etapa preconstitucional en una Sentència del Mgfc. Jutge d'Apel·lacions Sr. Josep M^a de Porcioles de data 30 de maig del 1958, confirmada per les del Tribunal Superior del Copríncep francès de dates 9 de maig del 1961 i 1 de febrer del 1963 i que reitera a STM de 1 de març del 1988, en el sentit que el dret a lluir i quítar no es pot considerar imprescriptible, sinó que prescriu en el termini de trenta anys, en contra del que es derivava del costum andorrà i de la jurisprudència del Tribunal del Copríncep francès que feia referència aquest costum (STCF de dates 15 de desembre del 1887 i 28 de juliol del 1899 i encara més clarament encara la del mateix Tribunal de data 25 de novembre del 1922).

Per fonamentar aquesta decisió, la citada resolució posa de relleu que la prescripció de l'acció en el termini que fixa l'Usatge es defensada i raonada per autoritzats tractadistes antics i moderns "sense que els textos legals que constitueixen durant molts segles el dret comú d'ambdues bandes del Pirineu admetessin cap excepció a la prescriptibilitat de dret i accions conforme el dret romà (Cod 7,39,3) i no amb menys energia la Constitució Anastasiana declara la prescripció de dret públic i rebutja la possibilitat d'excepcions (Cod 7,39,4) de manera que el transcurs del temps no solament genera una excepció, sinó que per ell mateix extingeix l'acció i el dret no exercitats"⁶. En el mateix sentit destaca que l'Usatge *Omnes Causae* rebutja tota excepció al termini que estableix, "en tant que si una n'era admesa, les causes ja no serien totes", destacant que el criteri de la prescriptibilitat és comú a la majoria dels romanistes, que "no solament no hi ha raó d'eximir de la llei general el dret de rescat o retrocessió, sinó que considerant contrària a l'interès públic la seva subsistència per terme molt prolongat, és notòria la tendència del dret modern a no autoritzar-ne el pacte més enllà d'un termini relativament breu ..."

b) En segon lloc, la importància de la jurisprudència com a font del dret es posa de manifest en la matèria de prescripció de les obligacions mercantils. L'Usatge *Omnes Causae* no fa cap excepció en relació a elles, de tal manera que en principi aquestes haurien de prescriure en el termini de trenta anys com destaca la Sentència de 12 gener 1995. No obstant, és evident que aquest termini no es compadeix amb les necessitats del tràfic mercantil en l'actualitat, ja que aquest exigeix celeritat per tal de garantir la seguretat jurídica. Tenint en compte aquestes circumstàncies la Sentència de 15 de juny del 1995, reiterada entre moltes altres per la de 27 març 2003, argumenta que totes les legislacions mercantils modernes recullen uns terminis breus de prescripció en aquesta matèria, ja que la seguretat i la fermesa de

6. En el mateix sentit destaca que l'Usatge *Omnes Causae* rebutja tota excepció al termini que estableix i que no és uniforme el judici de tractadistes antics i moderns del dret català, per tal com alguns d'ells i molt coneguts afirmen sòlidament la prescriptibilitat.

les transaccions mercantils ho exigeix, raó per la qual estima que les obligacions mercantils prescriuen en el termini de tres anys, decisió que obliga als Tribunals a distingir entre contractes civils i mercantils.

La citada resolució arriba a aquesta conclusió valorant els criteris defensats en l'àmbit doctrinal, que majoritàriament considera adequat establir terminis curts de prescripció, l'element històric que es constata a les legislacions veïnes, que posa de relleu la necessitat de reduir aquests terminis, el fet que la Constitució de Ferran II a l'any 1493 apliqués aquest termini als crèdits d'artistes i menestrals si no estaven documentats, entenent que aquests crèdits es citaven *ad exemplum* més que no d'acord amb un criteri de *numerus clausus* i finalment el fet que la usucupió de béns mobles es consuma en el termini de tres anys i que els contractes mercantils habitualment tenen per objecte els béns mobles. D'altra banda, les Sentències de 22 de juliol del 2004 i 15 de setembre del 2005 fonamenten aquesta decisió "en el costum andorrà i en els paràmetres que regulen les legislacions mercantils més modernes", tota vegada que la celeritat i agilitat del tràfic mercantil requereix un termini molt més breu de prescripció amb la funció d'atribuir seguretat a les operacions i transaccions mercantils, criteri que reiteren les de 18 de gener del 1996, 4 d'abril del 1996, 10 de juliol del 1997, 30 de setembre del 1999 i 30 de novembre del 2000, entre moltes altres.

Aquest criteri s'aplica igualment a les relacions entre comercials i particulars quan aquestes es situen en el marc de l'activitat professional del comerciant i quan el deutor és el particular i es fa extensiva a l'acció canviària que, d'acord amb allò que disposa l'article 70 de la Llei Uniforme de Ginebra, prescriu en el termini de tres anys, com disposen les Sentències de 20 maig 1999 i 30 de novembre del 2000, que destaca que en matèria canviària s'aplica des de fa molts anys en el Principat d'Andorra, ja sigui com a dret consuetudinari o com una manifestació actual del *ius commune* europeu en matèria de lletra de canvi. No obstant, si la lletra de canvi s'aporta com a prova de l'existència del deute, però no s'exercita l'acció canviària la Sentència de 27 març 2003 aplica el termini de prescripció de trenta anys, encara que si no es tracta d'una acció canviària però el contracte és mercantil el termini seria igualment de tres anys, com destaquen les Sentències de 15 de juny 1995, 18 de gener, 4 d'abril 1996, 10 de juliol del 1997, 14 de maig del 1998 i 21 de gener i 30 de setembre del 1999 entre altres.

c) Destaca també la importància de la jurisprudència a l'ordenament andorrà el criteri que adopta la Sentència de data 18 de setembre del 2008, que entén que, malgrat l'article 7 de la Llei 8/2003 sobre el Contracte de Treball de data 12 de juny del 2003 diu literalment que les accions derivades del contracte de treball prescriuen en el termini de tres anys, en el mateix sentit que disposava l'article 13 del Decret sobre el contracte de Treball de 15 de gener del 1974, s'ha d'entendre que es tracta d'un termini de caducitat, ja que "es tracta d'una prescripció d'ordre públic, com ho preveu

l'article 3 de la mateixa llei (els manaments de la present llei són imperatius), raó per la qual aquesta prescripció, tant com la caducitat, es pot apreciar d'ofici". Aquesta decisió que en un primer moment pot sobtar, i que contrasta amb la que recullen les Sentències, també en l'àmbit laboral, de dates 25 d'abril del 2002 i 14 d'abril del 2005, encara que en relació al Decret del 1974, respon a una interpretació de la norma que després reitera i clarifica la Sentència de data 22 de març del 2010. En recolzament d'aquesta tesi, cal destacar, en primer lloc, que les normes que recull la llei de contracte de treball són imperatives, com posa de relleu la primera d'aquestes resolucions i, per tant, d'ordre públic (Sentència de data 13 d'octubre del 2000), de tal manera que no podrien aplicar-se les normes sobre prescripció, que permeten la interrupció del termini, o la renúncia a la guanyada i, en segon lloc, que l'article 7 de la Llei del 2003, després d'aquest primer apartat, que reitera el que ja deia l'article 13 del Decret sobre contracte de treball, fa referència a dos terminis de la llei i els qualifica de caducitat, raó per la qual, com a mínim, no és cert que totes les accions derivades del contracte de treball prescriuen, ja que en els dos exemples que es citen caduquen, criteri que es reitera i es clarifica marcant les diferències entre una i altre institució a la Sentència de data 22 de març del 2010⁷.

d) Com a decisions de la jurisprudència andorrana que apliquen la norma de manera flexible, cal fer referència igualment al criteri que sustenten les Sentències de 15 de maig del 1997, 29 d'abril del 1999 i 17 de juliol del 2006 en el sentit de que quan es tracta de terminis breus de prescripció, com ara el de la *Lex Aquilia*, no s'aplica inexorablement el termini fixat legalment quan consta a les actuacions que el creditor ha mantingut una actuació contrària a la que pot fer presumir un abandonament del seu dret, que és un dels fonaments de la prescripció, o fins i tot quan aquest abandonament no és clar, ja que la prescripció es fonamenta en criteris subjectius abandonament i objectius, en relació a la seguretat del tràfic, i no en criteris d'estricta justícia i en ser una institució que comporta la pèrdua de drets s'ha d'interpretar de manera restrictiva.

D'altra banda, aquest mateix criteri porta a la Sentència de data 30 de novembre del 2000 en un supòsit de responsabilitat extracontractual a entendre que una reclamació extrajudicial, que a l'ordenament andorrà no interromp la prescripció, en aquest cas ho podia fer, destacant la Sentència de data 13 de novembre del 2003 que, malgrat la prescripció sols es pot interrompre per reconeixement del deute per

7. La Sentència de data 22 de març del 2010 destaca que l'article 7 de la Llei sobre el Contracte de Treball recull terminis de caducitat i que "Prescripció i caducitat són dos institucions diferents encara que cadascuna té per objecte limitar l'exercici dels drets i pertinents accions. En front del caràcter complex de la prescripció que ha donat lloc a abundant jurisprudència, la caducitat es caracteritza per la seva simplicitat i facilitat de comprovació per quan es basa i fonamenta en l'element fix i objectiu del transcurs del temps o termini normativament determinat. Per tant, no essent possible ni la seva interrupció, ni la seva suspensió, ni la seva renúncia, ni la seva modificació, contràriament a la prescripció, pot ser estimada i aplicada ex officio ..."

part de l'obligat (Codi 7,39,7-5) o per reclamació judicial (Codi 7,39,7), en alguns supòsits de manera excepcional ho pot fer una reclamació extrajudicial. Finalment, aquest criteri d'aplicació restrictiva de la prescripció permet que la mera demanda de citació a judici del defenent interrompi la prescripció, com destaca la Sentència de data 11 maig 2006.

V. Pel que fa l'inici del còmput del termini de prescripció, la jurisprudència dels Tribunals andorrans ha assenyalat reiteradament que aquest comença a comptar en el moment en què es pot exercitar l'acció (Codi 7,40,1-1), com destaca la Sentència de data 10 de juliol del 1997. No obstant, en ocasions la decisió a prendre no és tant clara, com succeeix quan es tracta de la responsabilitat civil derivada del delictes.

En relació a l'inici de còmput, cal destacar la Sentència de 22 març del 2010 que resol un litigi que té el seu origen en una demanda d'una companyia asseguradora que ha abonat al seu assegurat el perjudici que li ha causat un sinistre i que reclama als veritables responsables del mateix el pagament de la suma que ella ha pagat. En aquest cas el tema en discussió era si el *dies a quo* era el del moment del sinistre o el del dia en què va esdevenir ferma la Sentència que condemnava a la companyia asseguradora i quin era llavors el termini a aplicar. La citada resolució posa de relleu que quan es va plantejar la demanda que donava origen al procediment, el dia 4 de febrer del 2009, l'acció no estava prescrita malgrat l'accident es va produir el mateix dia de l'any 2005 i aquesta conclusió es deriva del fet que la companyia agent en aquell procediment no va exercitar una acció de responsabilitat civil extracontractual, sinó una acció de repetició contra les entitats que considerava en última instància responsables del sinistre com a conseqüència del qual ella va ser condemnada a pagar la suma que reclamava. Per tant, el dia d'inici del còmput del termini de prescripció era aquell en què li va ser notificada la condemna que l'obligava a pagar aquest import com a responsable solidari del sinistre en front a tercers, moment a partir del qual el seu passiu es va veure augmentat amb un deute que si no satisfieia voluntàriament li seria exigít coactivament i el termini per tal de reclamar la seva restitució no era l'any de la *Lex Aquilia*, que en tot cas s'hauria d'haver comptat a partir d'aquell moment, ja que va ser llavors que ella va patir un perjudici, sinó el propi de l'acció exercitada, és a dir el general que recull l'Usatge Omnes Causae, ja que no s'ha establert cap termini específic per aquest cas. En el mateix sentit cal veure que l'article 96 del codi penal disposa que les companyies asseguradores que hagin assumit contractualment el risc de les responsabilitats pecuniàries derivades de la possessió, de l'ús o de l'explotació de qualsevol bé, empresa, indústria o activitat, quan es produeixi l'esdeveniment que determina el risc assegurat responen solidàriament amb el responsable penal fins al límit de la indemnització legalment establerta o convencionalment pactada sense perjudici del dret de repetició contra qui correspongui, és a dir que el mateix Codi penal considera que es tracta d'una acció diferenciada de la relativa a la responsabilitat extracontractual que fonamentava l'acció de reclamació contra la companyia asseguradora.

La naturaleza jurídica de la ilegítima

Daniel Arqués Tomàs
Advocat

A primera vista, parlar de la naturalesa jurídica de la llegítima pot semblar encetar una disquisició buida de contingut, quelcom desproveït d'interès pràctic i potser únicament apte per a teoritzar sobre suposats problemes de laboratori. El cert, però, és que hi han pràctiques jurídiques que donen solució a problemes de la vida real i quotidiana, la validesa de les quals depèn, precisament, de la pròpia solució que es doni al problema de la naturalesa jurídica de la llegítima. En efecte:

Sovint es troben a les disposicions testamentàries i capitulars atorgades a Andorra, i també a Catalunya, assignacions de béns o de diners propis en pagament de llegítima causada per persona diferent del disposant. Així, per exemple, existeixen capitols matrimonials on, a més d'un heretament a favor del fill que es casa, s'hi troben assignacions als altres fills en pagament de llegítima paterna i materna, tot i que, quan no s'assenyala una suma de diners, es sol assignar una finca o vàries finques pròpies d'un sol dels progenitors en pagament de la llegítima d'ambdós; o també escriptures d'elecció d'hereu en compliment d'una promesa d'heretar, on igualment s'assigna un bé patern o matern en pagament de la llegítima d'ambdós progenitors; o bé es troben molt sovint clàusules testamentàries en les que el pare o mare assigna diners o béns propis "en pagament de llegítima paterna i materna".

Amb menys freqüència i més aviat circumscrita a matrimonis entre cabalers de patrimonis petits, es pot trobar igualment una clàusula testamentària en la que, per exemple, el pare menciona als legitimaris i declara que a algun o alguns d'ells no els deixa res o els deixa quelcom simbòlic (una pesseta, per exemple), en raó a que la mare ja els té assignats en el seu propi testament béns suficients "en pagament de llegítima paterna i materna" i, al seu torn, la mare deixa en el seu testament a tals legitimaris bastant més del que per llegítima els correspondria, combinadament amb la pertinent *Cautela Soccini*, per a evitar la reclamació de llegítima en la herència paterna. Amb aquesta curiosa combinació de clàusules, que els propis pares comuniquen als seus fills, eviten la divisió d'una finca o d'un patrimoni petit. Així quan el pare es mor, el fill o fills diguem-ne "desheretats", saben que no els convé reclamar llegítima en la successió del pare, perquè perdrien tot el que per sobre de la llegítima els deixa la mare; i si mor primerament aquesta i accepten l'herència, la pròpia cautela socciniana evitarà després una reclamació de llegítima paterna.

Des d'un altre punt de vista és una clàusula d'estil, en els testaments atorgats per andorrans, la prohibició absoluta i expressa del judici de testamentaria el que, per via de corollari, comporta la negació de què els legitimaris siguin hereus forçosos del causant. Evidentment, la validesa de tals pràctiques, depèn de la naturalesa jurídica de la llegítima. Per tal de centrar l'enunciat problema, crec oportú de fer les següents,

Consideracions:

Primera

No hi ha dubte que, en el seu origen, la naturalesa jurídica de la llegítima andorrana, com de la catalana, és idèntica a la de la castellana. Totes deriven del Dret romà, amb influències més o menys accentuades del Dret germànic; i totes, almenys en llur origen, tenen la doble finalitat que, per a la llegítima en general, assenyala el jurista italià Francesco Messineo, en dir que “*tendeix a posar certes limitacions a la llibertat dispositiva del de cujus; i simètricament amb això, es proposa també assegurar a una determinada categoria de persones una porció del patrimoni relicte a la mort d'aquell*”.¹

Les dues finalitats, -encara que no el seu desenvolupament tècnic-, apareixen ja ben clares en el Dret romà, en el que neix la institució legitimària com una excepció al principi d'absoluta llibertat de testar, i fins i tot com a *successió contra testament* segons opinió polèmica de varis autors, o bé, com volen altres, -entre ells Maynz-, com una interpretació forçada, a través d'una ficció legal, de la voluntat presumpta del testador, del que es pensa que, estant en els seus cabals, no hauria passat per alt les seves obligacions morals i pietoses vers els seus parents més propers als que no ha deixat res en el seu testament. Aquests, en tals supòsits, podien exercitar davant el Tribunal dels Centumvirs la *querela inofficioso testamento*, i la ficció legal consistia precisament en entendre que el testador no estava en els seus cabals -(*colore insaniae*)-, encara que sense estar veritablement alienat o dement ja que, en aquest darrer cas, el testament hauria estat nul d'acord amb el que prescriu el Digest, llibre V, títol II, fragment.²

Les mateixes directrius de limitació de la llibertat de testar i assegurament d'una porció del cabdal relicte a favor de determinats parents, es troba també en el Dret justinianeu que, segons Maynz², introdueix les següents principals modificacions:

- En primer lloc, Justinià limità l'exercici de la *querela* al cas en què el legitimari restés totalment exclòs de la successió; perquè si se li havia deixat quelcom, per poc que fos, ja no podia exercitar la *querela* i sí solament demanar que es completés la seva porció legitimària exercitant l'acció de suplement de llegítima (*actio expletoria* o *actio supletoria*). Amb el que s'evitava l'efecte dràstic de nul·litat o rescissió del testament i, en canvi, es salvava igualment el dret del legitimari.
- En segon lloc, l'any 537 promulgà una constitució, la Novel·la 18, per la que elevà la quantia de la llegítima fixant-la, segons el nombre de legitimaris, en el terç o en la meitat de la part que haurien rebut per successió intestada.

1. D. Florenci Porpeta, “Naturaleza jurídica de la legítima”, Madrid 1945.

2. Curso de Derecho Romano, Tom 3, pàg. 408 i ss, Edició de 1892.

– Finalment, en varis capítols d'altra constitució de l'any 542, que conforma la Novel·la 115, Justinià introduí una reforma més profunda, les característiques més acusades de la qual són: la prohibició de desheretar als legitimaris sense causa legal, sota pena de nul·litat de la institució d'hereu; el manteniment de l'acció de suplement; i l'enumeració de les causes legals de desheretament.

D'aquí que, segons part de la doctrina, en el Dret romà justinianeu impera la idea de què la llegítima consisteix en una porció, que pot ésser variable, del patrimoni relicte pel testador i que, per ministeri de la llei, és atribuïda a determinades persones, sense que el testador pugui evitar-ho, ja que la dita porció és imperativament sostreta de la seva lliure voluntat.

I aquesta idea és tan forta que en alguns països, com a França, s'anomenen "reservataris" als legitimaris i "reserva legal" la porció legitimària.

Però cal precisar tot seguit que no és rigorosament cert que en el Dret romà es concebi tècnicament la llegítima com a *pars hereditatis*, o com a *pars bonorum* en el sentit i amb les conseqüències que els autors moderns donen a tals expressions. Precisament per això ha estat doctrinalment possible la llarga polèmica sobre la naturalesa jurídica de la llegítima. El que si succeeix és que en el Dret romà s'hi troben els elements directrius de les que, posteriorment, esdevindran les precises construccions teòriques enfrontades.

Segona

Tampoc no sembla que pugui oferir cap dubte l'afirmació de què, si bé en el seu origen pel que fa a la seva naturalesa jurídica, són substancialment idèntiques la llegítima catalana, castellana i, en general, la dels països tradicionalment considerats de Dret comú, en canvi, en llur evolució posterior, totes elles han sofert influències diverses que paulatinament les han anat diferenciant, fins a configurar a cadascuna amb els trets típics que les hi reconeixen les respectives legislacions positives actuals.

l és en aquest devenir històric que la llegítima catalana (que s'imposarà a Andorra) rep una característica diferenciadora tan acusada, i que debilita tan extraordinàriament aquell suposat tret d'haver de consistir en una part alíquota del patrimoni relicte pel testador que, unida aquella característica a la pervivència continuada fins avui de la seva *ratio legis*, acaba constituint la causa de l'animat debat doctrinal sobre la naturalesa jurídica de la llegítima que ha continuat fins als nostres dies. Vegem-ho.

Tercera

En primer lloc, la llegítima catalana antiga de les vuit quinzenes parts (8/15) de l'herència, es redueix a una quarta part (1/4) de la mateixa per una Pragmàtica i un Privilegi donats per Pere III a la ciutat de Barcelona al març i al maig de 1343. Després, la llegítima de la quarta part s'estén a tot el Principat i les seves possessions,

en virtut de la constitució “ZELANT” donada per Felip II a les Corts de Montsó de l’any 1585, en la que, a més, s’introdueix la novetat característica de l’actual llegítima catalana i andorrana, que la diferencia netament de la castellana i que, com he dit, debilita extraordinàriament el concepte de la llegítima com una quotapart de l’herència (*pars hereditatis, pars bonorum*), a saber: la facultat que, en tot cas, s’atribueix a l’hereu de pagar la llegítima en diner. A partir d’aquesta Constitució, ni és necessari pagar la llegítima amb béns del causant, ni el legitimari ho podrà exigir a l’hereu. I és fàcil entendre que, precisament a partir d’això, es produeix una fallida important del concepte del legitimari com “hereu forçós” d’una part de l’herència.

Però tant o més important que la facultat concedida de pagar en diner, és la *ratio legis* de les reformes introduïdes per les disposicions citades, la pervivència constant de la qual, a través del temps i fins als nostres dies, ha fet derivar la llegítima catalana del concepte originari de *pars hereditatis* o *pars bonorum*, al de *pars valoris bonorum* o simplement *pars valoris*.

La *ratio legis* de què parlo, consisteix en la necessitat de mantenir la integritat del patrimoni immobiliari familiar, -tradicionalment petit a Catalunya-, i evitar la seva atomització i dispersió a través de successives divisions dels béns entre els hereus forçosos. I és que res no s’oposa a què el testador el divideixi voluntàriament a l’empara de la seva llibertat de testar i del seu prudent criteri. Però la llei no vol imposar aquesta divisió que pot ser nefasta, sinó promoure la conservació dels patrimonis familiars.

Quarta

És de tota evidència que les disposicions catalanes esmentades mai no van pretendre definir la naturalesa jurídica de la llegítima, ni menys convertir la quota legitimària de *pars hereditatis* en *pars valoris*. Però una part de la doctrina ha entès que tals disposicions, conservant el concepte romanístic de la llegítima i a l’empara de la *ratio legis* que les inspira, parteixen del principi de què el legitimari té dret a una quotapart del cabdal relicte pel testador (i no al muntant en diner d’aquesta quotapart), però es concedeix a l’hereu la facultat de pagar-la en diner (de lliurar solament el valor i no els mateixos béns). És el que qui fou Il·lustre Notari i Jurista català, Sr. Josep Maria de Porcioles i Colomer concretà magistralment en afirmar que, en la llegítima catalana, la quota hereditària, -*pars hereditatis*-, està *in obligatione*, mentre que la quota dinerària, -*pars valoris*-, està *in solutione*. Al marge de què aquesta tesi no ha estat mai pacífica, malgrat intentés superar eclècticament les posicions enfrontades dels autors, cal remarcar que, almenys a Catalunya, resulta impossible de mantenir a partir de la promulgació de la Compilació de l’any 1960, ja que des d’ella (art. 122) el legitimari solament té “el dret d’obtenir en la successió del causant un valor patrimonial” i no, de cap manera, una *pars hereditatis*; raó per la que, almenys actualment, la *pars valoris* s’ha d’entendre que està tant en l’obligació com en el pagament, baldament l’hereu pugui, si vol, pagar la llegítima amb béns.

Però ni que actualment sigui aquesta la naturalesa jurídica de la llegítima a Catalunya, no es pot prescindir de l'evolució doctrinal que hi ha portat, ni de les discussions i polèmiques a què ha donat lloc, entre altres raons, perquè a Andorra, on no hi ha cap precepte equivalent als del Dret civil positiu de Catalunya, la dificultat doctrinal pot considerar-se encara vigent, malgrat que, al meu entendre i com veurem, la solució adoptada a Catalunya és igualment predicable a Andorra per correspondre a la veritable naturalesa jurídica de la llegítima catalana com l'ha anat conformant el costum al llarg del temps.

I pel que fa a polèmiques, hom pot començar per dubtar raonablement de la idea, llargament admesa, de què el Dret romà sempre configurà la llegítima com un dret real del legitimari sobre la seva quota hereditària. Si bé tal idea es va anar consolidant dins el Dret justinianeu i, sobretot, en el Dret comú, no obstant sempre s'han conservat certs contrasentits, inclusivament en les legislacions modernes, que posen de manifest la complexitat del tema.³

No pot considerar-se superflu posar de manifest que, malgrat el caràcter real del dret del legitimari i de l'acció de reclamació de la llegítima i malgrat la idea de què la llegítima consisteix en una quota hereditària i no en un deute de valor, el cert és que es manté en el Dret justinianeu i, per suposat, a Catalunya, "l'acció de suplement" que permet pagar en diners qualsevol dèficit existent entre la quota legal i allò que realment hagi rebut el legitimari. Acció de suplement que té un evident caràcter personal tant en els seus inicis (Constitució de Constancio i de Julià), com en la seva evolució posterior.

I no deixa d'ésser curiosa semblant contradicció, sobretot en Dret català, en el que era i és possible assignar en pagament de llegítima qualsevol bé o qualsevol suma de diners per insignificant que sigui, sense que, en tal cas, li quedi al legitimari altra acció que la de suplement, que és i ha estat sempre personal. Per descomptat que a Catalunya ha desaparegut actualment aquesta dualitat. Però subsistia en el Dret català anterior (Art. 140 compilació de 1960), i pot qüestionar-se si es dóna o no en el Dret vigent a Andorra.

Cinquena

Per tant, en el Dret català anterior a la Compilació, –i, doncs, encara ara en el Dret civil andorrà–, el debat doctrinal sobre la naturalesa de la llegítima i sobre la condició del legitimari, té la seva fonamentació específica en la juxtaposició un tant bigarrada de les normes que la regulen (Pragmàtica i Privilegi de Pere III, Constitució "Zelant" de Felip II, Dret romà justinianeu), les quals, si bé per una banda no

3. Precisament en relació amb el problema de si a Roma la llegítima era un dret real o un dret personal, cal portar a col·lecció la magnífica exposició que efectuà el senyor Florencio Porpeta Clérigo, en la Conferència que va donar sobre aquesta matèria a Madrid el 27 d'abril de 1945, -recollida en la publicació del Col·legi Notarial de Barcelona "Estudios de Derecho Sucesorio", 1946.

usen una terminologia precisa ni menys ajustada a una tècnica jurídica, per altre costat són normalment interpretades sota el prisma i la influència de la *ratio legis* expressada en aquelles disposicions genuïnament catalanes.

Per això aquest debat s'ha mantingut obert al llarg del temps, sense que cap de les dues teories enfrontades, ni tampoc les que s'han proposat com a eclèctiques i superadores, hagi merescut una general acceptació. I és que, realment, la concepció de la llegítima com una vocació real a una quota del propi cabdal hereditari, xoca obertament amb la superposició i covigència tant de la facultat de l'hereu de pagar-la en diners, com de l'acció personal de suplement de llegítima, ambdues, a més, influenciades per la voluntat del legislador català de conservació i no divisió del patrimoni del causant. Superposició d'elements contradictoris que conduí, ben aviat, a admetre i generalitzar la clàusula testamentària per la que es deixa, per via de llegat, al legitimari no instituït, un bé o una suma de diners de poca significació patrimonial, amb l'objecte o, almenys, amb el resultat, generalment acceptat pel propi legitimari, de deixar palesament reduïda la condició jurídica d'aquest a la de simple creditor personal de l'herència, a través de l'acció de suplement.

I és que, com explica Borrell i Soler⁴, si el causant assignà la llegítima per via d'institució, correspondrà al legitimari, com a hereu o cohereu, l'acció de petició d'herència o l'anomenada "familiae erciscundae", que són reals; i el mateix passa si hagués existit desheretament injust o preterició susceptible d'invalidar la institució. Si, pel contrari, assignà la llegítima per via de llegat, sense concretar béns ni quantia, li correspondrà al legitimari una acció personal *ex lege* per a demanar el que per llegítima li correspongui. I si li assignà al legitimari béns o diners insuficients, li correspondrà l'acció de suplement de llegítima que és igualment personal.

És cert que aquestes distincions no contribueixen a la construcció d'una teoria unitària de la llegítima i de la condició jurídica del legitimari en el Dret vigent a Andorra. A Espanya, per si fos poc, el Tribunal Suprem complicà encara més el problema en reconèixer al legitimari català una acció real i el dret a promoure el judici de testamentària, fins i tot contra la prohibició expressa del testador. I no seria ocios examinar, -per bé que no és el propòsit d'aquest petit estudi, ni hi cap dins els seus límits-, la influència que aquesta postura del Tribunal Suprem espanyol hagi pogut tenir en el costum andorrà, puix que es ben sabut que, altra exigència del mateix Tribunal i concretament l'aplicació forçosa a Catalunya dels antics articles 60 i 61 del Codi civil espanyol sobre llicència marital per a la compareixença en judici i contractació de la dona casada, tingué també àmplia repercussió a la pràctica forense i notarial andorrana i al propi costum andorrà, fins al punt de considerar-se el legislador obligat a derogar la necessitat d'aquella llicència en el Decret de les Delegacions Permanents del 19 de novembre de 1975 sobre igualtat jurídica entre l'home la

4. "Dret civil vigent a Catalunya", volum 5, pàgina 431, Edició del 1923.

dona, establint expressament que cadascun dels consorts podia, sense intervenció, consentiment o autorització de l'altre exercir professions, obrir, seguir i cancel·lar comptes bancaris (art. 3), o administrar i disposar dels béns propis (art. 6), tot el que per Dret català antic ja era així.

Però és precisament dins aquest context un tant confús on es situa la polèmica entre els partidaris de la llegítima com una part alíquota del cabdal relict i del legitimari com a cohereu o, almenys, com a titular d'un dret real sobre els béns hereditaris, i els partidaris de la llegítima com un deute de valor que ha de calcular-se sobre el cabdal relict i del legitimari com un creditor personal de l'herència. I ambdues posicions compten, entre els seus defensors, amb juristes de notable prestigi.

1. Entre els que defensen que el legitimari és simplement un creditor personal, protegit per una acció d'aquesta classe, s'hi troben: Cadafalch, Falguera, Agulló, Saguer, Càncer, Duran i Bas, etc.

Aquest darrer ens explica⁵ que el judici de testamentaria mai no s'havia utilitzat a Catalunya per a reclamar la llegítima i que fou el Tribunal Suprem espanyol qui ho permeté prenent partit per una teoria de la llegítima més conforme als principis generals, però contrària a l'esperit del Dret successori català. Traduint del castellà el seu discurs original, Duran i Bas ens diu:

“Per a la liquidació de la llegítima no s'utilitzava abans a Catalunya un judici de testamentaria: l'ordinari era el que s'utilitzava, ja sigui per a demanar-la, ja sigui per a reclamar el seu suplement; d'algun temps ençà s'utilitza el judici voluntari de testamentaria, considerant al legitimari com a hereu. S'ha discutit extensament per aquest motiu sobre si la llegítima és “pars hereditatis” o “pars bonorum” per a sostenir en el primer cas que el legitimari, com a hereu, és part legítima per a promoure el judici voluntari de testamentaria, sense que el testador pugui prohibir-lo, perquè de la llei i no de la seva voluntat deriva el dret d'aquell; i per a pretendre en el segon que, mer creditor el legitimari, no té dret a promoure aquell judici, majorment si hi ha una prohibició en el testament. La jurisprudència del Tribunal Suprem s'ha decidit per la primera opinió, la qual, més conforme als principis generals de dret que l'altra, especialment quan la llegítima s'ha deixat a títol d'institució, és no obstant, contrària a l'esperit de la legislació catalana en matèria de successions; de tal manera que, al nostre entendre, per a mantenir la unitat del sistema, hauria de declarar-se que el legitimari no pot promoure el judici voluntari de testamentaria, si bé a la vegada hauria d'establir-se que les despeses de valoració de l'herència es consideren com una càrrega de la mateixa...”

2. Entre els que defensen la postura de què el legitimari és hereu, condòmino de l'herència, o bé creditor, amb acció real, d'una porció alíquota del cabdal relict,

5. A la seva “Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña”, pàgines 202 i 203, Edició de 1883.

malgrat pugui l'hereu "a posteriori" pagar-la en diner, s'hi troben Almeda, Galindo i Escosura, Maluquer, Fontova, Brocà i Ameli, Pella, etc.

Diu, per exemple, Pella i Forgas⁶, que a Catalunya la llegítima consisteix en la quarta part dels béns (pars bonorum), si bé no de l'herència (pars hereditatis), i comentant després la Constitució "Zelant", en la part que facultava a l'hereu per a pagar la llegítima en diners o en béns immobles, afegeix que:

"Es té aquesta facultat, de pagar l' hereu les llegítimes en diners o en finques, per un dels majors beneficis d'aquesta Constitució i de gran influència en l'economia de les famílies. L'hereu, encara que el legitimari posseeix la quarta part en cadascuna de les coses de l'herència constituint una veritable comunitat o quota bonorum i d'aquí la facultat d'aquest de promoure testamentaria, podrà entregar una finca determinada; d'aquí les paraules de la Constitució: o amb propietat immoble; no la pitjor, sinó a arbitri de bon home, una finca mitjana, i si sobre això hi hagués discòrdia, seran els tribunals els qui la resolguin."

Per la seva part, també Fontova i Esteva⁷ abunda en la mateixa opinió sostenint que:

"Íntimament lligada amb la quantia de la quota legitimària està la naturalesa del dret de llegítima. Es un dret personal, o bé un dret real del legitimari? La llegítima és igual al llegat d'una part quotativa de la herència, al legatus parciarius del Dret romà?"

No desenrotllarem els termes de la controvèrsia haguda entre els partidaris de que era un dret personal i els que la consideraven dret real. És un debat històric fallat definitivament i justament a favor dels segons. La llegítima és un dret real, una part de la herència abintestat; i el legitimari, un cohereu que succeeix abintestat a una porció de la herència. Aquesta conclusió, defensada pels nostres clàssics Fontanella i Tristany, és la única que està d'acord amb la teoria jurídica de la llegítima catalana, i és la patrocinada pel Tribunal Suprem i la Direcció de Registres."

I una mica més avall afegeix el mateix autor que *"donada la naturalesa del dret de llegítima, és sa conseqüència lògica el reconeixement, al legitimari, del dret a promoure el judici voluntari de testamentaria, per a liquidar la llegítima, encara que'l testador li proïbeixi. El Tribunal Suprem, sancionant aquest dret, ha obrat amb estricta justícia."*

L'opinió de Fontova i Esteva, en afirmar que el legitimari succeeix sempre abintestat en una quota hereditària marcada per la llei, s'acosta evidentment al concepte de la llegítima com una successió "contra tabulas", però oblida, no obstant, l'aforisme de què *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, de manera que es

6. A la seva obra "Código civil de Cataluña", volum 3, pàgines 254 i següents, Edició de 1918,

7. Conferència donada a la Reial Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Barcelona, el dia 31 de gener de 1913, recollida a "Conferències de Dret Català llegides en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació", Edició de 1918, pàg. 466 i ss.

fa difícil admetre que, existint testament, la llegítima sigui una quota hereditària abintestat i, en absència de testament, no és necessari parlar de llegítima. Per això, –com veurem més endavant–, afirma Roca Sastre que l’institut legitimari només té sentit en la successió testamentària, ja que en la intestada, no solament la llegítima, sina la totalitat de l’herència, la rep el legitimari per ministeri de la llei.

3. Existeix també un altre grup d’autors que no es decideixen per cap de les dues opinions enfrontades.

Fontanella, per exemple, que paradoxalment és citat per un i altre dels dos grups teòrics suara mencionats com a recolzador de la seva respectiva posició doctrinal, va començar per entendre que l’acció del legitimari era personal, més tard va canviar d’opinió i finalment acaba per considerar que el problema no queda ben resolt, ni amb una ni amb l’altra de les posicions doctrinals.

I, per la seva banda, Borrell i Soler⁸, exposa les dues tesis contraposades, sense prendre partit per cap d’elles, però tampoc sense deixar d’analitzar els obstacles que, al seu sempre ponderat criteri, s’oposen a la concepció del legitimari com un hereu o condòmino d’una part alícuota del cabdal relicte, protegit per una acció real.

Al criteri d’aquest tractadista, la solució més lògica seria la de considerar al legitimari com a “hereu”, quan és instituit hereu pel testador o el succeeix abintestat per preterició, (o també, podríem afegir, per desheretament injust, perquè correspondria igualment al desheretat la *petitio hereditatis* a través de la querella); com a “legatari”, quan el testador assigna al legitimari un llegat en pagament de llegítima; com a “legatari parciari”, quan el testador es limita a mencionar al legitimari o li llega “el que per llegítima li correspongui” sense fixar béns, ni cap suma determinada; i com un “creditor legal”, quan havent assignat al legitimari menys del que per llegítima li correspondria, pot demanar el suplement.

La veritat, però, és que no resulta gens fàcil assumir una teoria tan complexa que, en el fons, acaba per deixar el problema en el seu punt de partida, en no poder donar tampoc una concepció unitària.

4. Finalment, també hi han autors com Josep Maria de Porcioles o Ramon Maria Roca Sastre que intenten, cadascun a la seva manera, superar la dicotomia tradicional.

El senyor Porcioles intenta superar aquella contraposició doctrinal admetent, en principi, que la llegítima catalana es pot considerar com a *pars bonorum*, –com una quota del cabdal relicte–, sempre que no s’oblidi, en la definició, la singular facultat de l’hereu de pagar la llegítima en diner i no, necessàriament, amb una part dels béns relictes pel causant. Per això acaba resumint la seva proposició, en la concepció de la llegítima com a *pars bonorum in obligatione* i, a l’ensems, *pars valoris in solutione*.

8. A “Dret civil vigent a Catalunya, Volum 5, pag. 406 i ss., Edició de 1923.

I el senyor Roca Sastre⁹, escomet la mateixa tasca superadora, amb una concepció original que pot resumir-se així:

a) La institució legitimària s'ha d'emmarcar dins la successió testamentària. En la successió intestada, tots els legitimaris reben la totalitat dels béns de l'herència que els hi corresponen, –i no solament la llegítima–, per ministeri de la llei sense que tampoc hi hagi cap diferenciació conceptual entre el que reben en pagament de llegítima i en escriu d'ella; d'aquí que la virtualitat de la institució legitimària solament es manifesta en la successió testamentària i solament en ella té la seva raó d'existència.

b) Però el legitimari, com a tal, no és hereu ni condòmino de cap quota del cabdal relict pel testador.

– No és hereu d'allò que hagi de rebre, en concepte de llegítima, per ministeri de la llei: perquè l'hereu testamentari rep els béns per voluntat del testador i no per ministeri de la llei; perquè el legitimari no pot de cap manera, –i podria fer-ho si fos hereu–, prendre per ell mateix el que li correspongui en concepte de llegítima, sinó que ha d'esperar a què se li lliuri precisament per l'hereu i, en el seu cas, amb fruits i interessos, cosa que prova que es tracta, realment, d'un crèdit del legitimari contra l'herència i no d'un dret de propietat; i perquè, per si lo anterior encara fos poc, l'hereu testamentari pot pagar al legitimari en diners. Per tant, no li correspon, en la seva condició de legitimari, la *petitio hereditatis* (i li correspondria si fos hereu).

No és cap obstacle al que s'acaba de dir, el fet que el preterit erròniament o el desheretat injustament puguin, a través de la *querela* acabar exercitant la *petitio hereditatis* i, a través d'ella, arribar a ésser hereus; perquè en aquests supòsits, el que haurà passat és que s'haurà anul·lat la institució d'hereu, amb la conseqüent obertura de la successió intestada. I tampoc és obstacle que la llegítima pugui assignar-se per via de institució, perquè en tal supòsit, la seva *pars hereditatis* la rep cada hereu per voluntat del testador, encara que en aquesta quotapart hereditària s'hi inclogui també el seu crèdit legitimari.

– No és tampoc, el legitimari com a tal, copropietari de cap part de l'herència, ni de cap dels béns concrets que la componen, per les mateixes raons ja exposades i, principalment, perquè l'hereu el pot pagar amb diners. No hi cap tampoc, per tant, parlar de *pars bonorum*.

c) Per contra, pot ben bé afirmar-se que el legitimari, com a tal, té dret a una part del valor del cabdal relict, que l'hereu podrà pagar-li en béns o en diners. I com que aquest dret està sostret a la voluntat del testador i li és atribuït per ministeri de la llei, té transcendència real i està protegit per una acció real: la de reclamació de llegítima, que és diferent i independent de l'acció de suplement de naturalesa

9. En el seu treball "Naturaleza jurídica de la legitima", publicat a la Revista de Derecho privado, 1944.

personal. La primera deriva directament de la llei, i pressuposa la negació del dret o de la seva efectivitat (lliurament de la llegítima); la segona, pressuposant el reconeixement del dret i de la seva efectivitat, deriva de l'incompliment de l'obligació de lliurar o de pagar "totalment".

d) Per tot això i en conclusió, –diu Roca Sastre–, la llegítima catalana no és ni *pars hereditatis*, ni *pars bonorum*, sinó *pars valoris bonorum*, i el dret del legitimari té transcendència real i està protegit per una acció real.

Sisena

La concepció de Roca Sastre no fou ni molt menys ben acollida per tots els autors sinó que, en certs sectors doctrinals, fou severament criticada.¹⁰

Tanmateix i malgrat l'opinió contrària dels autors que defensen la idea de què, a Catalunya, el legitimari és un hereu forçós, un condòmino de l'herència, que té inclús dret a promoure el judici de testamentària, el cert és que la concepció original de Roca Sastre és la que ha acabat triomfant a Catalunya i, al meu entendre, la que millor defineix les característiques pròpies de la llegítima catalana i la que millor encaixa també dins el nostre dret andorrà, tot i que no hi hagin textos normatius que la recullin expressament. En efecte.

A poc que s'analitzin els trets de la llegítima al Principat, hom conclourà que coincideixen amb els que Roca Sastre fixava com a característics de la seva concepció legitimària i que abans s'han assenyalat. Cal remarcar sobretot:

a) Que a Andorra, com a Catalunya, qualsevol discussió sobre la naturalesa jurídica de la llegítima, i les eventuais incidències pràctiques d'aquesta discussió, només tenen sentit si la institució legitimària es circumscriu a l'àmbit de la successió testamentària o contractual. En la successió intestada, no només la llegítima, sinó tot el cabdal relicte s'atribueix per ministeri de la llei, però a títol d'herència i no de llegítima.

b) Que a Andorra, com a Catalunya, i a partir de l'abans transcrita Constitució "Zelant" de Felip II, no ha resultat mai gens fàcil considerar al legitimari com a un veritable hereu o condòmino de l'herència. És clar que l'atribució testamentària de llegítima pot fer-se per títol d'herència i que, en tal supòsit, el legitimari serà també hereu, hereu o condòmino d'una part de l'herència. Però aquesta qualitat no li vindrà donada per ministeri de la llei, sinó per la simple i exclusiva voluntat del testador.

El simple legitimari, com a tal, no és considerat hereu, ni a Andorra ni a Catalunya, i per això no té facultat de quedar-se una part dels béns en pagament de llegítima, o prendre'n possessió per pròpia autoritat. I ho podria fer si fos realment hereu,

10. Vid. Florenci Porpeta Clérigo, en la seva citada Conferència del 27 d'abril de 1945

ja que li correspondria, sobre l'herència indivisa, una quotapart de cadascun dels béns que la integren. No oblidem que la comunitat hereditària de Dret català és una comunitat romana proindivís, a diferència de la de Dret castellà que es sol qualificar de comunitat mancomunada de tipus germànic.

Per les mateixes raons el legitimari, ni a Andorra ni a Catalunya, no pot tampoc reclamar de l'hereu, en pagament de llegítima, l'entrega de cap bé en concret, ni de cap quota o part alíquota dels béns hereditaris (*pars bonorum*), sinó solament la part de la llegítima global que li correspongui, -en diners o en béns a elecció de l'hereu-, fixant aquella llegítima global en la quarta part del valor dels béns del causant al moment de la seva defunció (*pars valoris bonorum*).

c) Precisament aquesta condició del legitimari com a simple creditor de l'herència, és la que li barra el pas al dret a promoure el judici de testamentària per a reclamar la seva llegítima. Prohibició comuna a Andorra i a Catalunya, explicitada en la llei a Catalunya, i en la pertinent clàusula d'estil testamentària al Principat.

Clàusula d'estil que, per una banda, és l'expressió escrita d'un costum inveterat recolzat en la consciència jurídica del poble andorrà i, per altra part, palesa igualment el reflex del debat doctrinal existent a la veïna Espanya sobre aquesta matèria i el desig d'impedir l'aplicació analògica, al Principat, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem espanyol anterior a la Compilació, que admetia aquell judici de testamentària com a facultat del legitimari català.

d) Per tant, cal concloure que, no solament rés no s'oposa a considerar al legitimari de Dret andorrà com un creditor de l'herència, igual com succeeix a Catalunya sinó que, positivament, aquests són els trets característics de la llegítima andorrana que caldria tenir en compte de *lege ferenda*, per tal de definir legislativament la llegítima al Principat.

És cert que, a Andorra, encara pot discutir-se si l'acció de reclamació de llegítima és una acció real *ex lege*, com diu Roca Sastre i acceptava la Compilació, o bé una acció personal també *ex lege*, com diu Borrell Soler.

– En favor de la naturalesa real de l'acció de reclamació de llegítima, podria argumentar-se que si aquesta ha estat atribuïda a títol d'institució d'hereu, correspondrà al legitimari, -per bé que en tant que hereu-, la *petitio hereditatis* o la *familiae eriscundae* que són reals; i si, per contra ha estat atribuïda la llegítima a títol de llegat, hauria de correspondre igualment al legitimari, -en tant que legatari-, una hipoteca legal tàcita sobre els béns que l'obligat a entregar el llegat (hereu), ha rebut en l'herència de l'ordenant i, per conseqüent, la corresponent acció hipotecària, d'acord amb el que prescriu l'Emperador Justinià al Llibre VI, Títol XLIII, llei 1a. del Codi.

– En favor de la naturalesa personal de l'acció de reclamació de llegítima, pot argumentar-se fonamentalment que és una acció que únicament protegeix un deute de valor o un dret de crèdit; que, el caràcter real de la *petitio hereditatis* o de la *familiae*

erciscundae és innegable, però no competeixen al legitimari en tant que simple legitimari, sinó en tant que hereu o cohereu; que la hipoteca legal tàcita sobre els béns rebuts del causant per qui ha d'entregar el llegat, protegiria en tot cas al legitimari en tant que legatari i no pas per la seva condició de legitimari. De manera que, en definitiva, no és l'acció de reclamació de llegítima la que és real *ex lege*, sinó altres accions que poden competir a l'hereu i al legatari i que no poden confondre's amb aquella, encara que concorri en l'hereu o en el legatari la condició conjunta de legitimari o s'atribueixi la llegítima per via d'institució o de llegat.

Però, en veritat, a Andorra no té transcendència aquesta discussió des del moment en què, per una banda, tant l'acció de reclamació de llegítima com la de suplement prescriuen als trenta anys de la mort del causant i, per altra part, compte tingut que, es vulgui real o personal l'acció de reclamació de llegítima, -la de suplement sempre ha estat personal-, no està protegida, ella mateixa, per cap hipoteca legal, ni tampoc hi ha cap afectació legal dels béns hereditaris amb transcendència real que l'empari, sinó que, en principi, s'exercitarà, -com la de suplement-, contra tot el patrimoni de l'hereu, provingui o no del causant i baldament només el relicte per aquest serveixi per a determinar-ne la quantia. De manera que, en definitiva, per a la determinació de la quantia de la llegítima només es tindrà en compte el patrimoni provinent del causant, fins i tot aquella part que ja no estigui en possessió de l'hereu, mentre que, pel contrari, l'acció de reclamació de llegítima només podrà adreçar-se contra el patrimoni de l'hereu, fins i tot contra aquella part del mateix que no provingui del causant de la llegítima.

Setena

El present treball de recerca i interpretació no podria considerar-se complert sense incloure-hi l'aportació que efectua en la matèria la doctrina del Tribunal Superior de Justícia, en l'exercici de la seva alta responsabilitat de determinar i declarar el dret patri.

La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia s'inclina definitivament per la tesi conforme a la qual la llegítima andorrana constitueix un dret de crèdit respecte l'herència.

En efecte. La Sentència de 6 d'abril de 1995 reconeix expressament aquesta concepció quan afirma que *"cal tenir present també que la llegítima és en el dret andorrà i català una pars valoris bonorum, que atribueix al legitimari un dret de crèdit contra l'hereu o contra la persona obligada al pagament de la llegítima"*.

Malgrat no sovintegin altres Sentències amb un pronunciament tan clar d'aquesta naturalesa jurídica de la llegítima, sí n'existeixen altres que convergeixen en aquest mateix punt de partida i acaben extraient diverses conseqüències i manifestacions que responen, precisament, al fet de concebre la llegítima com a deute de valor. Entre aquestes conseqüències i manifestacions són a destacar les següents:

(1) la legitimitat de la disposició testamentària o capitular en mèrits de la qual l'assignació dels drets legítims que corresponen als fills en l'herència del pare i en la de la mare, l'efectua el darrer progenitor sobrevivent amb càrrec a la seva sola herència:

És aquest el supòsit de fet que serveix d'antecedent a la Sentència de 12 de gener de 1995, que resol una reclamació de llegítima plantejada a propòsit del següent cas:

“El dia 4 de gener de 1932 s’atorgà una escriptura de capítols matrimonials, en la qual la Sra. Rosa D.R., obrant en nom propi i actuant també la clàusula de confiança que li havia conferit el seu marit difunt, va atorgar un heretament i donació universal pura i irrevocable a favor de la seva filla Sra. Filomena T.D., amb reserva d’usdefruit a favor de l’heretant. En el pacte quart d’aquesta escriptura de capítols matrimonials els cònjuges Srs. Josep F.B. i Filomena T.D. prometien heretar dels seus béns a un fill o fills de llur matrimoni i, morint sense haver-ho fet, el que premoris facultava al sobrevivent per a fer-ho dels béns del premort.

L’hereva instituïda en aquests capítols, la Sra. Filomena T.D., va morir el dia 10 de setembre de 1983. El dia 30 de gener de 1984 s’atorgà una altra escriptura de capítols matrimonials amb motiu del matrimoni que ja havia contret la Sra. Mercè F.T., filla dels esmentats consorts Srs. Josep F.B. i Filomena T.D., amb el Sr. Antoni B.R. En aquesta escriptura de capítols matrimonials el Sr. Josep F.B., en ús de les facultats que li havia conferit la seva esposa en l’esmentada escriptura de capítols matrimonials de l’any 1932, instituïa hereva la seva filla Sra. Mercè F.T. de tots els béns i drets que havia deixat la seva difunta esposa Sra. Filomena T.D. (pacte primer), i en el pacte tercer es va convenir que en pagament de tots els drets legítims paterns i materns que corresponien a la seva filla Dolors F.T., avui difunta, dota els seus néts Enric i Josepa O.F. amb les quantitats de cinc-centes mil pessetes (500.000 Pta.) a cada un”

Vegí’s doncs la referència a aquesta pràctica gens infreqüent al Principat, en mèrits de la qual el disponent assigna drets legítims de l’herència pròpia i també d’altri. I ho fa no pas en qualitat d’hereu distributari d’aquest tercer, perquè com afegeix la calendada Sentència, *“el fet que aquesta senyora hagués facultat el seu marit per elegir hereu entre els fills comuns i fixar l’import de les llegítimes que graven l’herència materna, no modifica aquesta conclusió. Ja que el consort supervivent amb facultat d’elegir hereu o distribuir l’herència entre els fills comuns, encara que a voltes se l’anomena hereu distributari, no té la condició d’hereu del consort premort i, per tant, no pot tenir la condició de causant dels fills comuns en relació amb els béns que formen el cabdal hereditari del cònjuge premort”.*

En termes semblants disposa la Sentència de 27 de juliol de 1995:

“Certament l’hereu és en els casos generals la persona obligada al pagament de la llegítima, però aquesta obligació és compatible amb l’existència d’altres persones, no obligades però sí legitimades per a pagar les llegítimes que graven l’herència del cònjuge premort, ja que d’acord amb la tradició jurídica catalana i andorrana, s’ha entès

sempre que el consort supervivent que pot elegir hereu entre els fills comuns, i que a més a més sigui usufructuari de l'herència del premort, està facultat per a determinar i pagar les llegendimes”.

Aquesta flexibilitat en l'assignació i el pagament de drets legítimaris és compatible amb la naturalesa de deute de valor, mentre que trobaria dificultat d'encaix en la tesi conforme a la qual la llegítima és part de l'herència o part dels béns de l'herència.

(II) la primacia del principi nominalista versus el principi valoralista en el càlcul de la llegítima:

Es fa així referència als criteris enfrontats en la controvèrsia sobre si la quantitat corresponent als drets legítimaris, que es fixa d'acord amb el valor dels béns hereditaris al temps de la mort del causant de la successió, s'ha d'actualitzar o no segons la devaluació que ha experimentat el diner des de l'obertura de la successió i fins el moment de pagament de la llegítima (per tal d'evitar un perjudici al legítimari i un enriquiment injust de l'hereu).

El Tribunal Superior de Justícia reconeix que la circumstància de no estar previst el problema de la inflació monetària en les disposicions legals catalanes que regeixen el càlcul i pagament de la llegítima, *“no ha d'impedir que els organismes jurisdiccionals del Principat estableixin quin és el criteri que s'ha de seguir en els temps actuals pel cas de pagament de la llegítima en diners”* (Sentència de 6 d'abril de 1995).

Doncs bé. La jurisprudència s'inclina clarament pel principi nominalista, que exclou la revaloració de la llegítima per a subsanar la devaluació del diner; i això precisament en base a què la llegítima andorrana és un dret de crèdit. Continua dient la Sentència darrerament citada:

“per consegüent no es pot imposar un criteri valorista per resolució judicial, ja que la reclamació de la llegítima es tradueix en la reclamació d'una quantitat de diners per tal de satisfer el crèdit del legítimari, que no té dret a una part dels béns hereditaris segons la configuració de la llegítima en el dret andorrà”.

En el mateix sentit es manifesta la Sentència de 26 d'octubre de 1995, en el Fonament de Dret IV.

(III) la necessitat d'impetrar l'auxili judicial pel legítimari que vulgui obtenir informació sobre la composició de l'herència:

Així es reconeix en l'Aute de 20 de setembre de 2001, que disposa:

“La instant és legítimària del seu difunt pare (...). Té per tant evident interès legítim de conèixer quins són els béns deferits pel causant; però en la seva qualitat de legítimària, no d'hereva, li esdevé impossible sense l'ajut judicial, poder esbrinar els comptes bancaris que el causant hagués deixat al Principat, devent el Batlle atorgar l'auxili que li és demanat per persona legítimada per sol·licitar-lo”.

Tot el qual solament és congruent amb l'assimilació al dret de crèdit, i no pas a un dret sobre l'herència o sobre els béns d'aquesta.

(iv) la manca de legitimació activa per l'exercici de l'acció de petició d'herència:

Així ho expressa la Sentència de 17 de març de 2005, quan afirma:

“En efecte, l'acció de petició d'herència és aquella que s'exercita per part de l'hereu i cerca la declaració del seu títol d'hereu, front a aquells que el neguen (cfr. Digest 5,3,4), i la restitució dels béns i drets hereditaris (STSJA de 25-5-1994) i, com és de veure no és aquesta l'acció exercitada respecte de l'herència del pare, tota vegada que els legitimaris són simplement creditors envers l'hereu o la persona obligada a pagar la llegítima, d'acord amb les previsions de la constitució de Felip II de l'any 1585 (Llibre IV, títol V, constitució 2a del volum 1r de les Constitucions i altres drets de Catalunya) i, si bé és possible que la llegítima s'atribueixi, entre altres vies, a títol d'hereu, això no s'esdevé en el present cas”.

(v) i la manca de legitimació activa per l'exercici del dret de retenció:

En fi, la manca d'eficàcia real sobre els béns de l'herència del dret del legitimari es plasma igualment amb la negació d'aquesta facultat garantista. Afirma l'Aute de 25 de setembre de 2003:

“... encara que la llegítima s'hagi de conceptuar com un límit a la llibertat de testar, que amb caire imperatiu, en relació al causant, suposa l'atribució envers els legitimaris d'una quarta part de l'herència, segons les normes de computació legitimària, no existeix ni a les Novel·les que la contemplaven (cfr. Novel·la 115) ni a la Constitució de Felip II l'any 1585 ni a la Llei de reforma del dret de successions de l'any 1989 l'atribució del ius retentionis com a garantia per recolzar el dret que ostenta el legitimari, i si és el cas els seus hereus, a percebre la llegítima que li pertoca. Per consegüent, i des de l'òptica esmentada, no es pot entendre existent un dret de retenció que garanteixi el dret al pagament de la llegítima, tota vegada que aquest supòsit ni es va contemplar històricament amb la concessió de la garantia retentòria ni es fa al dret actualment vigent”.

Vuitena

En conclusió, doncs, si resulta obvi que, per damunt de discussions i polèmiques que semblen avui obsoletes i inoperants, **la llegítima a Andorra actualment ha de considerar-se un deute de valor, un crèdit contra l'herència**, la conseqüència a què ens ha de portar aquesta construcció doctrinal és que, també des d'un punt de vista teòric, es convalida la pràctica testamentària i capitular que posen de manifest les clàusules a què ens hem referit a l'encapçalament d'aquest treball.

Es tracta, efectivament, de clàusules testamentàries i capitulars que tenen una evident utilitat pràctica, majorment a les poblacions agrícoles i de patrimonis immobiliaris petits, en el sentit d'impedir la desmembració dels dits patrimonis, en clara

harmonia amb la “ratio legis” de la Constitució “Zelant”, i que ni neguen la llegítima, ni el dret del legitimari, ni les seves accions per a obtenir-ne el pagament.

Donat que el legitimari és un creditor de l’herència, el crèdit del qual s’ha de determinar en funció dels béns del causant, –però que l’hereu pot pagar en béns o en diner–, és perfectament clar que el testador, per exemple, no desconeix aquest dret del legitimari quan li assigna un bé propi o diners en pagament de llegítima paterna i materna, o quan l’hereu paga la llegítima del pare amb un bé propi o procedent de l’herència de la mare. En ambdós casos, i en tots els altres que contempnen aquelles clàusules, el legitimari obté la satisfacció del seu dret, d’acord amb el valor dels béns del causant de la llegítima que se li paga i, sovint encara, se li paga més del que legalment li correspondria. Però si en algun supòsit li sembla que allò que li dóna el pare o l’hereu en pagament de la llegítima paterna i/o materna, no satisfà els seus drets legitimaris paterns i/o materns, sempre pot reclamar el que legalment li correspongui per una i altra llegítimes, renunciant, si és necessari, l’assignació o la donació o pagament concrets que no li plauen.

El que la llei vol és que el legitimari obtingui una compensació patrimonial sobre el valor de l’herència del seu causant, però li és indiferent que aquesta compensació la rebi el creditor amb diners o amb béns, sempre que la quantia sigui, com a mínim, la legal. Característica essencial, que amplia l’autonomia de la voluntat del testador en defensa del patrimoni familiar, a través d’aquelles clàusules testamentàries, sovint reforçades amb la corresponent *Cautela Soccini*.

Andorra la Vella, 26 d’abril de 1994 i 21 de març de 2014.

Extracte del treball “Naturalesa jurídica de la llegítima catalana”, elaborat per Josep Maria Arqués i Campillo i datat el mes d’abril de 1994, completat per Daniel Arqués i Tomàs amb les aportacions en la matèria efectuades per la jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia.

**El dret a un procés degut:
visió jurisprudencial de l'article 10
de la Constitució i de l'article 6.1
del Conveni europeu dels drets humans**

Francesc Badia Gomis
Degà del Col·legi Oficial d'Advocats d'Andorra

Article 10 CA

1. Es reconeix el dret a la jurisdicció, a obtenir d'aquesta una decisió fonamentada en Dret, i a un procés degut, substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.
2. Es garanteix a tothom el dret a la defensa i a l'assistència tècnica d'un lletrat, a un judici de durada raonable, a la presumpció d'innocència, a ésser informat de l'acusació, a no confessar-se culpable, a no declarar en contra d'ell mateix i, en els processos penals, al recurs.
3. La llei regularà els supòsits en què, per garantir el principi d'igualtat, la justícia ha d'ésser gratuïta.

Article 6.1 CEDH

1. Tota persona té dret que la seva causa sigui vista equitament, públicament i en un termini raonable, per un tribunal independent i imparcial, establert per la llei, que decideixi sigui sobre els litigis en relació amb els seus drets o les seves obligacions de caràcter civil, sigui sobre els fonaments de tota acusació en matèria penal dirigida contra ella. La sentència ha de ser pronunciada públicament, però l'accés a la sala d'audiència pot ser prohibit a la premsa i al públic durant tot o una part del judici en interès de la moral, de l'ordre públic o de la seguretat nacional en una societat democràtica, quan els interessos dels menors o la protecció de la vida privada de les parts en el procés així ho exigeixin o, en la mesura considerada estrictament necessària pel tribunal, quan en circumstàncies especials la publicitat pogués perjudicar els interessos de la justícia.

Tot i que la Constitució fa referència al dret a un "*procés degut*" i el Conveni parla de dret a un "*judici equitable* (o equitatiu)", hem de concloure que totes dues normes al·ludeixen a un mateix dret, encara que amb matisos importants. En aquest treball utilitzarem una i altra expressió per parlar d'aquest dret que la jurisprudència dels nostres tribunals ha qualificat de fonament de les garanties processals.

Pel seu camp d'actuació, tant l'article 10 CA com l'article 6 CEDH són probablement les disposicions sobre drets humans amb més possibilitats efectives de fer passos endavant en el pedregós camí per aconseguir que el respecte per la dignitat humana sigui un objectiu cert i abastable i no pas una aspiració quimèrica.

El dret fonamental a un procés degut –com ha declarat el Tribunal Constitucional–¹ s'estén, més enllà de la mateixa instància, a les etapes anterior i posterior mitjançant el dret a l'accés a un tribunal i el dret a l'execució de la decisió.

1. Cf. STC 2010-31-RE: "Quan aquest precepte es refereix al 'procés degut' formula una exigència aplicable tant als processos ordinaris declaratius, constitutius o de condemna, com als processos d'execució pròpiament dits."

Una simple lectura de l'article 6.1 CEDH o de l'article 10 CA permet constatar la multiplicitat de drets que s'engloben sota el significat de *procés degut* i de *judici equitable*. La jurisprudència dels tribunals andorrans i del Tribunal Europeu dels Drets Humans (TEDH), s'ha encarregat d'enriquir aquest significat, de perfilar-ne els límits i de mostrar-ne noves manifestacions,² d'acord amb les normes respectives, cada òrgan dins l'àmbit de les seves competències.

En aquest escrit es repassa el contingut d'alguns dels aspectes més rellevants dels articles esmentats d'acord amb les precisions i la interpretació de la jurisprudència andorrana i europea. L'anàlisi conjunta de la jurisprudència sobre els dos articles pot tenir interès en la mesura que, d'acord amb una assentada jurisprudència constitucional "l'article 10 de la Constitució ha d'interpretar-se tenint en compte l'article 6 del Conveni europeu dels drets humans, ja que aquest Conveni forma part de l'ordenament jurídic andorrà, de conformitat amb l'article 3.4 de la Constitució, tot i que no és una norma constitucional."³

Una de les característiques de la jurisprudència sobre aquesta qüestió és la utilització d'un llenguatge enormement mesurat, ple de matisos i condicions, i entretallat per nombroses especificacions en la valoració de cada cas concret. L'expressió jurisprudencial és precisa, concreta i específica, i només generalitza en casos premeditadament volguts. Aquesta circumstància fa que de vegades la decisió i les valoracions fetes per a un afer concret siguin difícilment extrapolables a un altre afer similar i dificulta la construcció d'una doctrina general, senzilla i establerta sense cap fissura. La jurisprudència sobre aquests articles és de casos concrets i específics: què ha decidit el Tribunal davant d'un cas exactament d'unes determinades característiques i no d'unes altres. La majoria de drets d'aquests dos articles són analitzats sempre tenint en compte criteris com la complexitat processal, l'actitud processal de les parts, l'activitat desenvolupada pels tribunals, la dificultat de l'afer o la diligència dels jutges, en tots els casos sense perdre de vista les característiques específiques de la qüestió concreta.⁴

Un resum com el que es presenta a continuació corre forçosament el risc d'oferir una visió excessivament simplificada o incompleta de la jurisprudència sobre aquests articles i s'ha de tenir en compte la precaució esmentada. Per això constitueix més una pinzellada sobre la interpretació que en fan els tribunals que no pas un repàs detallat de tota la casuística.

2. TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS. *Guide sur l'article 6. Droit à un procès équitable* (volet civil) (2013) Consell d'Europa. <http://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf>

3. Cf. Entre altres, STC 2000-3-RE; 2007-2-RE, 7-9-2010.

4. Per exemple, entre moltes altres, en relació amb la durada raonable del judici, STC 2006-17-RE i STC 2011-34-RE.

Un dret no absolut.

El dret a un procés degut no és absolut. Més enllà de les restriccions que imposa la redacció dels articles pel que fa al camp d'aplicació, hi ha limitacions necessàries per garantir una bona organització de l'administració de justícia i el principi de seguretat jurídica.

Segons el TEDH, les limitacions a aquest dret no poden restringir l'accés de l'individu d'una manera o fins al punt que el dret d'accés quedi afectat *en la seva mateixa substància*. Entre altres, el TEDH destaca la necessitat que hi hagi un "objectiu legítim" i una "relació raonable de proporcionalitat entre els mitjans utilitzats i l'objectiu perseguit" per acceptar les limitacions que es poden considerar conformes a l'article 6.1 del Conveni. La jurisprudència del TEDH té en compte aquests criteris per resoldre els casos d'immunitat establerts, generalment admesos com a compatibles amb l'article 6, però també susceptibles de contravenir-lo: per exemple la immunitat de jurisdicció de les organitzacions internacionals davant el jutge nacional, la immunitat de jurisdicció i d'execució dels estats o la immunitat parlamentària, entre altres.

En el mateix sentit, la jurisprudència tant del Tribunal Superior de Justícia (TSJ) com del Tribunal Constitucional (TC) en dibuixa els límits.⁵ En constitueixen exemples, la precisió reiterada que el dret a la jurisdicció no suposa el dret a obtenir una decisió favorable,⁶ o les nombroses precisions en relació amb la motivació de la decisió judicial.⁷

5. Ahora que en remarca el caràcter fonamental dins l'article 10 CA. Cf. STC 1996-9-RE: "El dret d'accés a la justícia és el fonament de la resta dels drets que protegeix el dret fonamental a la protecció judicial i sense indefensió. I, per això, el tribunal competent que denega a un ciutadà una sentència que es pronuncii sobre totes les peticions de l'autor fa inútil tota la resta de garanties processals contingudes en l'article 10 de la Constitució, en què es 'reconeix el dret a la jurisdicció', com un dret general dret font del qual deriven tots els drets continguts en l'article 10 apartats primer i segon." Sentència citada a BARTUMEU MARTÍNEZ, I. *Legislació i jurisprudència constitucional del Principat d'Andorra*. Col·lecció Jurídica Set Claus. Ed. Fundació Julià Reig, Premsa Andorrana SA i Edicions del Diari d'Andorra i l'autor. 2a edició, març del 2003.

6. Entre moltes altres decisions, cf. ATSCJ del 9 de juny de 2005: "En efecte, segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional, el dret a la jurisdicció és el dret reconegut a tots els ciutadans a promoure l'activitat jurisdiccional sobre les pretensions deduïdes, amb el fonament que aquesta decisió no ha d'ésser necessàriament favorable a les pretensions de l'actor".

7. Cf. ATC 2010-10-RE: "Aquest Tribunal ha de recordar que per tal que una empara sigui admissible en virtut d'una al·legació de manca de motivació, com aquest és el cas aquí, cal que es compleixi un "cànon de constitucionalitat" determinat. No és suficient que el recurrent, segons el seu parer, consideri insuficients o errònies les raons de les resolucions judicials impugnades. Ni tan sols basta que aquestes raons poguessin ser, des de la perspectiva de la legalitat ordinària, més o menys discutibles. No es tracta d'això, perquè el Tribunal Constitucional no és una jurisdicció ordinària. I allò que cal denunciar i raonar, si s'escau, és que les resolucions impugnades manquen d'un raonament mínim per tal d'arribar a la decisió o que aquest sigui inconsistent des del punt de vista lògic, o resulti arbitrari o absurd o que s'hagi produït una indefensió evident del recurrent." En el mateix sentit ATSCJA del 22 de juliol de 2010: "Que la interessada estigui disconforme amb el contingut d'aquesta resolució no suposa, evidentment, que

Segons el TEDH són limitacions en principi conformes, les restriccions de temps i d'espai per interposar recursos, en què els estats disposen d'un cert marge d'apreciació (*Luordo c. Itàlia*). Però no ho són sempre, perquè aquestes limitacions no poden impedir que el justiciable utilitzi una via de recurs disponible (*Miragall Escolano i altres c. Espanya; Zvolsky i Zvolska c. la República Txeca*).

Igualment, el dret d'accés pot resultar limitat, en determinades circumstàncies, per restriccions que el TEDH considera legítimes com ara l'establiment de terminis legals de prescripció (*Stubbings i altres c. el Regne Unit*).

Un dret concret i efectiu.

El dret a un procés degut és un dret concret i efectiu, una exigència que es concreta en requeriments diversos.

El Tribunal Superior de Justícia adverteix que no es poden imposar als ciutadans traves o obstacles que impedeixin l'eficàcia dels drets compresos a l'article 10 CA, fins i tot si aquests obstacles no provenen de la mateixa administració de justícia sinó de col·laboradors o cooperadors particulars.⁸

D'acord amb el TEDH, el dret d'accés a un tribunal comporta necessàriament que aquest dret ha d'estar previst i, a més, ha de ser possible: la concreció i l'efectivitat del dret poden resultar afectades, per exemple, per un cost prohibitiu del procediment en relació amb la capacitat financera del justiciable (*Ait-Mouhoub c. França; Kreuz c. Polònia (no 1)*); per uns terminis en matèria de recurs que portin a la inadmissió (*Melnyk c. Ucraïna*) o per l'existència d'obstacles processals que impedeixin o limitin les possibilitats d'accedir a un tribunal (*RTBF c. Bèlgica; Philis c. Grècia*).

El dret d'accés a un tribunal també comporta la garantia per al justiciable de disposar dels mitjans adequats per arribar fins a una solució jurisdiccional del litigi (*Ganci c. Itàlia*).

s'hagi vulnerat el dret fonamental a la jurisdicció, ja que la Constitució no garanteix que s'obtingui un pronunciament favorable a les respectives pretensions de les parts, sinó que aquestes siguin examinades i resoltes conforme a dret, en sentit estimatori o desestimatori."

8. Cf. ATSCJ 2011-10, del 23 de novembre: "Si bé és cert, com així ho recull encertadament l'Hble. Batlle en la seva resolució, que el Batlle té l'obligació de portar a terme tota aquella actuació que sigui necessària per tal que es produeixi l'abonament de les despeses que ha generat la pràctica de les proves sol·licitades per les parts i que afecten a tercers aliens al procés, no ho és menys que correspon als òrgans judicials i tribunals vetllar per tal que el dret a la jurisdicció contemplat a l'article 10 de la C.A. sigui un dret efectiu, de forma que no es puguin imposar als ciutadans traves o obstacles, de l'índole que siguin, que puguin impedir el dret a l'obtenció d'una resolució judicial sobre el fons, pel jutge que determina la llei, i en un temps adequat a les circumstàncies del procés i la seva complexitat."

I, finalment, també abasta el dret a l'execució de les sentències. L'execució forma part del judici en el sentit dels articles 6 CEDH i 10 CA.⁹ El TEDH ha declarat que aquest dret d'accés deixaria de ser un dret si l'ordenament jurídic intern d'un estat permetés que una decisió judicial definitiva i obligatòria acabés sent inoperant en detriment d'una part. (*Hornsby c. Grècia*).¹⁰

Els articles 10 CA i 6.1 CEDH contenen una sèrie de conceptes –expressats de diferent manera i alguns implícits– que la jurisprudència ha anat configurant i que constitueixen el contingut mateix del dret a un procés degut. A continuació s'examinen els elements principals tal com els ha anat interpretant i configurant la jurisprudència dels tribunals competents.

Equitat.

És el primer concepte que convé definir. L'article 10 CA no esmenta literalment el terme, tot i que el Tribunal Constitucional, mitjançant les seves decisions, ha considerat l'equitat com el paraigua sota el qual es despleguen els drets que es garanteixen a l'article 10.¹¹ La nostra jurisprudència s'hi refereix contínuament com un dels criteris bàsics per valorar qualsevol decisió judicial, per sobre fins i tot de molts altres criteris. En són exemples, entre molts altres, l'aplicació del criteri d'equitat per imposar les costes processals;¹² juntament amb el principi d'imparcialitat,¹³ per

9. Cf. STC 2010-31-RE esmentada.

10. Cf. CASADEVALL MEDRANO, J. (2012) *El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, València, p. 278-279, par. 443.

11. Cf. per exemple, establint la relació intrínseca entre equitat, contradicció i igualtat d'armes per garantir el procés just de l'article 10, STC 2012-12-RE: "Un procediment just és la condició necessària i prèvia a un jutjament just; ara bé, un procediment just és aquell que privilegia el diàleg entre les parts al procés. És efectivament, la noció d'equitat en el sentit d'*aequus* que connota la idea d'equilibri que ha d'orientar la interpretació dels principis del contradictori i de la igualtat d'armes. Aquest primer principi implica 'la facultat per les parts en un procés, penal o civil, de prendre coneixement de qualsevol document o observació presentades al jutge, fins i tot per part d'un magistrat independent, amb l'objectiu d'influir en la seva decisió i de debatre-la' (TEDH del 20 de febrer de 1996, *Lobo Machado c/ Portugal*, paràgraf 31). Pel que fa a la igualtat de les armes, es tracta d'oferir "a cada una de les parts la possibilitat raonable de presentar la seva causa en unes condicions que no la posin en una situació de desavantatge clar en relació amb la contrapart" (TEDH del 24 de febrer de 1997, *De Haes i Gijssels c/ Bèlgica*, paràgraf 53 o del 16 de juny del 2005, *Storck c/ Alemanya*, paràgraf 161)."

12. Cf. ATSJC-006/12: "[...] procedeix determinar amb equitat un import raonable que aquesta part haurà de pagar en concepte de condemna en costes processals, cosa que no s'ha realitzat en l'Aute recorregut." En el mateix sentit, ATSJC-0103/09: "[...] seria del tot injust i contrari a l'equitat que un treballador hagués de fer front a costes judicials per a l'obtenció dels seus drets que són fruit de la seva feina, o per a l'obtenció d'una indemnització resultant d'un incompliment de les seves obligacions contractuals per part de l'empresari."

13. Cf. ATSJ-016/10: "pel que fa a la imparcialitat, s'entén la possessió per part del jutge de les condicions objectives i subjectives que li permeten mantenir l'equitat o neutralitat del seu criteri sense que

interpretar la gravetat del mancament o quan es tracta de decidir entre la seguretat jurídica i la seguretat material.¹⁴

El CEDH conté el terme *equitable* o *equitativu* en la mateixa denominació del dret. I l'article 6.1 comença amb una afirmació clara i precisa: "*Tota persona té dret que la seva causa sigui vista equitablement*". El dret a un judici equitable garanteix en primer lloc *l'equitat*. En realitat *l'equitat* es fa efectiva amb el compliment de tots els requeriments establerts per l'article 6 CEDH i es concreta en uns requisits diversos que inclouen obligacions i garanties tan diverses com la necessitat que el dret sigui realment efectiu, que hi hagi una participació adequada del justiciable, que les parts tinguin accés als documents útils en possessió de l'administració –acceptant en aquest cas les formalitats prèvies establertes–, etc.

Segons el TEDH, *l'equitat* del procediment s'ha d'apreciar mitjançant un examen del procediment en el seu conjunt (*Ankerl c. Suïssa*). Per valorar *l'equitat*, doncs, cal examinar una multitud de paràmetres: la manera com s'han obtingut les proves (*Els-holz c. Alemanya*), l'admissió de testimonis (*Dombo Beheer B. V. C. Països Baixos*); els termes concrets en què s'ha refusat un peritatge (*H. C. França*), etc.

I finalment, a més de fer-la possible de manera concreta i efectiva, *l'equitat* que es vol garantir ha de ser aparent. El TEDH ha subratllat la importància de les aparences en matèria d'administració de justícia, que es justifica per la sensibilitat creixent dels ciutadans en relació amb les garanties d'una bona justícia (*Kress c. França [GC]*; *Lobo Machado c. Portugal*).

Concepte de tribunal.

L'article 10 CA i l'article 6.1 CEDH coincideixen quasi literalment en l'expressió dels requisits d'imparcialitat i de predeterminació legal del tribunal. L'article 10 CA estableix que el procés degut ha de ser "*substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei*" i l'article 6.1 fa referència a un "*tribunal independent i imparcial, establert per la llei*". Es tracta en tots dos casos de determinar quin "*tribunal*" és el que ha de veure equitament les causes o de garantir el procés degut.

estigui mediatitzat ni per les seves relacions amb les parts, ni per les que mantinguin amb l'objecte del procés ni per la seva relació orgànica o funcional amb el mateix. És incontrovertible que el Tribunal Superior de Justícia."

14. Cf. STSJC-166/08: "Com destaca la Sentència d'aquesta Sala de 24 de novembre de 1994, entre altres, en el conflicte entre seguretat jurídica i justícia material s'ha d'optar en alguns casos, de forma excepcional, d'acord amb les circumstàncies i valorant conjuntament les proves aportades a les actuacions (ja que rarament es poden trobar indicis directes) per aplicar el criteri d'equitat i acollir del principi de bona fe, penetrant en el substrat personal de les entitats i fent responsables de les obligacions de la societat a les persones físiques que en formen part, per evitar que s'abusi de la independència i de la limitació de responsabilitat que pot comportar la creació d'una persona jurídica en perjudici de tercers."

Des de les sentències dels primers anys, la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha posat en relleu aquesta estreta connexió entre els dos articles.¹⁵

Amb independència de la designació que tingui, el tribunal a què tot individu té dret es caracteritza des del punt de vista material per la seva funció jurisdiccional: concretament és l'òrgan que decideix, prenent com a base normes de dret, amb plenitud de jurisdicció i com a conseqüència d'un procediment organitzat, qualsevol qüestió de la qual sigui competent (*Srameck c. Àustria; Xipre c. Turquia*).

El tribunal a què donen dret la CA i el CEDH és un òrgan competent, independent, amb plenitud de jurisdicció i establert per la llei. És l'òrgan que té el poder de dictar una decisió obligatòria que no pot ser modificada per una autoritat no judicial en detriment d'una part (*Van de Hurk c. Països Baixos*) i que no renuncia a cap dels components de la funció de jutjar (*Chevol c. França*).

S'ha de tractar d'un tribunal "independent", és dir, ha de disposar d'una llibertat absoluta, sense prevencions o prejudicis derivats d'una relació o un contracte previs amb l'objecte del procés.¹⁶ No pot estar subordinat a cap autoritat, de manera que no hi ha d'haver interferències per part dels poders executiu i legislatiu en el nomenament dels jutges i magistrats (*Filippini c. San Marino*).

Els criteris principals del TEDH per valorar la independència del tribunal (*Langborger c. Suècia; Kley i altres c. Països Baixos*) són, entre altres, el sistema de designació dels membres, la durada del mandat dels membres, les garanties contra pressions exteriors i fins i tot, en circumstàncies ben determinades, l'aparença d'independència.

15. Cf. STC 1999-9-RE, citada a BARTUMEU MARTÍNEZ, I., *op. cit.*: "Doncs bé, amb caràcter previ a l'anàlisi d'aquesta pretensió, cal delimitar els trets generals que acompanyen el dret constitucional al jutge o tribunal imparcial predeterminat per la llei. En aquest sentit, els elements que configuren l'objecte d'aquest dret són dos: d'una banda, la imparcialitat del jutge i, d'altra banda, la seva predeterminació legal. [...]"

Així doncs, amb caràcter general, tant en la doctrina com en la jurisprudència del nostre àmbit de dret comparat, s'admet pacíficament que la predeterminació implica que l'òrgan judicial ha d'haver estat creat de manera prèvia per la norma, que ha d'estar investit de jurisdicció i competència abans que es produeixi el fet generador del procés i que el seu règim orgànic no ha de permetre que sigui qualificat d'òrgan especial o excepcional; entenent per imparcialitat la possessió per part del jutge de les condicions objectives i subjectives que li permeten mantenir l'equitat o neutralitat del seu criteri sense que estigui mediatitzat ni per les seves relacions amb les parts, ni per les que mantingui amb l'objecte del procés ni per la seva relació orgànica o funcional amb el mateix (sentències del Tribunal Europeu dels Drets Humans, causa Piersack, d'1 d'octubre de 1982, i causa De Cubber, de 26 d'octubre de 1984). Tal com es desprèn d'aquesta jurisprudència, les condicions objectives d'imparcialitat han de ser inherents a les condicions de predeterminació legal i a l'inrevés. [...]"

16. Cf. STC 2007-3 i 6-RE: "El dret a la imparcialitat objectiva dels jutges pretén assegurar que els jutges que intervinguin en la resolució d'una causa ho facin sense prevencions o prejudicis derivats d'una relació o d'un contacte previs amb l'objecte del procés, per haver instruït la causa, per haver ostentat la condició d'acusador o per haver intervingut en una altra instància prèvia del procés. Es vol evitar que influeixin en la seva resolució conviccions prèvies que el jutge s'hagi pogut formar sobre el fons de l'afer per tal com ha participat en instàncies o actuacions judicials anteriors."

El tribunal, a més, ha de ser “imparcial”.¹⁷ L’actitud personal del jutge ha de mostrar aquesta imparcialitat però, a més, és necessari que sigui percebut com a imparcial. El tribunal ha de ser i ha de semblar imparcial. En matèria d’imparcialitat fins i tot les aparences tenen importància¹⁸. Hi està en joc igualment la credibilitat i la confiança en l’administració de justícia.¹⁹

Finalment, s’ha de tractar d’un tribunal “establert per la llei” de manera que l’organització del sistema judicial no quedi a la discreció i arbitrietat del poder executiu.

Contradicció.

El dret a un procés degut imposa el respecte del principi de *contradicció*. Aquest és un principi que no és expressament esmentat ni en el text de l’article 10 CA ni en la redacció de l’article 6.1. CEDH. Deriva de la noció mateixa del dret a un procés degut o a un judici equitable.

El dret a un procediment contradictori garanteix a les parts la facultat de conèixer i discutir qualsevol document o observació que s’hagi presentat al jutge amb vista a influir sobre la seva decisió (*Ruiz Mateos c. Espanya; McMichael c. el Regne Unit*),²⁰ amb independència de l’efecte real que pugui tenir o hagi tingut sobre el jutge (*Nideröst-Huber c. Suïssa*) i amb la precisió que correspon a les parts del litigi jutjar si el document transmès al tribunal, o l’element aportat pels testimonis, mereix els seus comentaris. D’acord amb el TEDH, és justament la seguretat d’haver-se pogut expressar sobre totes les peces del dossier el pilar en què es basa la confiança dels justiciables en el funcionament de la justícia (*Nideröst-Huber c. Suïssa; Pellegrini c. Itàlia*).

17. Cf. ATC 2010-7-RE: L’art 10 CA garanteix que “les jurisdiccions competents s’han pronunciat de manera independent i imparcial d’acord amb un raonament coherent i no arbitrari.”

18. Cf. CASADEVALL MEDRANO, J. *op. cit.* p. 282, par. 452.

19. Cf. STSJC-275/11: “El dret a que els afers sotmesos al debat judicial siguin resolts per un jutge o tribunal imparcial, com a exigència prevista a l’article 10 de la Constitució i a l’article 6.1 del Conveni Europeu de Drets Humans, garanteix la credibilitat i la confiança que mereix l’administració de justícia respecte dels justiciables en un Estat democràtic de dret.”

20. Cf. entre altres, STC 2007-12-RE i 2013-38-RE: “El dret a la presumpció d’innocència exigeix, com a regla general, que les úniques proves que es poden considerar autèntiques proves de càrrec que vinculen als òrgans judicials penals en el moment de dictar sentència, siguin les proves practicades en el judici oral que hagin estat sotmeses al debat contradictori, que, en forma oral, es desenvolupa davant del tribunal sentenciador de manera que la seva convicció sobre els fets enjudiciats s’assoleixi en contacte directe amb els mitjans de prova aportats per les parts.”

L'absència de contradicció produeix una situació d'indefensió que vulnera el dret a la jurisdicció i el dret a la defensa,²¹ i doncs és indestriable del dret al procés degut (CA) i del judici equitable (CEDH).²²

Tot i això, el dret a un procediment contradictori tampoc és absolut: el seu abast pot variar en funció de les especificitats de cada afer (*Hudakova i altres c. Eslovàquia*). Per exemple, el compliment del principi contradictori no exigeix que cada part comuniqui a l'adversària els documents que tampoc hagin estat presentats al jutge (*Yvon c. França*).

Igualtat d'armes.

El principi d'igualtat d'armes tampoc apareix esmentat als textos dels articles 10 CA i 6.1 CEDH. El TEDH ha desenvolupat més que el Tribunal Constitucional el concepte de *la igualtat d'armes* amb aquesta denominació precisa, dins un abast una mica més ampli de judici equitable, en el sentit d'un "just equilibri" entre les parts, vàlid tant en l'ordre civil com en el penal (*Feldbrugge c. Països Baixos*). El Tribunal Constitucional hi al·ludeix sovint citant la jurisprudència TEDH, tot i que també l'esmenta en diverses ocasions com un requisit per garantir el dret a un procés degut.²³

La igualtat d'armes comporta l'obligació d'oferir a cada part una possibilitat raonable de presentar la seva causa, amb les proves corresponents, en unes condicions que la

21. Cf. ATSCJ-036/13: "Força és de constatar que no consta en Autes que s'hagi donat trasllat de la prova IV.PERICIAL a la part defenent abans de dictar la Sentència. No queda justificat tampoc que s'hagi comunicat a la part defenent les conclusions en les quals la part agent va quantificar les seves reclamacions. En aquestes condicions, hem de constatar que s'ha deixat la part defenent en situació d'indefensió. En efecte, la part defenent no va poder contestar a una reclamació que desconeixia ni formular les observacions que consideri pertinents. Aquesta situació ha provocat una privació substancial del dret de defensa doncs l'òrgan judicial no li va permetre conèixer quina era exactament la pretensió quan pertany a aquell de respectar i fer respectar el principi de contradicció i assegurar-se que les parts puguin tenir coneixement dels successius actes que es realitzin al llarg del procés com del material fàctic i probatori. Aquesta situació d'indefensió constitueix una vulneració del dret a la jurisdicció i del dret a la defensa reconeguts per l'article 10 CA i també del principi de contradicció reconegut també a nivell europeu com a principi fonamental d'un procés equitatiu."

22. Cf. STSJC-164/13: "És veritat que d'acord amb els principis *iura novit curia* i *da mihi factum, dabo tibi ius*, els organismes jurisdiccionals poden resoldre el fons de la qüestió litigiosa en base a arguments jurídics distints dels invocats pels litigants, això sí, sempre i quan no s'alterin les pretensions o la causa petendi" (TSJC-167/12 del 15 de novembre de 2012). En el cas que ens ocupa, força és de constatar que la instància ha introduït dins el debat celebrat entre els litigants un aspecte que cap d'ells havia aixecat, sense que sigui qüestió d'un extrem que el Tribunal hagi analitzat d'ofici, vulnerant així el principi de contradicció que forma part del dret al procés degut (article 10 de la Constitució), com també al procés equitable (article 6.1 del CEDH)."

23. Cf. Per exemple, ATC 2010-5-RE: "El dret a un procés degut té com a contingut la protecció de les garanties processals que asseguren a les parts la possibilitat de defensar davant els tribunals els seus drets i interessos en igualtat d'armes processals."

situïen en una situació d'equilibri (sense desavantatge) davant de l'adversari (*Dombo Beheer B. V. C. Països Baixos*), i està íntimament lligada a la necessitat de contradicció.²⁴ Vulnera aquest principi el fet que una part faci observacions o formuli arguments sense coneixement de l'altra i sense que aquesta darrera tingui la possibilitat de respondre-hi. El TEDH deixa clar que la facultat d'apreciar si les observacions aportades per l'altra part mereixen o no una reacció correspon exclusivament al litigant (*APEH Üldözötteinek Szövetsége i altres c. Hongria*) i no pas a cap altra instància. El TEDH ha establert que es vulnera més l'equitat que no pas aquest principi quan a una de les parts no li hagin estat comunicades observacions que estan a la disposició del tribunal (*Nideröst-Huber c. Suïssa; Clinique des Acaïas i altres c. França*).

En la decisió *Martinie c. França* [GC], el TEDH va establir que hi havia hagut un desequilibri en detriment del justiciable pel lloc que ocupava el ministeri fiscal en el procediment davant el Tribunal de Comptes, ja que el fiscal era present a l'audiència i el justiciable no. Aquesta circumstància va fer que el fiscal disposés d'informació abans, que tingués la possibilitat de participar en el debat i que pogués expressar el seu punt de vista sense ser contradit pel justiciable. De fet el desequilibri encara va ser més gran perquè l'audiència no fou pública.

El TEDH subratlla la diferència entre la constitució en part civil i l'acció del ministeri fiscal, que representa el poder públic encarregat de la defensa de l'interès general (*Guigue et SGEN-CFDT c. França*). I fins i tot, ha resultat, per exemple, que establir condicions de forma i de terminis diferents en un recurs (amb un termini més curt per la part civil) no és contrari a la igualtat d'armes sempre que aquesta via de recurs pugui ser exercida de manera útil.

Dret a un judici de durada raonable.

Els articles 10.2 CA i 6.1 CEDH fan referència a la durada raonable del *judici* o de la *causa*, segons la terminologia de cada text. L'objectiu és que la justícia no sigui administrada amb uns retards que en puguin comprometre l'eficàcia i la credibilitat

24. Cf. STC 2002-3-RE: en un cas de jurisdicció voluntària, "a partir del moment en què intervé la figura del batlle, si la seva decisió és recurrible, es converteix en contenciosa i per tant, des de l'inici mateix del contenciós han d'oferir-se a les parts igualtat d'armes i capacitat de defensa: i així és com hem d'entendre la jurisdicció voluntària d'acord amb el contingut de l'article 10 de la Constitució." O STC 2004-11-RE, que cita una altra sentència del mateix Tribunal, del 13 de març de 1997, en què també es relaciona amb el principi de contradicció i amb la prohibició d'indefensió: "la prohibició d'indefensió implica el respecte a l'essencial principi de contradicció, de manera que els contendents, en posició d'igualtat, disposin de les mateixes oportunitats d'al·legar i provar tot el que estimin convenient amb vista al reconeixement judicial de les seves tesis". El Tribunal Constitucional declara la vulneració de l'article 10 de la Constitució i anul·la la sentència del Tribunal Superior de Justícia perquè considera que s'ha vulnerat de manera directa el principi de contradicció, que el Tribunal Europeu dels Drets Humans anomena "principi d'igualtat d'armes".

(*Katte Klitsche de la Grange c. Itàlia*). Es tracta d'assegurar l'interès dels justiciables i el principi de seguretat jurídica²⁵.

Ens trobem, com ha assenyalat la jurisprudència, davant d'un concepte difícil d'objectivar perquè cal tenir en compte, d'una manera especial, les especificitats de la circumstància concreta.²⁶

El TEDH ha establert uns criteris per apreciar la durada raonable, que ha fet seus la jurisprudència constitucional andorrana:²⁷ per determinar si un judici és massa llarg cal establir, en primer lloc, en quin punt concret es considera que s'ha iniciat. En principi, el TEDH considera que el punt inicial del termini a partir del qual cal valorar la durada del judici és el moment en què s'ha accedit a una jurisdicció competent (*Bock c. Alemanya*), una interpretació coincident amb la jurisprudència andorrana. Si el recurs a una autoritat administrativa és un requisit previ de l'accés a un tribunal (*König c. Alemanya*), la data inicial és la del recurs a l'autoritat administrativa.

L'exigència de respecte d'un termini raonable comprèn totes les fases dels procediments judicials, de manera que no se'n poden exceptuar les fases posteriors a les decisions sobre el fons (*Robins c. el Regne Unit*). Cal incloure-hi, doncs, l'execució d'una decisió, sigui de la jurisdicció que sigui (*Martins Moreira c. Portugal*).

També forma part d'aquest termini la instància seguida davant un tribunal constitucional, encara que no tingui la competència d'estatuir sobre el fons, si la seva decisió pot influir en la resolució del litigi davant de les jurisdiccions ordinàries (*Deumeland c. Alemanya*).

Finalment, per valorar si el judici ha tingut una durada raonable o no, el TEDH ha establert un criteri particular en relació amb la intervenció dels hereus com a tercers en els procediments civils: quan un demandant ha intervingut en el procediment nacional només en nom propi, el termini comença a córrer a comptar de la data de la seva intervenció; en canvi, quan un demandant es constitueix en part del litigi en

25. Cf. CASADEVALL MEDRANO, J. *op. cit.* p. 291, par. 469.

26. Entre altres, STC 2000-17-RE, citada a BARTUMEU MARTÍNEZ, I. *op. cit.*: "El dret a un judici de durada raonable es formula constitucionalment com un concepte jurídic indeterminat, perquè el seu contingut (la durada "raonable" del procés) no està prefixat ni en termes temporals (durada) ni amb cànons precisos i determinats ("raonabilitat de la durada"). Aquesta durada, no obstant això, ha de ser mesurada d'acord amb uns criteris generals, que, adaptant-se a la peculiaritat del cas concret, han de permetre obtenir aquest judici de "raonabilitat" que la Constitució exigeix i ha de poder determinar així si s'ha produït un retard no justificable en la tramitació corresponent de la causa. El bé o la finalitat jurídica protegida és l'obtenció d'una resolució judicial de la causa prompta i amb totes les garanties.

27. Cf. STC 2011-34-RE: "A l'hora de precisar el concepte jurídic indeterminat de "durada raonable" al qual al·ludeix l'article 10.2 de la Constitució, aquest Tribunal, de la mateixa manera que els tribunals ordinaris andorrans, aplica els criteris establerts pel Tribunal Europeu dels Drets Humans en relació amb l'article 6 del Conveni i ha considerat que calia tenir present, a banda de la durada global dels processos enjudiciats, la seva complexitat processal, l'actitud processal de les parts i l'activitat desenvolupada pels tribunals."

qualitat d'hereu, té dret a prendre en consideració la durada de tot el procediment (*Scordino c. Itàlia* nº 1 [GC])

Cal reiterar, també, per a l'apreciació de la vulneració del CEDH, les mateixes consideracions fetes per als altres conceptes: el caràcter raonable de la durada d'un procediment d'acord amb l'art. 6 CEDH s'ha d'apreciar en cada cas tenint en compte les circumstàncies particulars de l'afer (*Frylender c. França*) i, com no pot ser d'altra manera, cal tenir en compte el conjunt del procediment. Així, diversos retards que tots sols no són condemnables, un cop acumulats i combinats sí que poden comportar una vulneració d'aquesta prescripció (*Deumeland c. Alemanya*); i un retard en una fase concreta del procediment es pot tolerar si la durada total del procediment no acaba sent excessiva (*Preto i altres c. Itàlia*).

La darrera qüestió que s'imposa en l'avaluació del caràcter raonable de la durada del judici és l'anàlisi dels criteris que fa servir el TEDH.

El TEDH té en compte, en primer lloc, *la complexitat de l'afer*, que pot provenir de la complexitat tant dels fets com del dret (*Papachelas c. Grècia*), de la pluralitat de les parts implicades (H. c. el Regne Unit) dels diversos elements que cal obtenir (*Humen c. Polònia* [GC], i fins i tot de la complexitat del procediment nacional (*Tierce c. Saint Martin*).

Un altre criteri que utilitza el TEDH per valorar la raonabilitat de la durada del judici és *el comportament del demandant*, que considera un fet objectiu no imputable a l'estat demandat (*Poiss c. Àustria*). L'article 6.1 CEDH no exigeix de les parts interessades una cooperació activa amb les autoritats judicials, però té en compte les maniobres dilatòries a l'hora de valorar la responsabilitat de l'estat, com ara la lentitud de les parts en la presentació de les conclusions (*Vernillo c. França*) o els canvis freqüents i reiterats d'advocats (*König c. Alemanya*). Tot i això el TEDH ha establert igualment que els mètodes dilatoris utilitzats per alguna de les parts no dispensen els estats de garantir un desenvolupament del procediment dins un termini raonable (*Mincheva c. Bulgària*).

El tercer criteri en la valoració del caràcter raonable de la durada del judici és el comportament de les autoritats competents. El TEDH considera que la inobservança del termini raonable només pot ser provocada pels retards imputables a l'estat (*Buchholz c. Alemanya*) i això fins i tot en els sistemes jurídics regits pel principi de la direcció del procés per les parts, en què la lentitud de les parts tampoc no dispensa els jutges de garantir aquesta durada raonable (*Pafitis i altres c. Grècia*; *Sürmeli c. Alemanya* [GC]).

La durada raonable d'un judici està molt directament connectada amb el concepte d'una *bona administració de justícia*; per aquesta raó, una sobrecàrrega crònica de treball d'aquesta administració no pot justificar una durada excessiva del procediment (*Probstmeier c. Alemanya*). L'estat tampoc queda exonerat de les seves obliga-

cions en relació amb la durada raonable del judici quan tenen lloc canvis reiterats de jutges que alenteixen el funcionament de la instància, per tal com correspon a l'estat garantir una bona organització de l'administració de justícia (*Lechner i Hess c. Àustria*). En canvi, una situació de col·lapse temporal de l'administració de justícia no compromet la responsabilitat de l'estat si aquest adopta amb una rapidesa adequada mesures capaces de redreçar el mal funcionament excepcional (*Buchholz c. Alemanya*).

I finalment, a l'hora de valorar el caràcter raonable de la durada del judici, el TEDH té en compte *el contingut i la naturalesa del litigi*, atesa la necessària diligència i celeritat que requereixen alguns afers. Alguns exemples de procediment en què el pas del temps pot tenir conseqüències irremediabls o més perjudicials són, segons el TEDH, els procediments en matèria d'estat i capacitat de les persones (*Bock c. Alemanya; Laino c. Itàlia* [GC]); en matèria de guarda d'infants, relacions paternofiliales, drets de visita, etc. (*Hokkanen c. Finlàndia; Paulsen-Medalen i Svensson c. Suècia*); en l'àmbit dels litigis laborals (*Vocaturò c. Itàlia; Obermeier c. Àustria*) o el cas concret de la diligència excepcional que s'exigeix a les autoritats en relació amb un justiciable amb un "*mal incurable*" i amb una "*esperança de vida reduïda*" (*X. c. França*).

Motivació de la decisió.

El dret a un tribunal, el dret d'accedir-hi, inclou el dret d'obtenir una solució jurisdiccional del litigi mitjançant una decisió que ha de ser motivada (*H. c. Bèlgica*). Això és així perquè, d'acord amb la jurisprudència, només una decisió motivada permet demostrar a les parts que la seva causa ha estat efectivament examinada.

D'acord amb la nostra jurisprudència, la motivació de la decisió és un dels components del dret a obtenir una *decisió fonamentada en dret*, més àmplia que l'estricta motivació, per tal com inclou a més la resposta a les pretensions i a les principals al·legacions adduïdes per les parts, i també el requisit que aquesta resposta sigui lògicament i jurídicament raonable i no incorri en errors materials patents.²⁸ Com s'ha vist, no n'hi ha prou per considerar contrària als drets constitucionals que el recurrent, segons el seu parer, consideri insuficients o errònies les raons de les resolucions judicials impugnades; es tracta "que siguin lògicament i jurídicament raonables i que no estiguin incurses en errors materials patents" per evitar l'arbitrarietat.²⁹

28. Cf. STC 2013-31-RE: "[...] el cànon aplicable al dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, que en aquest context, exigeix que totes les resolucions judicials donin resposta a les pretensions i a les principals al·legacions adduïdes per les parts, que estiguin motivades, que siguin lògicament i jurídicament raonables i que no estiguin incurses en errors materials patents."

29. Cf. ATC 2010-35-RE: "Des de la perspectiva constitucional, el Tribunal Constitucional controla si s'ha adoptat una decisió fonamentada en Dret. Per això no examina si els raonaments, que fonamenten

L'obligació dels articles 10.1 CA i 6.1 CEDH de motivar les decisions no s'ha d'entendre com una exigència d'una resposta detallada de cada argument (Van de Hurk c. Països Baixos; Garcia Ruiz c. Espanya [GC]).³⁰ No obstant això, en el cas que un argument esgrimit per una part sigui decisiu per al resultat del judici, el TEDH exigeix una resposta específica i explícita (*Ruiz Torija c. Espanya; Hiro Balani c. Espanya*).

En matèria de recursos la motivació de la decisió és objecte de determinades especificitats. Així, el TEDH considera que, en principi, la jurisdicció que examina el recurs pot limitar-se a fer seus els motius de la decisió inferior (*Garcia Ruiz c. Espanya* [GC]). Tot i això deixa clar que el concepte de judici equitable exigeix que una jurisdicció interna que només hagi motivat breument la seva decisió –tant si és perquè ha incorporat la motivació d'una jurisdicció inferior com si és per alguna altra causa– hagi examinat realment les qüestions essencials que li han estat sotmeses. Dit d'una altra manera, que no s'hagi limitat a ratificar sense cap més aportació les conclusions expressades per una jurisdicció inferior (*Helle c. Finlàndia*).

Publicitat.

El terme publicitat no apareix a la formulació de l'article 10 CA, tot i que és un requisit implícit dels drets que garanteixen un procés degut, i per tant hi és aplicable de manera substancial la interpretació del TEDH.

En canvi, el CEDH regula amb detall, fins i tot les possibles restriccions, les condicions en què és exigible aquesta possibilitat amb vista a la garantia d'un judici equitable.

Amb les excepcions establertes pel mateix article 6 CEDH, *l'audiència pública* és el que permet protegir els justiciables contra una justícia secreta que pugui escapar del control del públic. Es tracta de garantir la transparència en la funció d'impartir justícia i assegurar la confiança dels administrats³¹. D'acord amb el TEDH, per mitjà de la transparència que dona a l'administració de justícia, la publicitat contribueix a la realització de l'objectiu d'un judici equitable (*Diennet c. França; Martinie c. França*).

En tot cas, i una vegada més, per determinar si un judici compleix l'exigència de publicitat, cal examinar el procediment en el seu conjunt (*Axen c. Alemanya*).

la decisió, són els millors o els més apropiats, ja que això implicaria envair el camp de la jurisdicció ordinària que la Constitució reserva a la seva competència. El Tribunal Constitucional ha de limitar-se ha comprovar si les decisions impugnades estan fonamentades amb arguments jurídics. Només en cas que aquests arguments manquin del tot o –convé repetir-ho– siguin de manera evident contraris a la lògica, absurds o totalment arbitraris, l'assumpte pot entrar dins de l'anomenat cànon de constitucionalitat i el Tribunal Constitucional podrà intervenir-hi."

30. Cf. ATC 2010-10-RE, citat a la nota 8.

31. Cf. CASADEVALL MEDRANO, J. *op. cit.* p. 296, par. 478.

Es pot justificar que no hi hagi audiència davant d'una jurisdicció de segon o tercer grau per les característiques del procediment de què es tracti si n'hi ha hagut en primera instància (*Helmers c. Suècia*), de manera que, en els procediments que tracten només qüestions de dret i no de fet, poden ser conformes a l'article 6.1 CEDH fins i tot si el recurrent no ha pogut ser escoltat personalment per la jurisdicció de recurs o de cassació (*Miller c. Suècia*).

La manca d'audiència pública en una fase determinant del procediment pot ser conforme a l'article 6 CEDH si aquesta absència pot ser prou compensada en una fase posterior (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Bèlgica*) i també en afers sobre qüestions específiques estrictament jurídiques (*Allan Jacobsson c. Suècia* nº 2), sobre qüestions de dret sense una complexitat particular (*Varela Assalino c. Portugal*) o sobre qüestions altament tècniques. Concretament, el TEDH ha justificat la manca d'audiència en els litigis sobre pensions de seguretat social per la necessitat d'eficàcia i d'economia, amb l'argument que l'organització sistemàtica de debats en aquest àmbit podria constituir un obstacle a la particular diligència que hi ha d'haver en l'àmbit de la seguretat social (*Schuler-Zgraggen c. Suïssa*).

En canvi, el TEDH ha considerat que l'audiència és necessària quan es tracta de qüestions de dret i de qüestions importants de fet (*Fischer c. Àustria*); quan es tracta de dilucidar si les autoritats han establert correctament uns fets determinats (*Malhous c. la República Txeca*) o bé, quan les circumstàncies imposen que les autoritats es facin la seva pròpia impressió del justiciable, perquè es pugui explicar personalment o per mitjà del seu representant (*Andersson c. Suècia*).

El dret que la causa sigui vista públicament, que s'enuncia a l'inici de l'article, pot ser restringit pels motius que estableix la mateixa disposició. D'acord amb el TEDH, l'accés a la sala es pot prohibir a la premsa i el públic durant tot el judici o durant una part del judici "en interès de la moralitat, de l'ordre públic o de la seguretat nacional en una societat democràtica" (*B. i P. c. el Regne Unit; Zagorodnikov c. Rússia*); "quan ho exigeix l'interès dels menors o la protecció de la vida privada de les parts", sobretot en afers sobre la guarda d'infants menors com a conseqüència d'un divorci o d'una separació; o "quan el tribunal ho considera estrictament necessari en el cas que, en circumstàncies especials, la publicitat podria perjudicar els interessos de la justícia" (*B. i P. c. el Regne Unit; Osinger c. Àustria*).

Encara dins l'àmbit de la publicitat, l'article 6.1 estableix que *la sentència s'ha de pronunciar públicament*.³² Tot i això, el TEDH també ha considerat compatible amb aquesta previsió "altres mitjans de fer pública una decisió" (*Moser c. Àustria*). Una vegada més, per apreciar si s'ha garantit un judici equitable en un afer determinat, el TEDH apel·la a la doble necessitat d'apreciar cada cas "d'acord amb les particulari-

32. Sobre aquesta qüestió, la terminologia de la traducció del Conveni publicada al BOPA ("el judici ha d'ésser celebrat públicament") no és prou exacta.

tats del procediment de què es tracta” (Pretto i altres c. Itàlia) i de fer-ho considerant el procediment en el seu conjunt. En definitiva, quan no hi ha un pronunciament públic de la sentència allò que cal examinar és si la publicitat ha quedat suficientment garantida per altres mitjans. El TEDH va considerar que havia quedat suficientment garantida la publicitat, i doncs va resoldre que no s’havia violat aquest article, en un afer (Lamanna c. Àustria) en què un tribunal de segona instància havia pronunciat en audiència pública una decisió que resumia i atribuïa força de cosa jutjada a una decisió d’un tribunal de primera instància que s’havia fet amb audiència però en què no s’havia pronunciat la sentència en públic. En canvi, va establir que l’absència de pronunciament públic havia comportat una violació del CEDH en un cas en què les jurisdiccions de primera i segona instància van examinar a porta tancada una demanda d’indemnització per una detenció, sense fer públiques les seves decisions i en què el públic no va tenir accés a aquestes decisions per altres mitjans (Werner c. Àustria).

En definitiva el dret a un procés degut (a un judici equitable) exigeix respecte a l’equitat, un tribunal independent, imparcial i prèviament establert per la llei, respecte als principis de contradicció i d’igualtat d’armes, una durada raonable del judici, motivació de les decisions i publicitat. Un dret complex per la seva configuració que permet que l’estat de dret sigui possible.

Andorra la Vella, 21 de març de 2014.

Índex de sentències i decisions.

- Aït-Mouhoub c. França* 28 d'octubre 1998, Recull 1998-VIII
- Allan Jacobsson c. Suècia* núm. 2 19 de febrer 1998, Recull 1998-I
- Andersson c. Suècia* núm. 17202/04, 7 de desembre 2010
- Ankerl c. Suïssa* 23 d'octubre 1996, Recull 1996-V
- APEH Üldözötteinek Szövetsége i altres c. Hongria* núm. 32367/96, CEDH 2000-X
- Axen c. Alemanya* 8 de desembre 1983, sèrie A núm. 72
- B. i P. c. el Regne Unit* núm. 36337/97 i 35974/97, CEDH 2001-III
- Bock c. Alemanya* 29 de març 1989, sèrie A núm. 150
- Buchholz c. Alemanya* 6 de maig 1981, sèrie A núm. 42
- Chevol c. França* núm. 49636/99, CEDH 2003-III
- Clinique des Acacias i altres c. França*, núm. 65399/01, 65406/01, 65405/01 i 65407/01, 13 d'octubre 2005
- Deumeland c. Alemanya* 29 de maig 1986, sèrie A núm. 100
- Diennet c. França* núm. 18160/91, 26 de setembre 1995
- Dombo Beheer B. V. c. Països Baixos* 27 d'octubre 1993, sèrie A núm. 274
- Elsholz c. Alemanya* núm. 25735/94, CEDH 2000-VIII núm. 25735/94, CEDH 2000-VIII
- Feldbrugge c. Països Baixos* 29 de maig 1986, sèrie A núm. 99
- Fischer c. Àustria* 6 d'abril 1995, sèrie A núm. 312
- Frylender c. França* núm. 30979/96, CEDH 2000-VII
- García Ruiz c. Espanya [GC]* núm. 30544/96, CEDH 1999-I
- Guigue i SGEN-CFDT c. França* núm. 59821/00, CEDH 2004-I
- H. c. el Regne Unit* 8 de juliol 1987, sèrie A núm. 120
- H. c. França* 24 d'octubre 1989, sèrie A núm. 162-A
- Helle c. Finlàndia* 19 de desembre 1997, Recull 1997-VIII
- Helmerts c. Suècia* 29 d'octubre 1991, sèrie A núm. 212-A
- Hiro Balani c. Espanya* 9 de desembre 1994, sèrie A núm. 303-B
- Hokkanen c. Finlàndia* 23 de setembre 1994, sèrie A núm. 299-A
- Hornsby c. Grècia* 19 de març 1997, Recull 1997-II
- Hudakova i altres c. Eslovàquia* núm. 23083/05, 27 d'abril 2010
- Humen c. Polònia [GC]* núm. 26614/95, 15 d'octubre 1999
- Katte Klitsche de la Grange c. Itàlia* 27 d'octubre 1994, sèrie A núm. 293-B
- Kleyn i altres c. Països Baixos* núm. 39343/98, 39651/98, 43147/98 i 46664/99, CEDH 2003-VI
- König c. Alemanya* 28 de juny 1978, sèrie A núm. 27
- Kress c. França [GC]* núm. 39594/98, CEDH 2001-VI
- Kreuz c. Polònia (núm. 1)* núm. 28249/95, CEDH 2001-VI
- Laino c. Itàlia [GC]* núm. 33158/96, CEDH 1999-I
- Lamanna c. Àustria* núm. 28923/95, 10 de juliol 2001

Langborger c. Suècia 22 de juny 1989, sèrie A núm.155
Le Compte, Van Leuven i De Meyere c. Bèlgica 23 de juny 1981, sèrie A núm. 43
Lechner i Hess c. Àustria 23 d'abril 1987, sèrie A núm. 118
Lobo Machado c. Portugal 20 de febrer 1996, Recull1996-I
Luordo c. Itàlia núm. 32190/96, CEDH 2003-IX
Malhous c. la República Txeca núm. 33071/96, 12 de juliol 2001
Martinie c. França [GC] núm. 58675/00, CEDH 2006-VI
Martins Moreira c. Portugal 26 d'octubre 1988, sèrie A núm. 143
McMichael c. el Regne Unit 24 de febrer 1995, sèrie A núm. 307-B
Melnyk c. Ucraïna, núm. 23436/03, 28 de març 2006
Miller c. Suècia núm. 55853/00, 8 de febrer 2005
Mincheva c. Bulgària núm. 21558/03, 2 de setembre 2010
Miragall Escolano i altres c. Espanya núm. 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 i 41509/98, CEDH 2000-I
Moser c. Àustria núm. 12643/02, 21 de setembre 2006
Nideröst-Huber c. Suïssa núm. 18990/91, CEDH 1997-I
Obermeier c. Àustria 28 de juny 1990, sèrie A núm. 179
Osinger c. Àustria núm. 54645/00, 24 de març 2005
Pafitis i altres c. Grècia 26 de febrer 1998, Recull 1998-I
Papachelas c. Grècia núm. 31423/96, CEDH 1999-II
Paulsen-Medalen i Svensson c. Suècia 19 de febrer 1998, Recull 1998-I
Pellegrini c. Itàlia núm. 28541/95, CEDH 1999-VIII
Philis c. Grècia 27 d'agost 1991, sèrie A núm. 209
Poiss c. Àustria 23 d'abril 1987, sèrie A núm. 117
Pretto i altres c. Itàlia 8 de desembre 1983, sèrie A núm. 71
Probstmeier c. Alemanya 1de juliol 1997, Recull 1997-IV
Robins c. el Regne Unit núm. 22410/93, 23 de setembre 1997
RTBF c. Bèlgica 50084/06, 29 de març 2011
Ruiz Mateos c. Espanya 23 de juny 1993, sèrie A núm. 262
Ruiz Torja c. Espanya 9 de desembre 1994, sèrie A núm. 303-A
Scordino c. Itàlia núm. 1 [GC] núm. 36813/97, CEDH 2006-V
Sculer-Zgraggen c. Suïssa 24 de juny 1993, sèrie A núm. 263
Srameck c. Àustria núm. 8790/79, 22 d'octubre 1984
Stubbings i altres c. el Regne Unit 22 d'octubre 1996, Recull 1996-IV
Sürmeli c. Alemanya [GC] núm. 75529/01, CEDH 2006-VII
Tierce c. Saint Martin núm. 69700/01, CEDH 2003-VII
Van de Hurk c. Països Baixos 19 d'abril 1994, sèrie A núm. 288
Varela Assalino c. Portugal núm. 64336/01, 25 d'abril 2002
Vernillo c. França 20 de febrer 1991, sèrie A núm. 198

Vocaturò c. Itàlia 24 de maig 1991, sèrie A núm. 206-C
Werner c. Àustria 24 novembre 1997, Recull 1997-VII
X. C. França 31 de març 1992, sèrie A núm. 234-C
Xipre c. Turquia núm. 25781/94, CEDH 2001-IV
Yvon c. França núm. 44962/98, CEDH 2003-V
Zvolsky i Zvolska c. la República Txeca núm. 46129/99, CEDH 2002-IX

Veure també TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS. *Guide sur l'article 6. Droit à un procès équitable* (volet civil) (2013) Consell d'Europa. <http://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf>

**L'estrall del fet consumat
i els interdictes.
Teoria i pràctica.
Jurisprudència de la Sala Civil
del Tribunal Superior de Justícia
d'Andorra**

Xavier Jordana Rossell
Advocat

El principi cardinal de tota juridicitat, legal, consuetudinària, jurisprudencial o doctrinal formulat en el Corpus Iuris, agafat del llibre primer de les regles d'Ulpia que diu *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribueri* (Dig. 1.1.10), es posa de manifest amb tota intensitat i cruesa davant les agressions a la propietat o a la possessió, el recurs a les vies de fet o, en expressió del que fou jutge d'apel·lacions d'Andorra entre els anys 1945 i 1966, Carles Obiols i Taberner, l'estrall del fet consumat.

Aquesta mena de conflictes, quan arriben al darrer extrem de lluita o pugnacitat, voregen els límits del Codi penal, i s'han d'examinar en primer lloc a la llum d'aquesta jurisdicció per poder discernir el que és just del que és injust i determinar quins són els actes que la dita llei penal reprova, i quins altres queden fora dels seus temuts articles.

¿Fins a quin punt es pot utilitzar la força o l'autoritat privada per recuperar una cosa objecte d'ocupació, despulla, usurpació o desposseïó? ¿Quan caldrà acudir als tribunals i quins són els mitjans judicials a l'abast de l'usurpat o desposseït en la jurisdicció penal i en la jurisdicció civil?

1. Dret penal.

Constitueix un principi fonamental en tot Estat de Dret que ningú es pot prendre la justícia pel seu compte. Així, el Codi penal vigent (art. 414), tipifica com a delicte la realització arbitrària del propi dret per qui, per realitzar un dret propi, amb menyspreu de la jurisdicció o de l'Administració, faci ús de la força en les coses o recorri a altres mitjans il·lícits.

No obstant això, el principi que ningú es pot prendre la justícia per sí mateix no és absolut en l'òrbita del dret penal, perquè l'article 27.1 del mateix Codi, entre les circumstàncies que exclouen la responsabilitat criminal, es refereix concretament a l'actuació en defensa de la persona o de drets propis o d'altri, si concorren els requisits d'agressió il·legítima, necessitat racional del mitjà emprat per impedir-la o repel·lir-la, que el mal causat no sigui desproporcionat en relació amb la gravetat de l'agressió i amb les circumstàncies de l'agressor i que no hi hagi hagut provocació suficient per part del defensor.

En el cas dels béns, es considera *agressió il·legítima* l'acció constitutiva de delicte o de contravenció penal que els posi en perill de deteriorament o pèrdua imminent. I el mateix Codi penal, en els articles 194, 195 i 486 tipifica respectivament com a delictes la violació de domicili (art. 194), la violació de determinats domicilis o establiments (art. 195), i com a contravenció penal contra el patrimoni la violació de la propietat privada, quan les conductes previstes als articles 194 i 195 es realitzin

mitjançant violència, intimidació o força en les coses en altres béns immobles que els descrits en els dos articles anteriors.

Així, la legítima defensa, extrajudicial, de béns o drets propis o aliens, es configura com a causa d'exempció de responsabilitat criminal; i si l'actuació del despullat, usurpat, desposseït o agredit es limita als termes abans indicats, res haurà de témer de la llei penal.

Doncs d'una banda és innegable que dins dels seus justos termes és lícit repel·lir la força amb força (*vim vi repellere licet*) per defensar-se dels atacs d'un injust agressor; però d'altra banda, també caldrà tenir sempre en compte que no és menys cert que en l'exercici d'aquesta tutela de la persona i dels drets s'ha d'observar en tot cas aquella necessària proporció i cautela, i que mai es presenta amb la mateixa força quan es tracta de la defensa de la persona, que quan es refereix a la defensa de les coses o dels drets reals.

D'altra banda, és ben clar que en cas que l'actuació de l'agressor es pugui considerar delictiva, la via judicial penal constitueix en si mateixa un mitjà de protecció del patrimoni que permet condemnar el culpable a les penes previstes al Codi penal i, a més, a la responsabilitat civil derivada del delictes o la contravenció penal. Així, segons l'article 90 del Codi penal, els danys i perjudicis ocasionats per la comissió d'un fet previst com a delictes o contravenció penal s'han de rescabalar d'acord amb les disposicions del Codi penal i, subsidiàriament, amb les normes civils. I la responsabilitat civil abasta (art. 91 del Codi penal), la restitució o, si no és possible, la reparació o la indemnització que correspongui, la reparació del dany i la indemnització dels perjudicis morals i materials.

Malgrat els anys transcorreguts des del seu pronunciament, continuen essent ben certes, en aquest àmbit, les paraules del jutge d'apel·lacions Carles Obiols en la seva sentència del 22 d'octubre de 1961, quan diu que és ben sabut i altament alligador, després d'una llarga i laboriosa evolució, que els ordenaments jurídics moderns estableixen la regla general de prohibició del sistema d'autotutela, específicament proscrit en l'anomenat *Decretum Divi Marci*, transcrit per *Callistratus* respecte al pagament dels deutes (Digest, 4,2,13; 48,7,7), ampliat per un rescripte posterior dels emperadors Valentinià, Teodosi i Arcadi als drets reals (Codi, 8,4,7), i reprovat també per un text del juriconsult *Paulus que diu ne occasio sit maioris tumultus faciendi* (Digest, 50,17,176, pr); i que si bé aquesta prohibició d'autodefensa s'eclip·sà lamentablement durant algunes centúries per bàrbares concepcions i pràctiques d'ascendència germànica, en les legislacions contemporànies triomfa novament la indicada condemna, en forma general o absoluta, com una de les premisses sobre les quals es fonamenta, no solament l'ordenament de la justícia, sinó també l'edifici constitucional de l'Estat de Dret.

2. Dret civil. Els interdictes: la institució, en els seus orígens de dret romà.

En l'àmbit de la jurisdicció civil, un dels mitjans més directes i eficaços per a la protecció i la defensa de la propietat i altres drets reals i de la possessió enfront dels actes d'ocupació, despull, usurpació o desposseïció s'efectua mitjançant les accions interdictals; accions que davant les indicades situacions poden evitar les inevitables temptacions de caure en rebutjables mitjans o accions d'autotutela i coadjuvar en el manteniment de la pau social.

Però cal dir que l'anàlisi i la sistematització o categorització de les accions interdictals no constitueix una tasca gens fàcil, ni pel que fa al contingut ni pel que fa a la seva tramitació, en la mesura que ens trobem davant unes accions judicials que s'apliquen en l'actualitat a Andorra orfes pràcticament de tota regulació, llevat del dret romà i del dret canònic, als quals cal acudir, i que s'han d'aplicar avui dia a les múltiples i variades situacions que la realitat planteja i que es tracta de tutelar; situacions a vegades pròximes però sovint allunyades de les bases i els pressupòsits de fet que van motivar el naixement d'aquestes característiques accions.

Els interdictes actuals difereixen de la institució romana de l'*interdictum* davant l'evidència que aquesta no tenia gran cosa a veure amb una activitat jurisdiccional pròpiament dita. La doctrina recorda que la finalitat dels interdictes en les seves diverses manifestacions (*uti possidetis, utrubi, unde vi, novi operis nuntiatio, demolitorium* i altres admesos pel pretor) era l'atorgament de protecció a situacions de fet que no estaven tutelades per cap mena d'acció i que, per tant, no podien ser objecte d'un procés in iure.

La translació de termes al món actual pot donar lloc a algunes confusions, en la mesura que el pretor dictava l'ordre en virtut del seu *imperium* i no de la seva *iurisdictio*, a fi de mantenir o restablir l'ordre jurídic (o almenys presumptament jurídic) amenaçat o pertorbat. Es tractava, doncs, segons els nostres esquemes actuals, més aviat d'una mesura administrativa o de govern, consistent en una ordre o manament dirigida a una determinada persona. A diferència d'aquesta situació, en l'actualitat aquests processos, en els que recau una autèntica sentència, una veritable resolució judicial encara que no impedeixi un posterior judici plenari, són netament jurisdiccional.

La major part de les dificultats que aquesta institució presenta per a la seva adequada comprensió des de la perspectiva actual s'esvaeixen quan es penetra bé en la consideració fonamental que els interdictes eren originàriament expedients que tenien per objecte omplir els buits de la legislació mitjançant l'arbitri i l'imperi del pretor, indispensables per protegir relacions i situacions de fet i tutelar necessitats pràctiques.

(a) Interdictes exhibitoris, prohibitoris i restitutoris

D'aquí resulta una primera i fonamental classificació dels interdictes en dret romà en exhibitoris, prohibitoris i restitutoris.

Els interdictes exhibitoris contenen l'ordre d'exhibir una cosa (*exhibeas*). L'exemple típic és el de l'*interdictum de tabulis exhibendis*, que obliga al destinatari a exhibir un testament determinat, que es troba en el seu poder i pot interessar a una altra persona.

Els interdictes restitutoris contenen la clàusula *restituas*, que imposa l'obligació de restablir una situació o de restituir una cosa.

I els interdictes prohibitoris contenen una clàusula en què el pretor prohibeix que s'exerceixi força o violència per alterar una determinada situació.

(b) Interdicte de retenir la possessió (*retinendae possessionis*) i interdicte de recobrar la possessió (*recuperandae possessionis*)

Seguint Maynz (Curso de Derecho Romano, Barcelona, 1887) i Jörs i Kunkel (Derecho privado romano, Berlín, 1937), el pretor protegeix la possessió mitjançant els interdictes de retenir la possessió (*retinendae possessionis*, D.43,17,1), per impedir els actes de qui lesiona o pertorba el seu exercici, i de recobrar la possessió (*recuperandae possessionis*, D.43,16), a favor de qui n'ha estat desposseït o despullat.

El dret clàssic regulava dos classes d'interdictes *retinendae possessionis*:

L'*Interdictum uti possidetis*, que servia per a la tutela de la possessió de béns immobles. Segons la fórmula, el posseïdor quedava protegit contra totes les pertorbacions de fet sempre que ell mateix no hagués aconseguit la possessió front al seu adversari de forma violenta (*vi*), o clandestinament (*clam*) o es tractés d'una cosa que hagués rebut a precari; atès que si era així, la part contrària podia oposar l'*exceptio vitiosae possessionis*.

L'*Interdictum utrubi*, que tenia per objecte la tutela de la possessió de coses mobles.

En el dret de Justinià, es va conservar la nomenclatura clàssica però ambdós interdictes es van fondre, en quant al seu contingut, en una sola acció possessòria.

I com a interdictes *recuperandae possessionis*, en dret clàssic també tenim dos modalitats:

L'*interdictum unde vi*, per recobrar la possessió perduda de béns immobles. Mitjançant aquest interdicte la persona que hagués estat desposseïda o despullada de la seva possessió violentament (*vi deiectus*) durant l'any anterior, era reposada en la mateixa possessió sempre que no l'hagués obtingut del seu adversari de manera violenta, clandestina o a precari (*nec vi, nec clam, nec precario*).

L'*interdictum utrubi*, per a la recuperació de la possessió perduda de coses mobles.

El dret de Justinià va concedir en tot cas al demandat l'*exceptio temporis* (un any), però no l'*exceptio vitiosae possessionis*, que va ser suprimida. I els dos interdictes es van unificar en un de sol.

El dret canònic va donar una protecció eficaç al posseïdor amb els interdictes, i així va encunyar l'expressió *Spoliatus ante omnia restituendus*; per la Decretal *Saepè contingit* es concedeix al despullat o usurpat una vertadera acció, *actio spoli*, contra qualsevol posseïdor de la cosa usurpada, però admetent novament l'excepció que dimana de la possessió viciosa de la cosa contra l'interdictant.

Com a requisits d'ambdós interdictes, podem indicar:

a) En l'interdicte de retenir, el demandant ha de provar la possessió al temps de la demanda i, si es tracta de l'interdicte de recobrar, al temps de la lesió; i en tots els casos, l'amenaça o lesió sofertes, respectivament, consistents en actes que impliquin la intenció de pertorbar el lliure exercici de la possessió o la privació de la mateixa possessió, ja siguin dirigits contra el mateix posseïdor, ja contra el que posseeixi en nom seu.

b) L'interdictat pot oposar les excepcions de no ésser certa la possessió del demandant o la lesió, i en dret clàssic i canònic (no en dret de Justinià) si aquest demandant li havia pres injustament la possessió.

c) El fi de la sentència d'interdicte de recobrar és retornar la possessió al que n'ha estat privat; el de la sentència del de retenir, mantenir i permetre el lliure ús de la possessió i apercebre el demandat que s'abstingui de pertorbar-la o d'amenaçar-la. La condemna comprèn també la restitució dels fruits percebuts per l'interdictat des de la lesió.

d) L'acció d'interdicte prescriu al cap d'un any de sofrir la lesió.

e) La sentència d'interdicte no prejudja el domini de la cosa ni el millor dret a posseir-la; per la qual cosa no priva d'exercitar l'acció reivindicatòria o altres, perquè no produeix acció de cosa jutjada (per tenir fi diferent) ni tant sols litispèndia.

(c) *Operis novi nuntiatio*

L'interdicte d'obra nova (*de operis novi nuntiatio*, D.39,1) el pot utilitzar el propietari o el posseïdor en defensa de la integritat del seu dret, per privar que el veí faci obres perjudicials al domini de l'actor.

Aquest interdicte té naturalesa preventiva i d'assegurament i es pot exercitar per a la protecció de la possessió d'un immoble o d'un dret real davant els perjudicis il·legítims derivats d'una obra nova que envaeix o pertorba la mera possessió o l'ús d'aquell immoble o dret per tal d'obtenir-ne la paralització i la suspensió provisional.

Està legitimat activament per interposar l'interdicte el propietari, posseïdor o titular d'un dret real contra el propietari de l'obra que ocasiona un canvi, una pertorbació en la situació actual.

Cal assenyalar que aquest interdicte –com insisteix la doctrina i la jurisprudència– solament és procedent contra les obres futures, és a dir, contra les que encara no s’han fet, no contra les que ja estan acabades; també cal tenir en compte que no s’hi comprenen totes les obres, sinó solament les que estan unides al sòl; i que té un objecte merament cautelar de suspensió de les obres o treballs, que s’ha de ratificar o alçar en la sentència final sense perjudici del dret de les parts a instar un procés ordinari.

L’acció interdictal té un any de durada.

(d) *Interdictum quod vi aut clam*

L’*interdictum quod vi aut clam* constitueix un remei similar al de l’*operis novi nuntiatio*, però no queda ben perfilat com a conseqüència de la barreja d’elements clàssics i de Justinià. Mitjançant aquest interdicte el propietari, el posseïdor o el titular d’un dret real sobre cosa aliena pot demanar la demolició d’una obra feta clandestinament (*clam*) o contra la seva prohibició (*vi*).

La prescripció de l’acció es produeix també al cap d’un any.

3. Vigència dels interdictes al Principat d’Andorra. Dificultats en la seva aplicació.

En la seva obra *Les Valls d’Andorra* (Barcelona, 1912), Francesc Pallerola, nomenat veguer episcopal l’any 1882, reconeix la vigència a Andorra dels interdictes, sense més precisions. I també s’hi refereix J. A. Brutails (1859-1926), que fou jutge del Tribunal Superior del Copríncep Francès a la seva obra *La Coutume d’Andorre* (París, 1904).

Però la seva vigència i l’aplicació no van pas estar exemptes de dificultats. I així, Antoni Sabater Tomàs, que fou jutge d’apel·lacions i fiscal general, en la seva obra *Dret Civil d’Andorra* (Andorra, 1984), indicava literalment que en els procediments interdictals la jurisprudència ha realitzat una funció correctora, vinculada al deure de fidelitat a la llei i al seu inexcusable compliment. També recordava que el que qualifica i defineix els processos interdictals és la cautela, la provisionalitat, la seva condició contingent i precària, perquè tota la seva comesa és l’adopció de mesures de seguretat provisionals, quan existeixi la temença que per una modificació de l’estat actual pugui frustrar-se o dificultar-se el dret d’una part; per això, deia Antoni Sabater l’any 1984, estimem que *de lege ferenda* seria molt convenient establir un procediment específicament interdictal, tota vegada que els procediments vigents no estableixen les mesures necessàries per assegurar el bon fi del procés.

El Decret de procediment abreujat aprovat pels veguers el 4 de febrer de 1986 va posar remei a aquella situació, establint en el seu article 3 que en endavant serien substanciats per les normes d’aquell Decret –entre altres– els interdictes i les terceries.

4. Jurisprudència de l'antic Jutjat d'Apel·lacions, i reconeixement de les accions interdictals a Andorra pels antics tribunals superiors de la Mitra i de Perpinyà.

Abans de tot això, però, el Jutge d'apel·lacions Carles Obiols, ja havia tingut l'oportunitat de pronunciar-se sobre aquesta interessant i peculiar institució:

Així:

(a) En l'auto del 22 d'octubre de 1961, referent a l'interdicte de recobrar la possessió d'una finca, s'examinà el recurs d'apel·lació interposat contra el manament del batlle francès que ordenava la cessació de la continuació dels treballs d'enderrocament d'un edifici "*fins a la declaració definitiva sobre el particular*". El Jutjat d'Apel·lacions confirma l'ordre del batlle francès perquè, segons Obiols, la prohibició d'autodefensa en què es fonamenta no sols l'ordenament de la justícia, sinó també l'edifici constitucional de l'Estat de dret, comporta la via d'impetrar la tutela de l'organització judicial a fi d'arribar a una solució imparcial i coactiva de l'assumepte litigiós; i estableix que l'única i exclusiva finalitat de l'ordre del batlle i el resultat de la seva execució *inaudita altera parte*, consisteix a prevenir o, almenys, atenuar l'estrall del fet consumat, dimanant d'una conducta de licitud o il·licitud no definida ni definible encara, perquè aquest bàsic aspecte s'ha de precisar en el procés corresponent, no sempre breu ni senzill; i d'aquí ve la conveniència del manteniment del *statu quo*, d'aconseguir que la situació de les coses continuï estàtica, mentre el dinamisme jurisdiccional no arribi a manifestar-se definitivament sobre la viabilitat o inviabilitat de l'acció possessòria exercitada, sense, però, que la mesura adoptada, de caràcter instrumental i provisional, perjudici en el més mínim si als defenents els serà o no permès persistir després en el comportament que ara es controverteix. Recorda Carles Obiols que si no es decretés tal raonable dispositiu precautori podria donar-se la hipòtesi d'existir drets recolzats en l'abundosa i variada trama de les normes jurídiques, que per manca d'oportuna i efectiva protecció degenerarien en declaracions merament teòriques o en sentències purament formals, amb desprestigi de l'òrgan que les hagués pronunciat.

(b) En la sentència del 22 de desembre de 1962, que es refereix a l'*interdicte unde vi*, a fi de compel·lir i sancionar en la mateixa forma a l'arrendatari i detentadors rebels... (Codi, 8,4,10).

(c) I en la important Sentència del 8 de juliol de 1965, que es refereix a l'interdicte d'obra nova o *de operis novi nuntiatione*, referida a l'emplaçament d'una nova antena de radiodifusió, que estableix que la jurisprudència dels diferents òrgans jurisdiccionalmentals ha acollit la vigència a Andorra del procés especial establert pel dret

romà de Justinià i el dret canònic contingut en les Decretals, millorat i adaptat a les concepcions modernes, tal com l'han recollit i conserven els textos procedimentals vigents en els països que contornen Andorra com la *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanyola i el *Code de procedure civile* de França, tenint en compte que la seva finalitat asseguradora es troba no solament emparada a través de les normes processals civils, de la competència dels tribunals ordinaris, sinó també per una sèrie d'ordenances locals i de disposicions administratives, que són de la incumbència de les autoritats d'aquesta classe, en què –continua dient– es fàcil una confusió de límits...

I acaba dient que no es podria ometre a Andorra la potestat reconeguda al pretor en dret romà, d'acordar en qualsevol moment la remissió o revocació de l'ordre de suspensió dels treballs i de les obres (Digest, 39,1,1,10; 39,1,5, 17 i 19; 43,25) així com de continuar-les, amb caució de restituir les coses al seu primitiu estat i de destruir, a expenses del denunciat, el que s'hagués fet posteriorment (Digest, 39,1,21; Codi, 8,10,14) tal com, indica, diuen Ourliac i Malafosse, en Dret romà i francès històric.

En múltiples i variades resolucions els antics tribunals superiors, de la Mitra a la Seu d'Urgell i del copríncep francès a Perpinyà, també van tenir ocasió d'analitzar i declarar la vigència al Principat d'Andorra de les accions interdictals, com és pot veure en diverses sentències (STSM del 29 de febrer de 1988 i STCF del 14 de març de 1975, entre moltes altres), tal com en relació amb el primer dels indicats tribunals superiors ho recull el que fou magistrat del Tribunal Superior de la Mitra Lluís Puig i Ferriol en la seva obra *Jurisprudència del Tribunal Superior de la Mitra, 1985-1987*, i en relació amb el segon de dits tribunals ho recull P. Ourliac a la seva obra *Jurisprudence Civile d'Andorre, Arrêts du Tribunal Supérieur de Perpignan: 1947-1970*.

5. Jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, d'ençà que es va constituir l'any 1994 fins a l'actualitat.

Posant fi a l'existència de dos tribunals superiors de justícia (un per cada copríncep), no sempre coincidents en les seves resolucions, la Constitució del 14 de març de 1993 estableix que la Justícia és administrada en nom del poble andorrà, i confereix l'exercici de la potestat jurisdiccional als Batlles, el Tribunal de Batlles, el Tribunal de Corts i el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra.

D'acord amb l'article 56 de la Llei qualificada de la Justícia, dels dies 2 i 3 de setembre de 1993, el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra constitueix la més alta instància de l'organització judicial del Principat. En matèria civil, és competent per

jutjar tots els recursos interposats contra les resolucions judicials adoptades en primera instància per la Batllia d'Andorra en els límits fixats per la Llei.

En els vint anys de la seva existència, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra ha tingut ocasió de pronunciar-se sovint i abundantament, en el marc dels recursos d'apel·lació, sobre els interdictes. Això ha donat lloc a una copiosa producció jurisprudencial d'alt nivell, que entronca amb la tradició jurídica andorrana i amb la jurisprudència anterior.

Aportació jurisprudencial fonamental en un país com Andorra, de dret no codificat, on l'activitat de l'òrgan judicial cobra un relleu i una responsabilitat especials, per la recerca de la norma justa i adequada a les noves situacions sobrevingudes, posant a prova la seva capacitat integradora i creadora a la vegada, d'integració de les noves realitats en el marc de l'ordenament jurídic del país, sense desvirtuació de les seves directrius i de les seves essències pròpies.

En aquests vint anys de *treball jurisdiccional*, el Tribunal Superior de Justícia i els magistrats que el componen, han fet certes i reals les paraules del catedràtic d'història del dret de la Universitat de Barcelona, J. M. Font Rius, en el pròleg a l'obra *Jurisprudència Civil Andorrana* de Carles Obiols, l'any 1968, quan deia: "*el nostre magistrat andorrà ha tingut ocasió de mostrar les seves dots d'intuïció i saviesa per sortir airós en aquestes situacions de penúria o silenci dels textos positius, tot i pouant en el sempre fèrtil manantial (sic) del dret comú, que un cop més ha pogut revelar la seva inexhaurible fecunditat i eficàcia pràctica, com un assenyat Pretor romà o com aquells probi homines medievals...*"

La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia dels darrers vint anys en aquesta matèria es refereix, en essència i majorment, a tres tipus d'interdictes, en els vesants processal i material:

- L'interdicte de retenir la possessió.
- L'interdicte de recobrar la possessió.
- L'interdicte d'obra nova.

Se seleccionen a continuació, sense ànim exhaustiu ni voluntat de sistematitzar, algunes de les sentències o autes dictats per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia (TSJC), que posen en relleu la casuística d'alguns casos particulars tractats en la matèria.

5.1. Qüestions processals

1. El coneixement dels interdictes correspon a la jurisdicció civil; en concret, la competència recau en el Tribunal Unipersonal del Batlle en primera instància i al Tribunal Superior de Justícia, que a través de la sala civil coneix del recurs d'apel·

lació contra la decisió dictada per aquell òrgan unipersonal (art. 49.3 de la Llei qualificada de la Justícia i arts. 86 a 90 de la Llei transitòria de procediments judicials i sentència del TSJC del 18 de juny de 1998, núm. 964, i aute TSJC del 26 d'abril de 2001, núm. 1685).

2. La sentència que posa fi al procés interdictal és recurrible en apel·lació; però en canvi és inviable el recurs autònom contra la mesura urgent i adoptada de forma cautelar *ad limine litis* pel batlle, amb vista a garantir el resultat del procés i impedir la producció de possibles danys. Segons l'aute del TSJC del 30 de novembre del 2000, la combinació de l'article 17 de l'annex II del Decret de 4 de febrer de 1986 i l'article 86 de la LTPJ resulta que els autes que es dictin en processos civils de més de 200.000 pessetes i menys de 2.000.000 o el seu contravalor en una altra moneda, interdictes, terceries i tota mena d'incidents poden ser objecte d'apel·lació només si la resolució impossibilita la continuació del procés. En l'aute del 27 de novembre de 2008, el TSJC afirma que si fos possible un recurs d'apel·lació contra un aute que acorda l'aturada de l'obra en el marc del judici interdictal d'obra nova, es frustraria *ad limine litis* la finalitat de tal acció interdictal, amb la qual cosa es vulneraria el dret fonamental al procés degut de l'article 10 de la Constitució.

3. El procediment per a la tramitació dels interdictes és el procés abreujat regulat per l'annex II del Decret dels veguers del 4 de febrer de 1986, modificat per l'article 86 de la Llei transitòria de procediments judicials. L'article 3 d'aquest annex disposa que seran substanciats d'acord amb les normes del Decret indicat –entre d'altres– els interdictes i les terceries.

4. La sentència del batlle que posa fi a l'interdicte, ratificarà o alçarà la suspensió de les obres acordada cautelarment, i és recurrible en apel·lació davant del Tribunal Superior.

5. Inadmissió del recurs d'apel·lació relatiu a la demanda de deixar sense efecte i amb la màxima urgència la prohibició de continuar els treballs en tota l'obra, perquè això correspondria a deixar sense efecte l'interdicte d'obra nova, cosa que només pertoca a la sentència, en el cas escaient, una vegada que s'hagi tramitat l'interdicte plantejat. No obstant això, les altres decisions que el batlle adopta, en el marc de l'incident interdictal, sobre l'abast que ha de tenir l'ordre d'aturada i les altres mesures complementàries, en particular l'autorització de continuar parcialment les obres, sí que poden ser objecte de recurs, perquè són independents de la tramitació de l'assumpte principal a la qual no se l'afecta ni la retarda (aute del TSJC del 30 de juny de 2004, núm. 13).

5.2. Sobre els interdictes en general

1. Sota la denominació d'interdictes, de marcada reminiscència romana avui superada, s'inclouen una sèrie de judicis sumaris definits pel seu caràcter provisional,

cautelar, contingent i de concret possibilisme processal (sentències del TSJC del 19 d'octubre i del 7 de desembre de 1997, i del 22 de gener de 1998).

2. La cosa jutjada només s'estén al que és objecte d'interdicte. I, en conseqüència, hi ha la possibilitat d'un judici declaratiu posterior (sentència del TSJC del 21 de març de 1996).

3. Cal destacar la diferent naturalesa dels diversos interdictes. Així, els interdictes de retenir i recobrar són judicis possessoris, mentre que l'interdicte d'obra nova té una finalitat asseguratòria (en la sentència del 8 de juliol de 1965 esmentada anteriorment, el jutge d'apel·lacions Carles Obiols indicava que l'interdicte de recobrar és típicament possessor, mentre que la denúncia d'obra nova només indirectament es pot considerar propra als veritables interdictes, perquè la seva funció asseguratòria s'aconsegueix no només mitjançant la jurisdicció i el procés civil sinó també per procediments administratius).

4. L'objecte dels interdictes no abasta la definició de drets ni l'examen de drets dominicals o reals en cosa aliena de les parts en la controvèrsia sinó que, per contra, s'ha de concretar en l'examen de la qüestió objecte d'interdicte (sentència del TSJC del 19 de juny del 2008 en la qual, segons el Tribunal, queda provat que la possessió de l'agent es veu afectada i despullada per l'actuació del defenent).

5. Segons les sentències del TSJC del 14 de maig de 1998, núm. 954, i 19 de novembre de 1998, núm. 1001, i l'aute del TSJC del 10 d'abril de 1997, núm. 856, entre altres, són característiques comunes a tots els procediments interdictals:

– Que no s'hi pot discutir la propietat, sinó solament el fet de la possessió en el moment de ser desposseït o pertorbat. En conseqüència, resta exclòs tot allò que faci referència al dret de posseir i l'eventual existència o no d'un dret sobre l'objecte.

– Que la resolució judicial que posa fi al plet, no produeix efectes de cosa jutjada, amb la qual cosa es pot iniciar, posteriorment, la demanda declarativa en el corresponent procediment ordinari (sentència del TSJC del 21 de març de 1996 i aute del 10 d'abril de 1997, núm. 856).

– Que en qualsevol cas, l'interdicte s'ha d'interposar en el termini d'un any, comptador des que es va produir la lesió (sentències del TSJC del 18 de setembre de 1997, núm. 794; del 14 de maig de 1998, núm. 954; del 19 de novembre de 1998, núm. 1001, i aute del TSJC del 10 d'abril de 1997, núm. 856).

6. Cal rebutjar l'exercici genèric i general de "*totes aquelles accions interdictals que siguin necessàries i útils*", per no ser aquest plantejament escaient perquè és l'actor qui ha de precisar l'acció que planteja segons el principi de la rogació (sentència del TSJC del 15 de novembre del 2001, núm. 79).

7. Tampoc és procedent pretendre que el Tribunal aculli els "*altres interdictes que procedeixin*" (com diu la demanda en la seva capçalera) o "*tot altre en dret pertinent*"

(com sol·licita la súplica), perquè en ésser pregada la justícia civil és ell (l'agent) qui hauria d'especificar l'acció que exercita i el procediment (sentència del TSJC del 16 d'abril del 2003).

5.3. Sobre els interdictes possessoris

(a) Interdicte de retenir la possessió (*retinendae possessionis*)

1. Com hem vist abans, és el que en les fonts s'anomena interdicte *retinendae possessionis* (Digest, 43,17, 1), amb la precisa denominació d'*interdicta uti possidetis* si es tracta de la possessió d'immobles i d'*interdicta utrubi* per als mobles.
2. L'exercici d'aquestes accions només correspon al posseïdor quan resulta pertorbat o expulsat, quan s'hagi vulnerat o desconegut la seva possessió.
3. És procedent l'exercici d'aquest interdicte quan el posseïdor hagi estat pertorbat en la seva possessió mitjançant actes que comportin la intenció d'inquietar o de privar de la possessió.
4. La legitimació activa correspon a tot posseïdor, ja sigui natural ja sigui civil, i que sigui el posseïdor actual de la cosa o el dret.
5. La finalitat del procediment és obtenir protecció del posseïdor davant els actes lesius que faci una altra persona, per evitar-ne la reiteració i, en conseqüència, la de mantenir i permetre ei lliure ús de la possessió i advertir al pertorbador que se n'abstingui (sentències del TSJC del 21 de març de 1996, núm. 548, i del 16 d'abril del 2003, núm. 1984).
6. Quant a la legitimació passiva, s'exercita contra l'autor material dels actes de pertorbació o privació, i enfront dels qui hagin actuat per ordre o compte seu i contra els hereus d'uns i altres.

El reclamant ha de provar la possessió al temps de la demanda, així com l'amenaça, els actes que impliquin la intenció de pertorbar el lliure exercici de la possessió (sentència del TSJC del 16 d'abril de 2003, núm. 1984).

7. La sentència ordena mantenir en la possessió i requereix al pertorbador per tal que s'abstingui de pertorbar-la i amenaçar-la en el futur.

No és escaient el pronunciament de requerir la defenent de cessar en els actes de pertorbació de la possessió, perquè aquest pronunciament és propi de l'interdicte de retenir i no del de recobrar. I no és el domini, sinó únicament la possessió el que pot ésser objecte dels interdictes possessoris (sentència del TSJC del 15 de novembre del 2001, núm. 79).

8. Per a la viabilitat de l'interdicte *uti possidetis*, cal que es produeixi un atemptat a la possessió de l'agent ... és necessari que s'uneixi al fet exterior un element in-

tencional, una voluntat deliberada de lesionar la possessió de l'agent (sentència del TSJC del 16 d'abril del 2003, núm. 1984).

(b) Interdicte de recobrar la possessió (*recuperandae possessionis*)

1. És el que en les fonts romanes s'anomena interdicte recuperandae possessionis i s'ha d'exercitar quan el posseïdor hagi estat desposseït o despullat de la possessió per tal de recuperar-la.

2. A l'interdicte *recuperandae possessionis* que recull el Digest 43,16 i 43,24, no es pot discutir la propietat d'una determinada franja de terreny ni tan sols el millor dret a posseir-la, sinó que la finalitat d'aquet procediment és retornar la possessió a qui n'ha estat privat (sentència del TSJC del 19 de juny del 2008, núm. 36; en aquest cas concret, el Tribunal considera que si s'havia tingut mai la possessió no es tenia molt abans de l'acte de desposseïció que s'imputa al defenent i en tot cas, mai abans d'un any, que és el termini que s'entén la possessió a favor del nou posseïdor; en aquest mateix sentit, sentència del TSJC del 19 de juny del 2008, núm. 54).

3. La interposició de l'interdicte de recobrar la possessió exigeix els pressupòsits següents:

- Estar en possessió de la cosa o el dret amb anterioritat a l'acte de desposseïció.
- Haver estat pertorbat en la possessió o desposseït d'aquesta possessió o aquell dret (sentència del TSJC del 18 de juny de 1998, núm. 964).
- Que no hagi transcorregut un any des de l'acte de desposseïció (sentències del TSJC del 18 de setembre de 1997, núm. 794, i del 19 de novembre de 1998, núm. 1001, i aute del TSJC de l'1 d'abril de 1997, núm. 856). Però quan l'ocupació és clandestina el temps no corre fins que el perjudicat no coneix la lesió (sentències del TSJC del 14 de maig de 1998, núm. 954, del 19 de novembre de 1998, núm. 1001, i aute del TSJC del 10 d'abril de 1997, núm. 856).

4. La legitimació activa per interposar l'interdicte correspon al posseïdor per qualsevol títol, és a dir, tant al que posseeix naturalment com al posseïdor civil (sentències del TSJC del 14 de maig de 1998, núm. 954, del 19 de novembre de 1998, núm. 1001, i aute del 10 d'abril de 1997, núm. 856).

5. La possessió que empara l'interdicte recuperatori és la que suposa quelcom més que un trànsit esporàdic o circumstancial perquè s'ha de tractar d'una situació estable i definida, que constitueixi una utilització i un gaudiment continuat i exterioritzat (sentència del TSJC del 21 de febrer del 2002, núm. 119).

6. Com que la finalitat d'aquest interdicte és retornar la possessió a qui n'ha estat privat (sentències del TSJC del 21 de març de 1996, núm. 548, i del 27 de març del 2003, núm. 1973), no és possible restituir quan la possessió mai no s'ha tingut (sentències del TSJC del 29 de març del 2001, núm. 1569, i del 27 de març del 2003, núm. 1973).

7. Quant a la legitimació passiva, s'atribueix a l'autor material de l'acte de despulla en la possessió i de les persones que hagin actuat per compte o ordre seu i contra els hereus d'uns i altres (Digest, 43,24,5).

8. Pel que fa a l'objecte de l'interdicte, amb aquesta acció no es pot discutir la propietat ni el dret a posseir sinó només el fet de la possessió en el moment de la despulla. En definitiva, tota qüestió litigiosa aliena al fet possessori queda totalment fora de l'objecte de l'interdicte.

9. La sentència condemna que immediatament es reposi en la possessió el legítim posseïdor, a la restitució dels fruits percebuts des de la lesió i a indemnitzar els danys i perjudicis (aute del TSJC del 26 d'abril del 2001, núm. 1685).

10. Aquesta sala no veu confirmable que l'acció interdictal possessòria sigui idònia per restablir el compte bancari ... a la situació que tenia abans que el banc li efectués la unilateral extracció de ... € (sentència del TSJC del 27 de març del 2003).

5.4. Sobre l'interdicte d'obra nova (*de operis novi nuntiatione*)

1. L'interdicte d'obra nova, *de operis novi nuntiatione* (Digest, 39,1), té la finalitat de protegir la propietat o la possessió d'un immoble o dret real davant els perjudicis il·legítims derivats d'una obra nova, que en la seva projecció ha envaït o pertorbat la mera possessió o ús d'aquells drets, per tal d'obtenir la paralització i suspensió provisional de l'obra però no la seva demolició (sentències del TSJC del 27 de juliol de 1995, núm. 358; del 7 de desembre de 1995, núm. 415; del 10 de juny de 1999, núm. 1154, i autes del TSJC del 26 d'abril del 2001, núm. 1685; del 24 de maig del 2001 i del 21 de març de 2002, núm. 1883 i núm. 1689; del 26 de febrer del 2003, núm. 2057; del 16 d'abril del 2003, núm. 1984; del 25 de setembre del 2003, núm. 2018, i del 12 de febrer de 2004, núm. 128).

2. Està legitimat activament per interposar la demanda el propietari, posseïdor o titular d'un dret real (sentència del TSJC del 16 de gener de 1997, núm. 710). L'acció s'ha de dirigir contra el propietari de l'obra que ocasiona un canvi, una pertorbació en la situació actual. I el caràcter provisional de la suspensió de l'obra determina que el que l'exercita hagi de provar la realitat fàctica d'una construcció o d'unes obres que pertorbin l'alterin la situació actual (sentència del TSJC del 22 de gener de 1998, núm. 908).

3. Són característiques constitutives d'aquest interdicte les següents (sentències del TSJC del 27 de juliol de 1995, núm. 358, del 7 de desembre de 1995, núm. 415, i del 10 de juny de 1999, núm. 1154):

– Solament es produeix contra les obres futures, és a dir, contra les que encara no s'han fet, no contra les que ja estan acabades, perquè la seva finalitat és que no continuïn (Digest, 39,1,1). Es considera que fa una obra nova qui, edificant o ender-

rocant alguna cosa, canvia el primitiu aspecte de l'obra (Digest, 39,1,1-11). Si s'ha fet alguna obra que no s'hauria d'haver fet, deixa de tenir lloc l'edicta de denúncia d'obra nova, i s'ha de recórrer a l'interdicte del qual s'hagi fet violentament o clandestina (*quod vi aut clam*) a fi que es torni a l'anterior estat (sentències del TSJC del 10 de juny de 1999, núm. 1154, del 15 de novembre del 2001, núm. 1638, i autes del TSJC del 26 d'abril del 2001, núm. 1685, del 21 de març del 2002, núm. 1883, i del 16 d'abril del 2003).

– Tal com assenyala el Digest (39,1,1-12), no s'hi comprenen totes les obres, sinó solament aquelles que estan unides al sòl, l'edificació o demolició de les quals sembla que comprèn una obra nova. En el mateix text també s'indica que si algú fa sega o talla un arbre, o esporga una vinya, encara que fa una obra, no hi està compresa, perquè l'interdicte d'obra nova es refereix a les obres que es fan al sòl, no a plantacions (sentència del TSJC del 10 de juny de 1999, núm. 1154, i aute del 26 d'abril del 2001).

– Té un objecte merament cautelar de suspensió de les obres, que s'ha de ratificar o alçar en la sentència final, sense perjudici del dret de les parts a instar un procés ordinari. Al plet no es poden introduir qüestions alienes a la concreta pertorbació. El nucli de la qüestió del litigi ha de consistir a determinar els purs efectes precautoris i provisionals sense efectes de cosa jutjada, si existeix un estat possessori i un interès legítim d'aquesta naturalesa per mantenir la suspensió de l'obra nova que el lesionaria (sentències del TSJC del 27 de juliol de 1995, núm. 358, del 7 de desembre de 1995, núm. 415, i del 25 de setembre del 2003).

4. Un cop presentada la demanda d'interdicte d'obra nova, el batlle dictarà una resolució per requerir al propietari de l'obra que suspengui l'obra, en l'estat en què es trobi, sota amenaça de demolició del que s'edifiqui. I és que l'única finalitat de l'interdicte és l'adopció de mesures de seguretat i provisionalitat quan existeixi el temor que per una modificació de l'estat actual es pugui frustrar, envair o dificultar el dret d'una part, respecte exclusivament d'un estat possessori i de fet materialment definit i actuat per la detenció material per part de l'interdictant (sentència del TSJC del 7 de desembre de 1995, núm. 415).

5. Aquesta mesura cautelar en què consisteix l'interdicte d'obra nova s'ha d'acordar sense donar-ne prèvia audiència als defenents perquè aquesta audiència podria fer perdre i frustrar la finalitat de l'interdicte en possibilitar-los accelerar la terminació de l'obra, per exemple (aute del TSJC del 9 de juliol del 2002, núm. 1911).

6. La sentència no pot entrar a declarar l'existència o no del dret ni pot ordenar la demolició de les construccions ja fetes, perquè el seu contingut és paralitzar provisionalment la realització d'una obra (aute del TSJC del 26 d'abril del 2001, núm. 1685).

7. La protecció interdictal de les servituds està continguda i limitada a l'interdicte d'obra nova, que té per objecte la defensa de la propietat, la possessió i qualsevol

altre dret real com el de servitud, mentre que els interdicte de retenir o de recobrar tutel·len únicament la possessió, però no el dret de propietat ni el dret real de servitud (sentència del TSJC del 21 de febrer del 2002, núm. 1747).

8. L'interdicte d'obra nova té per objecte principal la defensa de la bona fe i l'economia processal i evita, com totes les accions possessòries, les vies de fet, amb la consegüent pertorbació de la pau social; té la finalitat de protegir la propietat o la possessió d'un immoble o dret real davant dels perjudicis il·legítims derivats d'una obra nova i que en la seva projecció ha envaït o pertorbat la mera possessió o ús d'aquells drets, deixant a part la realitat o no d'una existència i configuració en el seu titular conforme a dret, qüestió que s'ha de definir en el pertinent judici declaratiu. L'acció interdictal d'obra nova requereix el fet d'una construcció o unes obres que ocasionin un canvi, una pertorbació en l'estat present de les coses, perjudicant la propietat, la possessió o el dret real de l'agent, estant legitimats solament els titulars de la propietat, de la possessió o del dret real (sentència del TSJC del 7 de desembre de 1995, núm. 127).

9. Aquest interdicte no hi té res a dir quan la lesió ja s'ha produït (aute del 9 de juliol del 2002, núm. 67).

10. L'objecte de la inspecció ocular no és altre que constatar l'estat i les característiques de l'obra nova per tal de decretar-ne o denegar-ne la suspensió. Si se'n decreta la suspensió, s'haurà de continuar el judici a fi que la sentència ratifiqui o alci la suspensió. Però si no s'acorda la suspensió, el judici ... havia perdut tot objecte perquè si aquest objecte era ratificar o alçar la suspensió de l'obra, no seria possible ratificar o alçar una suspensió que no havia estat acordada anteriorment. Per tant, la decisió de no ordenar la inexecució de l'obra en els termes projectats, era contradictòria i incompatible amb la decisió de continuar el judici (sentència del TSJC del 17 de març del 2005, núm. 171).

11. Per tal que en el marc d'un interdicte d'obra nova el batlle pugui acordar l'atur urgent de l'obra, el denunciante ha d'aportar: la presentació d'una aparença de dret per raó de la qual el denunciante estaria legitimat per sol·licitar l'atur; la manca de temeritat en l'actuació del denunciante; la constatació de l'existència de l'obra nova en curs d'execució; l'avaluació dels potencials perjudicis que encara pugués produir la continuació de l'obra; i l'avaluació d'aquests eventuais perjudicis no és mesurable amb criteris constructius sinó amb la valoració dels perjudicis que pugués produir la continuació de l'obra (sentència del TSJC del 17 de març del 2005, núm. 196).

12. El procés interdictal d'obra nova no és un procediment idoni per definir drets de cap mena; ni per jutjar modificacions de servituds; ni per determinar la seva excessiva onerositat pel predi servent; ni si s'poden o no desplaçar les obertures constitutives de la servitud de llums i vistes obrint unes obertures diferents (sentència del TSJC del 17 de març del 2005, núm. 171).

13. La finalitat d'aquest interdicte és únicament prevenir i evitar la lesió que causa o que pugui causar l'obra que s'està fent mitjançant la seva paralització, i no pas assolir la demolició de l'obra que ja està feta o la reparació del perjudici que s'hagi causat (sentència del TSJC del 25 de setembre del 2003).

14. És evident que no és possible ratificar la suspensió de l'obra quan està acabada; per tant, amb l'acabament, l'interdicte ha perdut la seva finalitat; ha desaparegut el seu objecte (sentència del 10 de gener de 2005).

15. En aquest interdicte l'únic que escau fer és discernir de bell antuvi quan es denuncia l'obra nova, si el denunciant té l'aparença de bon dret i que aquest denunciant es veuria lesionat o menystingut si es realitza l'obra, per acordar-ne inicialment (en el cas afirmatiu) la suspensió, i per ratificar aquesta suspensió a la sentència si un cop tramitat el judici, es confirma l'existència del bon dret sobre la propietat, el dret real o la possessió mereixedora de protecció (sentència del TSJC del 17 de març del 2005).

16. Resulta que la possessió de la part agent es veu afectada i despullada per l'actuació de la part defenent i, des d'aquesta òptica, s'ha de confirmar la resolució d'ins-tància en el sentit de donar lloc als interdictes d'obra nova i de recuperar possessió com expedients per protegir la situació possessòria de la part agent (sentència del 19 de juny de 2008).

6. Consideració final. Gratitud i Justícia.

Valgui aquesta col·laboració doctrinal que en complir-se vint anys de l'existència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra m'ha demanat Pere Pastor, primer magistrat andorrà al Tribunal Superior de Justícia, com a modesta aportació d'un advocat (anomenat "*el soldat desconegut de la jurisprudència*" per Carles Obiols en l'aute del 14 de maig de 1963), en reconeixement a la labor que durant els vint anys de la seva existència han realitzat els magistrats del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, i que desitgem que continuïn portant a terme en el futur amb l'alt nivell que els caracteritza, pel bé d'Andorra i dels ciutadans que hi habiten des de temps immemorials.

La disposició transitòria cinquena de la Llei qualificada de la Justícia dels dies 2 i 3 de setembre de 1993 estableix molt encertadament que per mentre la carrera judicial andorrana no disposi de personal suficient per cobrir els càrrecs de Magistrats i de Fiscal General, podran ésser nomenats, guardant l'esperit d'equilibri, magistrats espanyols i francesos.

Aquesta fructífera combinació, i el servei que presten els magistrats a la vida jurídica i a la justícia andorrana són altament meritoris i creditors de l'estima dels veïns d'Andorra, especialment dels juristes que continuem creient en la Màxima 14 del Ma-

nual Digest, quan diu que *“A la Justícia se deu tenir sempre un gran amor y veneració; procurar que esta gloriosament regnie en las Valls; pués sempre es lo fonament de sa conservació”*.

Andorra la Vella, febrer del 2014.

20è aniversari de la constitució del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra.

**El dret administratiu
sancionador en la jurisprudència
del Tribunal Superior**

Antoni López Montanya
Advocat

1. El Dret administratiu sancionador abans de la Constitució.

Les sancions administratives no eren desconegudes en el dret consuetudinari andorrà; BRUTAILS fa notar que *“tota ordre d’una autoritat andorrana està recolzada per una sanció, habitualment pecuniària [...] Els consells de secció o de parròquia, ordenen sota pena del ‘cot del quart’ o del ‘cot de la parròquia’; el Consell General, sota pena del cot de la Terra; els Veguers, sota pena d’una multa.”*¹ El mateix autor explica que *“Cot és un vell mot que designava alhora les infraccions als reglaments de policia rural i les multes amb què aquestes infraccions eren castigades.”*²

El mecanisme del cot i el recot és d’origen molt antic, RIBERAYGUA en remunta l’etimologia a un privilegi del bisbe Uries³ (meitat de segle XVI), i era encara d’aplicació quan es promulga el Decret de reforma de les Institucions, de 15 de gener de 1981, que va crear el Consell Executiu (antecedent immediat del Govern). En aquest moment, PARÍS el descriu així:

«En cas de transgressió d’una decisió emanant del Consell General el Cot constitueix el mitjà coercitiu normal, ordena de respectar la decisió baix pena del Cot de la Terra. Passats vuit dies, si no s’ha contestat el Cot, s’ordena baix pena de recot. Passats altres vuit dies, es trameta al Batlle per la seva execució. L’import del Cot de la Terra és de 500 pta. i el Recot de 1.000 pta. L’infractor ha de pagar i sotmetre’s a la decisió objecte del Cot.»⁴

El Codi de l’Administració, de 29 de març de 1989, va posar fi a aquell mecanisme i va establir les bases del que serà, endavant, el dret administratiu sancionador, en disposar, que *“la llei de l’Autoritat competent establirà sancions penals i administratives per tal de reprimir la desobediència als actes administratius”* (article 51). Noti’s que, en el context preconstitucional en què es publica el Codi, el terme ‘autoritat competent’ al·ludeix a la manca de competència del Consell General per establir sancions penals, i també, en la mateixa clau de lectura, s’interpreta com l’afirmació de la competència d’aquest per tipificar infraccions i sancions administratives, les quals, diu la mateixa norma, *“no podran ésser superiors a les penals, ni comportaran mai privació de llibertat”*.

Malgrat que la referència a l’establiment de sancions penals per reprimir les infraccions administratives hagués pogut obrir la via a un dret administratiu sancionador d’inspiració francesa, exercit en bona part pels tribunals de policia, el Codi afirma

1. BRUTAILS, J.A.: «La coutume d’Andorre», Paris 1904, 2a edició, Andorra 1965 (la traducció és nostra).

2. Id. pàg. 317.

3. RIBERAYGUA ARGELICH, Bonaventura: «Les Valls d’Andorra», Barcelona 1946.

4. PARÍS TORRES, Enric: «Estudi sobre les institucions andorranes», Andorra 1980.

també la potestat sancionadora de l'Administració, i aquesta és la forma en què el nostre règim sancionador ha prosperat, inspirat clarament en l'espanyol, en què la norma són les sancions administratives imposades per òrgans administratius, i l'excepció, les sancions penals.

En el seu article 1r (quasi un calc de l'article 9.3 de la Constitució espanyola), el Codi proclama diversos principis generals, entre ells el de *legalitat* i el de *no retroactivitat de les disposicions que estableixin una sanció*; més endavant, destina alguns articles (el 24 i els 71 a 75) a regular la potestat disciplinària de l'Administració sobre el seu personal, (que se situa en l'àmbit de les relacions de subjecció especial), mentre que l'exercici de la potestat sancionadora de règim general es regula en l'article 51, i es limita a la prohibició d'una doble sanció penal i administrativa pels mateixos fets, i a l'exigència que se segueixi un procediment sancionador, que ha de respectar, en tot cas, les disposicions establertes per al procediment administratiu ordinari; no estableix, doncs, cap garantia reforçada per al procediment sancionador.

Sobre aquesta base va iniciar la seva activitat la Jurisdicció Administrativa i Fiscal, creada al mateix temps que el Codi, i amb la finalitat de controlar-ne l'aplicació per part d'aquelles administracions andorranes que hi estaven sotmeses (no ho estaven els Veguers, que comandaven la policia i exercien competències de control de la moralitat i l'ordre públic, entre d'altres). Cal dir que l'activitat d'aquesta jurisdicció en el tema que ens ocupa va ser més aviat mins: entre el 1992 i 1993, el Tribunal Administratiu i Fiscal va dictar només cinc sentències relatives a sancions, totes elles imposades per la Duana.

El 28 d'abril de 1993 s'aprova la Constitució andorrana que instaura, per fi, la separació de poders, i la forma política del coprincipat parlamentari. Com a conseqüència d'aquest canvi de règim, a finals del mateix any es creen les noves Batllies i Tribunals, al capdamunt dels quals se situa el Tribunal Superior d'Andorra, dividit en tres sales: civil, penal i administrativa (articles 56 i 58 de la Llei qualificada de la justícia). Aquest és el referent al què ens remetrem en les properes pàgines per analitzar l'evolució del dret administratiu sancionador en el nostre país.

2. La jurisprudència de la Sala administrativa del Tribunal Superior.

En els vint anys transcorreguts des de la seva creació, la Sala administrativa del Tribunal Superior ha tingut ocasió de resoldre nombroses qüestions relatives a sancions administratives (els temes que ha tractat amb més freqüència es refereixen a sancions de duana; règim disciplinari dels funcionaris; sancions per infracció de la normativa laboral; sancions urbanístiques i sancions per infracció de la Llei de caça),

i ha anat creant una jurisprudència rica i variada, que resulta especialment interessant; al fil de les seves resolucions, la Sala ha anat identificant les regles essencials que han de regir l'exercici de la potestat sancionadora per part de les administracions públiques, i ho ha fet aplicant els principis constitucionals i els que estableix el Codi de l'Administració, però també, quan aquests no han estat suficients per donar un tractament complet i coherent a les qüestions sotmeses a la seva consideració, deduint l'aplicació d'altres principis i regles que no es troben expressament enunciats en el nostre dret escrit, a partir d'aquells principis que sí ho estan; de la doctrina, i àdhuc, en ocasions, remetent-se a les decisions del Tribunal Europeu de Drets Humans. Aquí recollim un panorama d'aquesta jurisprudència, ordenat-la a l'entorn dels seus principis rectors.

2.1. El principi de legalitat

L'article 3.2. de la Constitució andorrana, de contingut quasi idèntic a l'article 1 del Codi de l'Administració, garanteix, entre altres, el principi de legalitat, que, com recorda la sentència núm. 96-41, de 11-10-1996, *"té una doble dimensió, la formal i la material"*. En paraules d'aquesta sentència, la dimensió material del principi de legalitat en el camp del Dret administratiu sancionador *"incorpora l'exigència de la predeterminació normativa de les conductes il·lícites i de les sancions que els corresponen"* o, com precisa una altra sentència, la núm. 18-2012, de 2-03-2012, *"comporta la necessitat que les conductes infractores i les sancions aplicables estiguin predeterminades normativament, a través de preceptes jurídics (lex previa) que permetin predir amb suficient grau de certesa (lex certa) aquelles conductes i la responsabilitat en què incorren els autors de les mateixes"*.

No hem trobat en la jurisprudència de la Sala administrativa cap referència a l'aspecte o dimensió formal del principi de legalitat, que és aquell que exigeix que la norma que estableix la infracció i la sanció tingui rang de llei formal (*lex stricta*), i que alguns autors equiparen a la *reserva de llei*. La interpretació d'aquest principi ha donat molt de joc en la doctrina i la jurisprudència del veí Estat espanyol, i haurà de merèixer també un examen ponderat i acurat a casa nostra, perquè és clar que una interpretació estricta del vessant formal del principi de legalitat podria qüestionar l'aplicació de les infraccions i sancions tipificades per mitjà d'ordinacions comunals, que són normes reglamentàries, en tots aquells supòsits –i són molts– en què no hi hagi una Llei habilitant prèvia.

En canvi, la dimensió material del principi de legalitat ha estat afirmada, en una jurisprudència constant i reiterada, com a fonament de l'exigència que la conducta infractora estigui clarament predeterminada per una norma prèvia, i que ho estigui també la sanció que s'aplica (entre d'altres, sentències núm. 95-29, de 6-09-1995, i núm. 2003-06, de 26-02-2003). Mereix especial esment la sentència núm. 2003-06, de 26-02-2003, que declara: *"les resolucions administratives objecte d'aquest litigi*

són de naturalesa sancionadora, matèria en la que cal respectar escrupolosament el principi de tipicitat, que deriva del de legalitat, conforme al qual només són sancionables les conductes expressament previstes en la norma descriptiva de la infracció." No hem trobat, però, cap altra resolució de la Sala administrativa que declari la necessitat de respectar el principi de tipicitat que, per a un ampli sector doctrinal, és més restrictiu que el de legalitat.

2.2. El principi de no retroactivitat

L'article 3.2 de la Constitució i l'article 1 del Codi garanteixen també el principi general de no retroactivitat de les disposicions que estableixen una sanció, però, al mateix temps, l'article 9.4 de la Carta Magna l'incorpora al catàleg de drets fonamentals, en els termes següents: *"Ningú no pot ésser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delictes, falta o infracció administrativa"* (fent-ho així, el dota de la protecció afegida del recurs preferent i urgent de tutela de drets fonamentals que preveu l'article 41 de la Constitució).

Formulat en aquests termes, el principi de no retroactivitat no planteja especial dificultat i, al nostre coneixement, la Sala no ha hagut de resoldre cap litigi en què es posés en qüestió la seva aplicació; sí volem fer esment, però, a la sentència núm. 96-41, de 11-10-1996, que en realitza una interpretació extensiva, en els termes següents:

«Com a contrapartida lògica del principi de legalitat material, l'ordenament jurídic andorrà, en els articles abans citats [3.2 de la Constitució i 1 del Codi de l'Administració], es fa ressò, també, del principi de la no retroactivitat de les disposicions que estableixen sancions desfavorables, el qual, interpretat a sensu contrario, determina que les normes sancionadores posteriors seran aplicables sempre que resultin més favorables per la persona sancionada.

»La plena vigència del principi fa que tota modificació normativa més favorable sempre s'hagi d'aplicar retroactivament, és a dir, encara que la resolució sancionadora estigui pendent de revisió en via administrativa o en seu jurisdiccional.»

El mateix raonament està reproduït en la sentència 97-02, de 17-01-1997.

2.3. La presumpció d'innocència i el principi de responsabilitat subjectiva

La presumpció d'innocència està configurada per la nostra Constitució com un dret fonamental. La sentència núm. 94-21, de 14 de juliol de 2004, es refereix als seus efectes en el Dret administratiu sancionador, i ho fa en els termes següents:

«Examinant la qüestió des d'una perspectiva constitucional, cal recordar que l'article 10.2 de la Constitució del Principat reconeix expressament el dret a la presumpció d'innocència. Aquest dret fonamental comporta bàsicament que la

imposició d'una sanció ha de derivar de l'existència d'elements probatoris de càrrec que ofereixin certesa sobre els fets imputats, que la càrrega de la prova correspon a qui acusa -en aquest cas l'Administració-, i que qualsevol insuficiència de la prova practicada ha de conduir a l'absolució de l'interessat.»

La principal conseqüència del dret a la presumpció d'innocència és que l'Administració ha de fornir la prova dels fets que donen lloc a la imposició de la sanció. Així, la sentència núm. 97-34, de 15 de setembre de 1997, afirma:

«Cal recordar que el nostre ordenament jurídic recull, en la norma suprema, i com a dret fonamental, la presumpció d'innocència, l'aplicació de la qual és extensiva als procediments sancionadors basats en la conducta de les persones, i que consisteix en el dret de tot ciutadà a no sofrir cap sanció que no tingui fonament en una prèvia activitat de prova sobre la qual l'Administració pugui fonamentar un judici raonable de culpabilitat.»

O bé, la núm. 2003-06, de 26 de febrer de 2003:

«De les actuacions que apareixen en l'expedient administratiu no se'n pot deduir que D. S.L. hagués declarat la subjecció al règim d'importació temporal unes mercaderies que pensava comercialitzar al Principat a través de G. S. L., i per tant no hi ha elements que desvirtuïn el principi de presumpció d'innocència que, al igual que en Dret penal, desplega eficàcia en Dret administratiu sancionador.»

La prova de càrrec, suficient per a desvirtuar la presumpció d'innocència, ha d'estar, a més, incorporada a l'expedient sancionador. Així resulta de la sentència núm. 71-2012, de 4 d'octubre de 2012 (veure també *infra* 2.5.4).

De la presumpció d'innocència, la Sala n'ha derivat el principi de responsabilitat subjectiva, o d'exigència de culpabilitat de la persona infractora. El seu raonament es formula en termes molt clars en la mateixa sentència núm. 94-21, de 14 de juliol de 2004, ja citada:

«[...] la presumpció d'innocència comporta també la certesa del judici de culpabilitat sobre els fets objecte del procediment, atès que la vigència d'un sistema de responsabilitat objectiva basada només en el resultat, i allunyada de qualsevol element intencional o psicològic, suposa de fet la imposició de les sancions de forma quasi automàtica, de manera que la presumpció d'innocència resulta desvirtuada en el seu abast i eficàcia. S'ha de concloure, doncs, que l'article 10.2 de la Constitució exclou la responsabilitat merament objectiva en l'àmbit sancionador [...].»

La concepció subjectiva de la culpabilitat en matèria de sancions administratives és doctrina consolidada de la Sala (sentències núm. 98-05, de 16 de gener de 1998; núm. 2000-13, de 17 d'abril del 2000, i núm. 2001-11, de 9 de març de 2001, entre d'altres); tanmateix, aquesta ha precisat clarament que culpabilitat subjectiva no significa l'exigència de dol o intencionalitat: les infraccions administratives “poden

imputar-se no solament a títol de dol sinó també per negligència” (sentències núm. 98-05, de 16 de gener de 1998, i núm. 2003-32, de 24 de juliol de 2003).

No cal que la negligència sigui greu: la sentència núm. 2003-13, de 25 d'abril de 2003, precisa que, en matèria de duana, una negligència lleu és suficient per imputar una infracció; i la negligència es pot cometre per culpa *“in eligendo”* o *“in vigilando”*, quan la persona expedientada ha omès les mesures de vigilància i control que li eren exigibles (sentències núm. 2003-32, de 24 de juliol de 2003; núm. 12-2007, de 26 de febrer de 2007; núm. 104-2012 i 105-2012, de 20 de desembre de 2012).

En base al principi de responsabilitat subjectiva o personal, la Sala ha exigít la identificació precisa del presumpte infractor, i ha anul·lat la sanció en un supòsit en què l'Administració no havia fet clarament la diferència entre una persona jurídica i la persona física que n'exercia les facultats de representació; en concret la sentència núm. 95-35, de 13 d'octubre de 1995, declara que *“la persona sancionada s'ha de designar amb precisió. Aquesta regla constitueix, en efecte, un dels principis més ben establerts del dret repressiu.”* Reprodueix la mateixa afirmació la sentència núm. 96-21, de 6 de juny de 1996.

El principi de responsabilitat subjectiva comporta també el de personalitat de les penes, del que resulta la intransmissibilitat de les sancions, tal com posa en relleu la sentència núm. 98,46, de 18 d'octubre de 1998, que afirma:

«El principi de personalitat de les penes, que és conseqüència del de culpabilitat, impedeix que es faci suportar als hereus o a terceres persones els efectes d'una sanció (tot i que siguin, no obstant, transmissibles les conseqüències econòmiques de la infracció, és a dir, les obligacions de fer-se càrrec dels perjudicis que genera el fet constitutiu d'aquella). Per això, els Codis penals moderns estableixen que la mort extingeix la responsabilitat penal, i el nostre ho diu en l'article 28, i fins i tot la Llei de Bases de l'ordenament tributari, de 19 de desembre de 1996, d'acord amb la doctrina més actual, estableix expressament, en l'article 69, el principi de no transmissibilitat de les sancions.»

2.4. El principi de «non bis in idem»

El principi de *“non bis in idem”* es troba recollit a l'article 51 del Codi de l'Administració, en els termes següents: *“No podrà imposar-se simultàniament una sanció penal i una altra d'administrativa per un mateix fet, llevat dels supòsits de subjecció especial de l'inculpat.”* Una sentència recent, la núm. 53-2013, de 23 de maig de 2013, en dóna una formulació més ajustada a la doctrina moderna; diu així: *“El principi del non bis in idem prohibeix, en principi, la duplictat de sancions en presència d'identitat de subjecte, de fet i de la intenció de protegir el mateix bé jurídic.”*

La Sala Administrativa ha estat cridada a controlar l'aplicació d'aquest principi en diferents ocasions; hi ha dos supòsits de fet que presenten un interès particular:

Un d'ells es planteja en la sentència núm. 31-2008, de 31 de març de 2008, en relació a la Llei qualificada de protecció de dades personals. Aquesta llei no conté, com és habitual, una relació de les conductes infractores, classificant-les en lleus, greus i molt greus, sinó que es limita a establir, en el seu article 33, que *“L'incompliment d'aquesta Llei per part de les persones físiques o de persones jurídiques de naturalesa privada és objecte de sanció administrativa. El primer incompliment per part d'un responsable de fitxer se sanciona amb multa d'un import màxim de 50.000 euros, i els incompliments subsegüents en què pugui incórrer el mateix responsable se sancionen amb una multa d'un import màxim de 100.000 euros.”* El mateix article estableix cinc criteris per graduar l'import de la sanció dins d'aquells límits. La discussió es centrava a propòsit de si els fets provats en l'expedient constituïen una, dues, o quatre infraccions diferents, i la sentència resol que:

«Al no existir un quadre descriptiu d'infraccions, a l'hora de definir els fets constitutius d'infracció cal determinar en quina mesura els que tinguin aquesta consideració la tenen perquè responen a incompliments del règim jurídic que conté la Llei qualificada, el que pot comportar que una mateixa situació de fet es pugui considerar com incompliment de més d'un precepte de la Llei, amb vulneració del principi del *ne bis in idem* si això comporta l'aplicació de més d'una sanció.

»En conseqüència, a l'hora d'aplicar el règim sancionador que preveu la Llei qualificada cal, en primer lloc, individualitzar la conducta infractora respectant el que acabem d'exposar, i en una segona fase modular la sanció en funció dels criteris que estableix el mateix article 33,»

El segon supòsit és el de les expulsions administratives: no és infreqüent que el Ministeri de l'Interior emeti una ordre d'expulsió contra una persona que està, al mateix temps, processada per una infracció penal, i que per tant, pot ser condemnada per aquesta jurisdicció a una pena que pot comportar, o no, l'expulsió com a sanció accessòria; en aquests casos, la persona sancionada ha invocat, en ocasions, la infracció del principi de *non bis in idem*. La Sala administrativa, en una jurisprudència ben consolidada (sentències núm. 99-31, de 20 d'octubre de 1999; 2002-26, de 19 de juny de 2002; 47-2009, de 20 de maig de 2009, entre d'altres), ha establert que l'expulsió administrativa no revesteix un caràcter sancionador, sinó preventiu i, per tant, que l'ordre d'expulsió governativa no és susceptible d'infringir la prohibició de dualitat de sancions per una mateixa conducta (sentències núm. 078-2013, de 25 d'octubre de 2013, i núm. 03-2014, de 29 de gener de 2014).

2.5. Principis procedimentals: la «coloració penal» del dret administratiu sancionador

Un corrent doctrinal molt estès afirma que la potestat sancionadora de l'Administració forma part, junt amb la potestat penal dels Tribunals, d'un *ius puniendi* superior de l'Estat, del qual una i altra en serien manifestacions concretes, i que, per tant,

el dret penal i el dret administratiu sancionador responen a certs principis comuns, encara que un i altre posseeixin una naturalesa pròpia característica. Aquesta concepció, a la que fa referència la sentència núm. 96-45, d'11 d'octubre de 1996, es podria considerar el fonament teòric d'una línia jurisprudencial que s'ha revelat extraordinàriament fecunda: la "*coloració penal*" del Dret administratiu sancionador.

A casa nostra, inicia aquesta línia la sentència núm. 95-35, de 13 d'octubre de 1995, citant el Tribunal Europeu de Drets Humans, diu així:

«L'acte atacat s'inclou en efecte en el marc del poder de sancionar reconegut a l'administració de Duanes. Ara bé, segons els principis generals reconeguts pel conjunt d'Estats europeus, el poder administratiu sancionador revesteix una "*coloració penal*", per reprendre l'expressió utilitzada pel Tribunal europeu de Drets de l'Home, en la seva sentència de 24 de febrer de 1994, núm. 3/1993/398/476, *aff. Bendenoun c/ France*.»

A partir d'aquesta idea, tan gràfica, de la "*coloració penal*", la Sala Administrativa ha declarat aplicables al dret administratiu sancionador diversos principis i regles pròpies del dret penal. La Sala ha tingut cura de precisar que no es tracta d'una aplicació automàtica, sinó d'un principi general que requereix matisacions; així resulta, entre altres, de les resolucions següents:

Sentència núm. 98-46, de 18 d'octubre de 1998:

«Aquesta Sala ha admès la "*coloració penal*" de les sancions administratives (sentències 95-35 de 13 d'octubre de 1995, 96-21, de 6 de juny de 1996 i 96-39, d'11 d'octubre de 1996) en el sentit de que els principis que inspiren l'àmbit penal són aplicables, amb matisos, al Dret administratiu sancionador.»

Sentència núm. 2003-49, de 17 de novembre de 2003:

«Aquesta Sala ha jutjat varies vegades que les sancions administratives revesteixen una "*coloració penal*", recollint per tant els principis establerts per la Cort Europea dels Drets de l'Home. Però aquest principi no significa que calgui fer una aplicació literal de les regles de dret penal. En efecte, els fonaments de les regles penals i de les regles administratives són diferents: les sancions administratives tenen com a finalitat principal assegurar el respecte de les obligacions imposades per diferents reglaments, i per tant cal aplicar-les en funció d'aquest objectiu.»

Sentència núm. 33-2008, de 5 de maig de 2008:

«Com ja ha jutjat aquesta Sala, les sancions administratives tenen una "*coloració penal*", en el sentit que dóna a aquest terme la jurisprudència de la Cort europea dels Drets de l'Home. Però aquesta qualificació no implica que el procediment del procés penal s'hagi de seguir íntegrament.»

Amb adaptacions i matisacions de major o menor envergadura, aquella idea rectora ha portat la Sala a declarar aplicables principis i regles que no es troben enunciats

en els nostres textos legals i que, formulats com estan en termes generals, són susceptibles de fer-se extensius a tots els altres supòsits de la mateixa naturalesa. Considerem d'especial rellevància els següents:

2.5.1. Principi de separació de l'òrgan instructor i l'òrgan que decideix

En la sentència núm. 58-2010, de 22 de setembre de 2010, la Sala invoca el Reglament regulador del procediment sancionador, de 2 d'octubre de 1998, però també la "coloració penal" del dret sancionador, per declarar aplicable el principi de separació de l'òrgan instructor i l'òrgan decisor:

«[...] la instrucció i la decisió d'un expedient de caràcter sancionador s'atribueix reglamentàriament a dos òrgans diferents, sens dubte amb la finalitat de garantir una major imparcialitat de l'òrgan decisor, en línia amb allò que succeeix en el procés penal, tal com posa de relleu la sentència apel·lada. No es pot oblidar que, com ha declarat aquesta Sala en diverses ocasions (v. sentència núm. 2005-10, de 5 de maig de 2005), el dret administratiu sancionador té una clara "coloració penal", la qual cosa determina l'aplicació, amb matisos, dels principis generals del dret penal.»

En la mateixa sentència precisa també que, malgrat que la infracció d'aquest principi constitueix una causa d'anul·labilitat –i no de nul·litat radical– no és susceptible de validació posterior:

«[...] la posterior intervenció del Govern en el tràmit del recurs d'alçada no ha suposat la validació del vici de forma que s'ha produït. Aquesta validació hagués pogut ser apreciada en cas d'incompetència de l'òrgan sancionador, d'acord amb l'article 49.2.a) del Codi de l'Administració, però no quan s'han confós les funcions de l'instructor i de l'òrgan decisor, cosa que ha comportat una disminució de les garanties del ciutadà, que no s'ha vist esmenada per la interposició i posterior resolució del recurs d'alçada.»

En el mateix sentit es pronuncien les sentències núm. 59-2010, de 22 de setembre de 2010, i núm. 12-2011, de 4 de març de 2011.

2.5.2. Dret a l'assistència lletrada

L'article 10.2 de la Constitució, i l'article 6.3 de la Convenció Europea de Drets Humans, garanteixen el dret a l'assistència tècnica d'un lletrat. Davant del silenci de les normes reguladores del procediment administratiu, es discuteix si hi resulta aplicable. La recent sentència núm. 30-2013, de 22 de març de 2013, fa una anàlisi acurada d'aquesta qüestió, que ens ha semblat interessant reproduir *in extenso*. Diu així:

«Més concretament i en relació amb el dret constitucional a l'assistència tècnica d'un lletrat (article 10.2), aquesta Sala considera que aquesta garantia fonamental és traslladable al procediment administratiu sancionador, però amb determinades

limitacions, entre altres, en matèria de torn d'ofici o d'assistència gratuïta. El Reglament regulador del procediment sancionador no preveu en cap moment la intervenció lletrada, però tampoc l'exclou. Es tracta, per tant, d'un dret que l'Administració no pot limitar injustificadament. Altra cosa consisteix en exigir que l'Administració ho posi en coneixement del presumpte infractor, comunicació que no exigeix amb caràcter general cap norma jurídica de dret positiu, a diferència de puntuals matèries sensibles en què es limiten drets fonamentals, com és el cas dels interns dels centres penitenciaris (article 55 de la llei qualificada penitenciària). L'antiga Resolució (77) 31 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre la protecció de l'individu, en relació amb els actes de l'Administració, avala tanmateix l'existència del dret a l'assistència tècnica en el marc administratiu sancionador, doncs el seu principi tercer ("Assistència i representació") estableix que la persona afectada es pot fer assistir o representar dins el procediment administratiu, especialment en els procediments administratius sancionadors, de conformitat amb el principi 6 de la Recomanació (91) 1 relativa a les sancions administratives.»

Convé apuntar, tanmateix, que amb anterioritat a aquesta resolució, la Batllia havia concedit el dret d'assistència jurídica gratuïta per formular un recurs administratiu almenys en una ocasió. Així resulta dels antecedents de fet de la sentència núm. 88-2013, de 20 de desembre de 2013, que concedeix a aquest tràmit efectes de suspensió del termini per presentar un recurs administratiu.

2.5.3. Dret a no declarar-se culpable i a no declarar contra un mateix

Des de fa anys, la doctrina ha posat en relleu la dificultat de conciliar el dret a no declarar contra un mateix, que el Dret penal garanteix amb caràcter absolut, amb les nombroses disposicions legals que imposen a l'administrat el deure de facilitar informació a l'Administració (per exemple, però no únicament, en matèria fiscal). La Sala administrativa ha tractat aquesta qüestió en la mateixa sentència núm. 30-2013, de 22 de març de 2013, citada a l'apartat precedent, i defuig l'aplicació literal de la regla penal, però, al mateix temps, assenyala que aquest principi imposa uns límits importants a l'activitat de l'Administració en la instrucció dels procediments sancionadors. Ho fa en els termes següents:

«El dret a no incriminar-se tampoc és absolut en el procediment sancionador administratiu, doncs s'ha d'acomodar raonablement amb el deure exigible a la persona presumptament responsable de col·laborar en les tasques d'investigació. Ara bé, aquest delicat equilibri requereix almenys dues premisses: a) pertoca a l'Administració reunir el "nucli" dels elements desfavorables i b) l'Administració no pot obtenir les proves de càrrec mitjançant mètodes coercitius o pressions excessives.»

2.5.4. Criteris en matèria de prova

La "*coloració penal*" del dret administratiu sancionador ha estat invocada també per la Sala per exigir a l'Administració que hagi incorporat a l'expedient sancionador una

prova incontrovertible dels fets que imputa a l'infractor. Així, entre d'altres, en les resolucions següents:

Sentència núm. 2003-34, de 22 de setembre de 2003:

«Aquest assumpte planteja una qüestió relativa al dret disciplinari de la funció pública i convé per tant d'aplicar els principis generals de dret sancionador, en vistes de garantir els drets de l'interessat, com bé ha jutjat el Tribunal de Batlles (fonament de dret Sisè).

»En particular, la sanció només es pot aplicar quan els fets que la justifiquen s'han provat de manera indiscutible.»

Sentència núm. 2004-35, de 8 d'octubre de 2004:

«Pertany doncs a l'administració d'aportar la prova de la realitat dels fets que fonamenten l'aplicació d'una sanció. Efectivament, no es pot atribuir al Sr. J.C.P. la càrrega d'una "prova negativa", que no és conforme a les regles del dret sancionador.»

Sentència núm. 75-2008, de 24 de novembre de 2008:

«Per tant podem constatar que la decisió es basa en simples presumpcions, que no han estat confirmades per constatacions de fet [...] En conseqüència, la sanció imposada per la Duana andorrana s'ha d'anul·lar, ja que es basa sobre fets que no han quedat acreditats de manera indiscutible.»

Per aplicació, també, de regles penals, s'exigeix que en la instrucció de l'expedient sancionador, el presumpte infractor hagi tingut la possibilitat de discutir i de rebatre (contestar) les proves que consten a l'expedient. Així la sentència núm. 90-2012, de 25 d'octubre de 2012:

«D'aquest passatge de l'informe resulta doncs clarament que el propietari de l'empresa no ha estat posat en posició de contestar immediatament aquesta constatació de fet. Per tant, li era impossible de contestar útilment aquesta constatació; en efecte, no es pot determinar la data exacta de la presa de fotografies que figuren a l'expedient [...].

»Com ho ha jutjat varies vegades aquesta Sala, les sancions administratives presenten una "coloració penal", conforme a la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans. En aquestes condicions, l'aplicació de aquestes sancions ha de comportar garanties particulars, permetent, especialment, a l'administrat que és sancionat de presentar útilment a la seva defensa [...].»

3. Perspectives de futur.

El panorama exposat en les pàgines que precedeixen dona compte, alhora, de les llacunes que presenten les normes reguladores del dret administratiu sancionador, i

de la capacitat dels òrgans jurisdiccionalss per trobar, això no obstant, una solució adequada i fonamentada en Dret a totes les qüestions que els hi són sotmeses.

Certament, les resolucions dictades fins ara per la Sala administrativa no esgoten l'elenc d'interrogants que poden sorgir en aquesta matèria. Ja hem fet esment d'alguns altres, com la incidència del vessant formal del principi de tipicitat en les infraccions administratives establertes per Ordinacions comunals, o les exigències que deriven de l'aplicació del principi de tipicitat, que és més estricte que el de legalitat, i en podem citar més; a tall d'exemple: com s'ha d'aplicar el principi de personalitat de les sancions quan l'infractor és una persona jurídica? És legítim aplicar la regla *solve et repete* en matèria de sancions? Com es determina la competència dels òrgans que intervenen en l'expedient sancionador, quan la norma que estableix les sancions guarda silenci sobre aquesta qüestió?

En un Estat de Dret, en el que regeix el principi de separació de poders, la funció de la jurisprudència no és la creació de normes jurídiques, sinó precisar i aclarir l'abast de les existents. Ara bé, en defecte o insuficiència d'aquestes, els Tribunals les han de deduir dels principis generals o aplicant altres tècniques d'integració de l'ordenament, perquè no poden deixar de resoldre les qüestions que els són plantejades invocant l'absència o la manca de claredat de les normes (*non liquet*): l'article 9.1 de la Llei qualificada de la justícia els imposa l'obligació de resoldre *sempre* sobre les pretensions que els siguin formulades, per fer efectiu el dret a la jurisdicció i a obtenir d'aquesta un resolució fonamentada en Dret, que proclama l'article 10.1 de la Constitució.

Però aquesta no sembla la millor solució a mig i llarg termini: la jurisprudència no gaudeix de la mateixa publicitat ni accessibilitat que la Llei, i el principi de seguretat jurídica exigeix que tots els ciutadans puguin conèixer amb facilitat els seus drets i deures, especialment en una matèria tan sensible com les sancions. Per això creiem que comença a ser urgent que el legislador emprengui una posta al dia de les normes generals i de procediment del dret administratiu sancionador.

**La protecció del treballador
en la jurisprudència civil.
Especial referència a l'extinció
del contracte de treball**

Pere Pastor Vilanova
Magistrat de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia

L'article 19 de la Constitució reconeix el dret dels treballadors a la defensa dels seus drets econòmics i socials. Se'ls hi confia també, almenys indirectament, el rol de promotors de l'Estat social, proclamat a l'article 1.1. La ubicació del primer precepte li confereix, pel joc de l'article 39.1, l'estatut de dret directament aplicable i, a més, especialment protegit pels Tribunals. Al llarg d'aquest estudi, tractarem d'analitzar com la jurisprudència dels Tribunals civils i, concretament, de la Sala civil del Tribunal Superior de Justícia¹, ha integrat el postulat constitucional.

Abans d'entrar en matèria, cal fer un breu recordatori de les fonts del dret que informen aquesta matèria tuitiva. A banda de la Carta Magna, no es pot oblidar, la Carta social europea, el Conveni europeu de drets humans, la Declaració universal dels drets humans, el Pacte internacional relatiu als drets civils i polítics, els convenis aprovats per l'Organització Internacional del Treball (OIT) en matèria de seguretat i salut en el treball i, finalment, les disposicions legals sectorials en vigor, actualment el codi de relacions laborals i la llei de la seguretat i la salut en el treball.

El contracte de treball s'extingeix per nombrosos motius: expiració del termini o acabament de l'obra pactada; acord mutu; mort o incapacitat total permanent de la persona treballadora o de l'empresari persona física; jubilació d'aquest darrer; execució d'una pena de presó ferma per part de l'assalariat; fallida de l'empresari; tancament de l'empresa per cas fortuït, força major o causa legal. A banda d'aquest supòsits, trobem la "rescissió" del contracte laboral per raó de comiat: no causal, per causes objectives o disciplinàries. L'extinció del contracte de treball per aquests motius és font de nombrosos conflictes i que han donat lloc a copiosa jurisprudència, en particular aquests darrers anys marcats per una crisi econòmica sense precedents al país.

D'antuvi, s'imposa una primera reflexió crítica sobre la qualificació jurídica que confereix el codi de relacions laborals a l'extinció del contracte de treball per raó d'acomiadament o de desistiment.

És ben sabut que la resolució i la rescissió són dos supòsits d'ineficàcia contractual. En ambdós casos, l'extinció es produeix per raó d'una ineficàcia sobrevinguda després de la celebració del contracte corresponent. Es parteix doncs de contractes inicialment vàlids i que és la seva pròpia execució qui desencadena la pèrdua de l'eficàcia dels mateixos posteriorment. La resolució contractual acostuma a provenir d'un comportament incomplidor d'un dels deutors en els contractes bilaterals. Per contra, els contractes són rescindibles segons la motivació que la llei imposa en cada cas, essent tradicionalment el frau la seva causa comuna en dret andorrà. En tota rescissió contractual es troba subjacent un dany econòmic injust com a justificant de la ruptura del contracte. Les figures més conegudes són la rescissió per frau de creditors (acció pauliana) o per lesió (*ultradimidium* o engany de mitges).

1. Les sentències de la sala civil del Tribunal Superior de Justícia poden ser consultades a l'adreça web següent: <http://www.justicia.ad/ca/jurisprudencia.html>

En el cas del contracte de treball, tècnicament ens trobem dins un supòsit típic de resolució a instància d'una part, fonamentat en l'incompliment de les obligacions de l'altra. Malgrat aquesta característica, la norma qualifica de rescissió la dissolució del negoci jurídic celebrat entre l'assalariat i l'empresari. I això sobta encara més quan el codi de relacions laborals es refereix en moltíssimes ocasions a la resolució del contracte de treball (articles 14, 15, 26, 48, 68, 70, 80, 89, 92, 95, 98 i 99).

Efectuada aquesta remarca preliminar, podem entrar en matèria. La rescissió del contracte pot ésser tant a instància de l'empresari (I), com del propi treballador (II). En el primer cas, es parla de comiat, mentre que en el segon, la norma legal l'anomena desistiment de l'empleat. La llei preveu també la nul·litat absoluta de determinats actes imputables a l'empresari (III).

I. El comiat de la persona treballadora.

L'extinció del negoci jurídic pot adoptar tres formes. Estem parlant del comiat no causal (article 90), per causes objectives (article 91) o disciplinàries (article 93).

a) El comiat no causal

L'empresari pot procedir a l'extinció de la relació laboral mitjançant l'acomiadament no causal o "lliure" del treballador². L'ordenament jurídic andorrà permet, en conseqüència, un comiat sense necessitat de justificació o *ad nutum*, si bé precisa del requisit indispensable del preavís^{3,4} i del pagament d'una compensació econòmica que engloba tots els perjudicis causats (STSJC del 17 de desembre 2003). L'acomiadament sense pagament efectiu de la compensació econòmica legalment prevista constitueix un acomiadament improcedent (STSJC 219/11 del 29 de novembre de 2011) perquè, en cas contrari, l'obligació que imposa la llei quedaria buida de sentit.

El comiat lliure s'inscriu, per tant, dins una lògica econòmica centrada en el cost de l'extinció del contracte de treball. Es pot justificar teòricament per la prohibició de les obligacions perpètuas que existeix en dret andorrà.

Hom ha de tenir present que la relació laboral es rescindeix només un cop exhaurit el termini de preavís⁵, de manera que res impedeix un comiat disciplinari a comptar

2. L'acomiadament no causal existeix també en altres ordenaments jurídics. Vegeu l'article 56.1 del "Estatuto de los Trabajadores" espanyol.

3. L'article 4.4 de Carta social europea reconeix "el dret de totes les persones treballadores a un termini de preavís raonable en el cas de cessament de la feina".

4. El preavís no és renunciable contractualment segons la STSJC 84/02 del 12 de setembre de 2002.

5. Si transcorre el termini del preavís i el treballador continua treballant amb el consentiment (explícit o tàcit) de l'empresari, el contracte queda prorrogat per caducitat del preavís (sentència del Tribunal

de la comunicació de l'acomiadament no causal. Es tracta d'un segon procediment i ambdós poden ser impugnats separatament, com destaca la STSJC 165/09 del 26 de novembre de 2009: *"Ara bé, com que la relació laboral queda vigent després de l'acomiadament fins a la finalització del termini de preavis, sí que l'empresari pot, en cas d'una de les causes contemplades en l'article 72 de la Llei sobre el contracte de treball, acomiadar d'immediat un treballador que compleix el seu preavis"*.

Si l'acomiadament no s'ajusta a dret, el treballador tindrà dret a la indemnització de l'article 98 que constitueix una forma de sanció a la *mala praxis* de l'empresari.

b) El comiat per causes objectives

Aquest supòsit de comiat integra supòsits de rescissió contractual per circumstàncies objectives i, doncs, alienes a la voluntat dels contractants. No hi ha així cap incompliment estrictament contractual del treballador. El codi estableix tres possibilitats.

b.1) *Ineptitud sobrevinguda de la persona treballadora, acabat el període de prova, per haver-se produït una inhabilitat o una manca de facultats professionals que té com a origen la persona del treballador per a la realització de les tasques essencials de la seva feina*

No hi ha casuística dins la jurisprudència del TSJC. Ens podem però imaginar distints casos de figura, com ara el cas de la retirada del carnet de conduir a un xofer professional, quina ocurrència podria justificar un comiat per ineptitud sobrevinguda. Altres hipòtesis poden apareix, com ara l'eventualitat d'una ineptitud originària, però coneguda per part de l'empresa, en quin cas podria prevaldre la doctrina dels actes propis. En qualsevol cas, la problemàtica de les malalties incapacitants sobrevingudes esdevé molt més complexa a resoldre^{6,7}, sobretot quan l'Estat andorrà s'ha compromès a *"mantenir actives les persones discapacitades en el medi ordinari laboral i a adaptar les condicions de treball a les seves necessitats o, en cas d'impossibilitat per raó de la discapacitat, a habilitar o crear llocs de treball protegits en funció del grau de discapacitat"* (article 15.2 de la Carta social europea).

b.2) *Manca d'adaptació de la persona treballadora a les modificacions tècniques produïdes en el seu lloc de treball, quan aquests canvis siguin raonables i hagin transcorregut com a mínim tres mesos des que es va introduir la modificació*

La modificació ha de basar-se en una millora tècnica del procés productiu (millora de l'eficiència o de la productivitat), com ara un canvi substancial de l'entorn informàtic.

Superior de la Mitra del 22 de desembre de 1986).

6. Una part de la doctrina sosté que el comiat per raons de discapacitat pot ser nul en fonamentar-se en la condició personal del treballador.

7. El Tribunal europeu de drets humans ha condemnat recentment un Estat per raó del comiat d'una persona treballadora, portadora del virus HIV (I.B c. Grècia, 3 d'octubre de 2013).

La doctrina considera que no es pot emprar aquest mitjà d'acomiadament per destruir llocs de treball (el lloc ha de ser proveït per un altre treballador) ni disfressar una reconversió de l'empresa, decisions que s'assoleixen mitjançant l'amortització de llocs de treball per causes econòmiques.

b.3) *Quan hi hagi la necessitat objectivament acreditada d'amortitzar llocs de treball per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció. En aquest cas el comiat no pot afectar a més d'un 10% dels treballadors en cada centre de treball en un període de sis mesos*

Els acomiadaments col·lectius –però de concreció individual- contempen el lloc de treball i no el propi treballador. Per tant, el comiat esdevé improcedent si es fonamenta, principalment, en l'edat del treballador, les seves condicions físiques, la seva insuficiència professional... Per lògica, no existiria necessitat d'amortitzar un lloc de treball si, poc després del comiat, aquest passa a ser ocupat per un altre assalariat.

Pel que fa les causes econòmiques⁸, la llei no exigeix que l'empresa es trobi prop de la fallida però sí que experimenti serioses dificultats econòmiques a nivell global (i no d'una branca, centre de treball...). El dèficit hauria de ser doncs estructural i no merament conjuntural. La sentència TSJC-106/12 del 13 de setembre de 2012 ha posat molts límits a la utilització d'aquesta figura de comiat: *"per justificar un acomiadament per causes objectives, aquesta solució ha de ser imprescindible i sense que existeixi cap altra alternativa"*.

Per acabar, cal observar que la menció *"amortitzar llocs de treball"*, al plural, sembla oposar-se al comiat d'un únic treballador, lectura que pot quedar confirmada pel topall quantitatiu del 10% que exigeix la llei. Compte tingut que les empreses andorranes que compten amb més de 10 assalariats representen només el 8% del teixit empresarial⁹, se'n pot desprendre que el legislador ha volgut restringir severament l'aplicació d'aquesta causa d'acomiadament solament a les empreses més grans del país.

c) El comiat disciplinari

L'empresa pot acomiadar la persona treballadora, sigui quina sigui la modalitat del contracte de treball (determinat o indeterminat), sense necessitat de preavis ni obligació de satisfer cap compensació econòmica, quan concorri alguna de les causes previstes a l'article 104.

El comiat es fonamenta per tant en un motiu culpable i imputable personalment al treballador. Els motius invocats han de ser òbviament verificables¹⁰ i revestir una

8. Les modalitats de comunicació de l'informe d'auditoria justificatiu queden estudiades a la STSJC 016/10 del 29 d'abril de 2010.

9. Cambra de Comerç, Indústria i Serveis, *Informe econòmic anual 2012*, Andorra, 2013, p. 92.

10. El dubte hauria d'aprofitar a l'assalariat en presència d'un procediment sancionador.

certa gravetat, tota vegada que la sanció esdevé molt danyosa per la persona treballadora. Els fets recriminats¹¹ han de quedar ben detallats en la carta^{12,13} ubicats en el temps i connectats amb la falta disciplinària corresponent¹⁴, als efectes de permetre la correcta defensa de l'empleat dins el procés judicial. Per conseqüent, l'empresa no pot invocar nous fets recriminatoris en fase jurisdiccional. En efecte, els Tribunals entenen que la carta "*crystal·litza*"¹⁵ definitivament els greuges que s'imputen a l'assalariat. El repetit escrit té quatre finalitats principals: a) exterioritzar la causa del comiat; b) possibilitar el control jurisdiccional; c) permetre al treballador conèixer el dia d'extinció del contracte i d) assegurar la defensa del treballador. Compte tingut que les sancions disciplinàries presenten una coloració penal¹⁶, les faltes constitueixen un *numerus clausus* i per tant no se'n poden invocar altres que no preveu la normativa, com per exemple el comportament del treballador fora de l'àmbit professional, les baixes mèdiques successives, el lligam familiar o afectiu amb l'assalariat d'una empresa del mateix ram...

Quant al temps de reacció de l'empresari, l'acomiadament disciplinari ha de tenir lloc ràpidament doncs, de contrari, l'assalariat pot legítimament considerar que el seu manquement ha estat excusat o que l'empresa ha renunciat a l'exercici del poder disciplinari (STSJC 287/10 del 27 de gener de 2011). En aquest sentit, esdevé contrari a la bona fe que ha presidir l'execució del contracte, sancionar, intempestivament i sense avís previ, una actuació fins aleshores tolerada per l'empresa. Un exemple freqüent queda constituït per l'ús del telèfon professional per a necessitats privades¹⁷.

L'extensió d'aquest paper no permet una anàlisi detallada de la producció de totes les faltes molt greus tipificades al codi de relacions laborals. Nogensmenys, exposarem aquelles que han donat lloc a interpretació judicial, sense cap ànim d'exhaustivitat.

Començarem per la falta molt greu de manca d'assistència a la feina sense justificar (article 104.1). El motiu de l'absència ha d'impedir que el treballador pugui presentar-se efectivament al seu lloc de treball (STSJC 074/10 del 29 de juny de 2010). La STSJC 115/13 del 3 de setembre de 2013 va haver de determinar fins quin moment temporal el treballador tenia la possibilitat de comunicar els motius de la seva ab-

11. La prova pertoca a l'empresari (STSJC 54/03 del 17 de juliol de 2003).

12. La carta no signada per l'empresa és vàlida (STSJC 242/04 del 19 de maig de 2005). L'empresari no està obligat a fer arribar la carta al destinatari, tractant-se del típic cas en què el treballador no passa a recollir la carta a correus (idem).

13. Els mancaments que no figuren en la carta no es tenen en compte (STSJC 153/08 del 27 de novembre de 2008).

14. STSJC 004/08 del 17 de juliol de 2008.

15. STSJC 024/13 del 18 d'abril de 2013.

16. Vegeu la sentència del Tribunal Constitucional 2011-1-PI del 4 de juny de 2012.

17. Vegeu la STSJC 231/08 del 23 de desembre de 2008 i també la STSJC 030/13 del 28 de juny de 2013, aquesta darrera relativa al refús sistemàtic d'un treballador de signar els butlletins salarials.

sència, tot als efectes de neutralitzar la rescissió laboral. I aquest punt va ser fixat a l'emissió de la carta de comiat. Per tant, l'empresa no pot procedir a l'extinció del contracte laboral quan té "*perfecte coneixement del veritable estat de salut del seu empleat*" (STSJC 128/11 del 19 de juliol de 2011).

L'abús de confiança en les gestions encomanades (article 104.2) es pot definir com un mal ús, per part del treballador, de les facultats confiades amb risc o lesió pels interessos de l'empresa (STSJC 284/13 del 17 de desembre de 2013). La sanció disciplinària requereix "*una intenció d'ocasionar danys a l'empresa*" (STSJC 0082/11 del 30 de juny de 2011). Es troba en aquest cas, per exemple, la persona treballadora que divulga els estats financers d'una empresa. En un registre similar, actua igualment amb frau, l'assalariat que oculta l'alta administrativa acordada per la Caixa andorrana de seguretat social (STSJC 086/97 del 13 de novembre de 1997).

L'acció de causar danys als béns de l'empresa pot ser qualificada de falta molt greu (article 104.3), però, el principi de proporcionalitat exigeix que l'actuació sigui intencional o que sigui qüestió d'una imprudència inexcusable (STSJC 096/12 del 18 d'octubre de 2012).

Si el treballador comet un robatori o un furt (article 104.4), la persona treballador ha de causar un empobriments, mínimament significatiu, a l'empresa (STSJC 119/12 del 18 d'octubre de 2012). La proporcionalitat o la tolerància¹⁸ esdevenen, d'aquesta manera, un element decisiu per legitimar la decisió de l'empresa.

La falta molt greu de respecte i consideració a l'empresari de l'article 104.6 del codi és també motiu de comiat. La jurisprudència considera que els insults han de tenir una entitat suficient per impedir la continuació del contracte laboral i que ho són aquells que imputen un vici o una falta de moralitat que poden perjudicar considerablement la fama i el prestigi de la part ofesa. Per tant, esdevé contrari al principi de proporcionalitat que informa tot procediment sancionador, l'acomiadament disciplinari fonamentat en la rèplica següent, d'un assalariat a una persona delegada de l'empresa: "*si yo le doy un billete y usted no me devuelve todo el cambio, yo entiendo que me está chorizando 2 euros*" (sentència de la Batllia del 15 de desembre de 2005). Tampoc concorre aquesta falta molt greu quan les paraules ofensives del treballador constitueixen una resposta a una conducta prèvia hostil de l'empresari. El Tribunal constata aleshores que l'"*animus retorquendi*" del treballador deixa sense efecte l'"*animus iniuriandi*" que inspira la comissió de la falta de constant referència (STSJC 043/12 del 31 de maig de 2012). En darrer lloc, la STSJC 114/12 del 13 de setembre de 2012 recorda que les infraccions disciplinàries es tenen que connectar amb la relació de treball i no en altres motius de tipus personal, de manera que no hi ha falta, per regla general, quan aquesta es produeix fora de l'àmbit professional.

18. La tolerància constitueix un principi constitucional (article 1.2).

La disminució voluntària i contínua del rendiment laboral representa una altra falta molt greu (article 104.7). La doctrina de la Sala civil exigeix una actuació deliberada del treballador¹⁹, una certa prolongació en el temps de la conducta passiva i sobretot un factor de comparació, mínimament objectiu (STSJC 119/12 del 18 d'octubre de 2012). En aquest sentit, la jurisdicció civil distingeix la conducta dolosa de l'empleat, de la mera mala execució d'una tasca laboral, només castigable mitjançant la falta lleu de descurança en l'execució d'una feina de l'article 102.1 del codi.

La falta de l'article 104.10 es relaciona amb les mesures específiques facilitades per l'empresa per tal de protegir els treballadors i prevenir els riscos directament derivats de l'activitat pròpia a l'empresa. Per conseqüent, aquestes mesures específiques són distintes de les obligacions de prudència genèriques que s'imposen a tothom, treballadors o no, tal com posar el fre de mà d'un vehicle quan la situació ho exigeix (STSJC 96/12 del 18 d'octubre de 2012).

Per finalitzar aquesta relació de les faltes molt greus, escau interessar-se al darrer apartat (article 104.11)²⁰. La constitucionalitat d'aquest punt de la llei va donar lloc a una acció incidental d'inconstitucionalitat prop del Tribunal Constitucional. L'alt Tribunal va confirmar la seva conformitat a la Constitució²¹. Una volta validada la disposició legal, la STSJC 294/12 del 25 de febrer de 2013 va deduir que les tres faltes havien de ser comeses en situació de reincidència, és a dir, que la segona falta havia de ser comesa una vegada sancionada la primera i així mateix respecte de la tercera.

II. El desistiment o la dimissió de la persona treballadora.

El desistiment pot ser no causal (article 95) o causal (article 97).

El desistiment no causal ha de resultar "*d'una voluntat lliure, reflexionada i inequívoca*" i tenir per origen les "*conveniències personals*" de la persona treballadora i, en cap cas, les actuacions de l'empresa (STSJC 221/12 del 17 de desembre de 2012). En efecte, les renúncies dels treballadors, com ara les dimissions, mereixen una interpretació restrictiva segons les sentències del Tribunal Superior de la Mitra dels dies 20 d'abril de 1989 i 3 de juny de 1991.

19. La STSJC 165/11 del 29 de setembre del 2011 parla de "*l'expressa voluntat de perjudicar a l'empresa, en esguerrar intencionalment la ... feina*".

20. "*La comissió de tres faltes greus, encara que siguin de distinta naturalesa, sempre que es cometin dintre d'un període de sis mesos des de la primera i l'autor n'hagi estat sancionat*".

21. Vegeu la sentència 2011-1-PI del 4 de juny de 2012.

El desistiment causal consisteix en una acció rescissòria concedida al treballador que pretén evitar que un incompliment de l'empresari el situï en una posició forçada de dimissió (acomiadament disfressat) i sense obtenir la indemnització corresponent al comiat.

La dimissió del treballador deriva per tant d'un incompliment contractual greu de l'empresari, sense que s'exigeixi necessàriament la demostració d'una actitud culpable per part de l'empresari.

La persona treballadora pot rescindir unilateralment i sense preavís el contracte de treball, sigui quina sigui la seva modalitat, en els supòsits següents:

Incompliment greu, o lleu però reiterat, per part de l'empresa de les mesures de seguretat i salut en el treball²² (article 97.1.a). Això pot consistir en fer treballar una persona dins un despatx amb una temperatura situada entre els 12º i els 14º (STSJC 091/06 del 28 de setembre de 2006).

L'exigència de treball diferent de l'estipulat (article 97.1.b). Aquesta situació succeeix, per exemple, quan: una persona, contractada inicialment com a cambrera de bar i restaurant, és destinada ulteriorment a tasques de manteniment i de neteja d'apartaments²³ (STSJC 142/07 del 18 d'octubre de 2007); un administratiu queda afectat a tasques de paleta (STSJC 162/06 del 16 de novembre de 2006) o un encarregat a executar tasques d'empleat (STSJ 123/01 del 24 de gener de 2002). Ara bé, la jurisprudència ha indicat que si l'assalariat accepta lliurement el canvi, es produeix una novació contractual per mutu acord de les parts (STSJC 287/10 del 27 de gener de 2011), de manera que no pot qüestionar-la ulteriorment.

La falta o els retards injustificats i reiterats en el pagament del salari (article 97.1.c). Un motiu habitual de defensa de l'empresari consisteix en al·legar la força major, especialment la manca de liquidesa derivada de la crisi econòmica. Aquesta excusa ha estat sistemàticament descartada per la jurisprudència²⁴, entenent que les dificultats econòmiques al·legades no són oposables als treballadors. I que l'ordenament jurídic andorrà posa a disposició dels empresaris altres remeis, diferents del pagament extemporani dels salaris, per acabar amb les crisis de tresoreria, com ara la suspensió de pagaments o la fallida, la reducció dels costos de l'empresa, la venda d'actius, la utilització de les reserves, la contractació de noves línies de crèdit, el comiat per motius econòmics...

L'entitat del incompliment es valora en funció de la quantitat del salari degut i del temps de retard, segons aconsella, una vegada més, el principi de proporcionalitat.

22. La prova recau en la persona treballadora (STSJC 107/09 del 29 d'octubre de 2009).

23. Hi ha també un cas similar, en què una recepcionista va ser assignada a tasques de cambrera d'habitacions (STSJC 194/13 del 29 d'octubre de 2013).

24. Vegeu les STSJC 208/12 del 17 de desembre de 2012; 206/12 del 29 de gener de 2013; 227/12 del 29 de gener de 2013; 85/13 del 18 de juliol de 2013 i 163/13 del 19 de setembre de 2013.

La manca d'afiliació de la persona treballadora a la Caixa Andorrana de Seguretat Social o el falsejament per part de l'empresa de les declaracions corresponents (article 97.1.d). El falsejament suposa una actuació voluntària per part de l'empresari, o una actuació involuntària però inexcusable, com una vulneració clara i continua de la legislació vigent, cosa que exclou l'error involuntari i esporàdic (STSJC 134/10 del 22 de juliol de 2010).

L'incompliment greu del contracte per part de l'empresa (article 97.1.e). El manament ha d'afectar un aspecte essencial del contracte i, per tant, rellevant, en el sentit que frustra les legítimes aspiracions o expectatives del treballador, com ara la modificació del lloc de treball, de la jornada de treball, del salari o la causació d'un perjudici efectiu i greu a la seva classe de treball²⁵ (retrogradació...). Convé recordar aquí la STSJC 26/13 del 18 de juliol de 2013 que distingeix la modificació del contracte de treball i la variació de les condicions de treball: "... *el canvi de treball o, millor dit, de les **funcions de l'assariat**, només constitueix una modificació del contracte laboral quan l'empresa destina la persona interessada a **una tasca que no correspon a la seva qualificació professional**. I aquesta alteració d'un element essencial del contracte, requereix, és clar, l'acord del treballador. Per contra, l'empresa pot dur a terme els canvis que estima oportuns, de conformitat amb el seu poder de direcció i d'organització (article 75), si respecta l'esmentada qualificació. En suma, escau distingir els canvis en el contracte de treball i en les condicions laborals, essent només imperatiu l'acord de l'empleat en el primer supòsit*". En aquell cas, es va considerar que la modificació de les condicions de treball, consistent en assignar a un xofer la tasca de transportar mercaderia dins el Principat, enlloc de fer-ho entre Andorra i Barcelona, constituïa una prerrogativa de l'empresari i, per conseqüent, no representava cap incompliment contractual.

El perjudici dolós o per imprudència greu ocasionat per l'empresa o els seus representants a la persona treballadora (article 97.1.f). Això pot tenir lloc quan l'empresa no cotitza a la Caixa Andorrana de Seguretat Social la totalitat del salari durant més de 30 anys (STSJC 322/09 del 29 d'abril de 2010). Per contra, si aquestes mancances són ocasionals i d'un import limitat, el supòsit de desistiment no opera (STSJC 134/10 del 29 d'abril de 2010).

No donar ocupació efectiva a la persona treballadora (article 97.1.g). Prohibir a un treballador reincorporar-se al seu lloc de treball sense motiu justificat, equival a un acomiadament disfressat (STSJC 278/11 del 20 de desembre de 2011). El mateix succeeix quan l'empresa comunica a uns treballadors que no els hi pot encomanar cap treball en concret i que no cal que tornin a presentar-se a la feina (STSJC 88/12 del 29 de juny de 2012).

25. La STSJC 168/13 del 31 de juliol de 2013 analitza la diferència entre la classe i la categoria professional.

Els tractaments vexatoris o que ofenguin la dignitat d'una persona treballadora (article 97.1.h). Aquesta situació es dona quan l'empresari prohibeix a un assalariat de prendre cafè i de parlar amb els altres companys de feina (STSJC 359/07 del 27 de març de 2008).

III. La nul·litat del comiat.

La llei sanciona amb la declaració de nul·litat les actuacions de l'empresari que suposen la violació d'un dret constitucional, ja siguin determinats comiats, ja siguin clàusules contractuals discriminatòries o abusives²⁶. La prohibició de la discriminació troba els seus fonaments tant a nivell de la Constitució (article 6.1²⁷), com de la Convenció per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals (article 1.1 del Protocol núm. 12²⁸). La conseqüència de la declaració de nul·litat acostuma a passar, com a mínim, per la reintegració del treballador acomiadat i el pagament dels salaris no percebuts.

Hi ha poca jurisprudència al país en la matèria. Cal destacar la doctrina que informa el principi de garantia d'indemnitat. Aquest es fonamenta en la protecció de l'exercici de drets fonamentals. Aquesta garantia, aplicada al dret laboral, impossibilita que l'empresari adopti mesures perjudicials contra el treballador a resultes de l'exercici del dret a la jurisdicció, per exemple després que aquest hagi impugnat un acomiadament, una sanció disciplinària o la modificació de les condicions laborals. Així, hi ha presumpció de conculcació del dret fonamental a la jurisdicció quan el comiat es produeix poc temps després de l'exercici d'aquest mateix dret. La nul·litat del comiat procedeix quan l'empresa no demostra que la seva decisió era legítima i no constituïa cap mena de represàlia per raó de la defensa dels drets laborals de la persona treballadora.

Per acabar, cal esmentar que la doctrina admet fins i tot, fonamentant-se en el principi d'igualtat, la nul·litat d'una sanció imposada únicament a un sol treballador, sense fer-la extensiva a altres treballadors que es trobaven dins la mateixa situació.

A títol de conclusió, es pot afirmar que la protecció de la persona acomiadada o d'aquella que desisteix justificadament del contracte laboral resta envoltada d'unes garanties formals i de fons suficients. El dret laboral andorrà i la seva aplicació per

26. La STSJC 221/12 del 17 de desembre de 2012 ha reconegut un altre cas de nul·litat, tractant-se del desistiment d'una treballadora per vici del consentiment.

27. "Totes les persones són iguals davant la llei. Ningú no pot ésser discriminat per raó de naixement, raça, sexe, origen, religió, opinió, o qualsevol altra condició personal o social".

28. "El gaudi de tot dret establert per la llei ha de ser assegurat, sense cap discriminació, basada en particular sobre el sexe, la raça, el color, la llengua, la religió, les opinions polítiques o qualsevol altra opinió, l'origen nacional o social, la pertinença a una minoria nacional, la fortuna, el naixement o qualsevol altra situació".

part dels Tribunals andorrans són homologables amb els sistemes dels països del nostre entorn. En tot cas, la limitada regulació de la matèria es veu compensada pel recurs que fa la jurisdicció civil als principis superiors que governen la protecció de les persones treballadores i que trobem a la Constitució i en els tractats internacionals a vocació social.

Consciència i responsabilitat penal

Yves Picod

Magistrat de la sala penal del Tribunal Superior de Justícia

“No sé el que és la consciència d’un canalla, però conec la d’un home honest, i és horrible”, escrivia el comte Joseph de Maistre. És veritat que pensar en la consciència d’una persona penalment responsable que no és forçosament un canalla o un home honest fa una impressió de vertigen.

D’un costat, el dret penal té una concepció reduïda de la consciència, deformada per les teories del dret comú: es tracta de la consciència psicològica. La consciència moral, diferent de la consciència psicològica, interessa més la criminologia que el dret penal. No importa el mòbil determinant del delictes: passió, interès financer... Per això, les conviccions, els deures morals no poden influir en la responsabilitat; el penediment tampoc. Això no significa que el jutge no hagi de prendre mai en consideració la consciència moral a través del mòbil o del penediment aparent en el moment d’apreciar la pena: però la responsabilitat penal condueix a la qüestió de la imputabilitat, la qual està relacionada amb la consciència psicològica.

Amb tal concepció, és difícil distingir la consciència de la voluntat. Malgrat tot, les dues nocions no són idèntiques. És possible tenir consciència sense voluntat: en efecte, la voluntat manifesta una consciència en acció, una determinació a actuar o a abstenir-se’n. Es pot tenir la consciència de cometre una imprudència, sense voler cap resultat.

D’altra banda, la qüestió de la responsabilitat penal queda absorbida per la qüestió de la culpa i del dol. En efecte, la consciència es manifesta a través dels elements intel·lectuals del delictes. La doctrina alemanya parla de “representació” de l’acte. A França, Merle i Vitu parlen de “consciència infraccional”, és a dir, el coneixement de tots els elements constitutius de la infracció.

No obstant això, aquesta representació mental suposa una aptitud mínima, condició de la imputabilitat moral. És la capacitat de voler i de comprendre: el dret és aplicable únicament quan existeix la dita capacitat intel·lectual que permet l’efectivitat de la representació mental i, a través d’ella, a la voluntat d’expressar-se.

En conseqüència, la consciència psicològica es presenta en dos nivells que mereixen un estudi aprofundit: al nivell superior, el coneixement, la representació mental, és a dir, la *cum scientia*. Al nivell inferior, la capacitat de discernir i de comprendre. Estudiarem, doncs, com es combina la responsabilitat penal amb els dos aspectes de la consciència: la representació mental (I) i l’aptitud mental (II).

I. Responsabilitat penal i representació mental.

La consciència de la infracció suposa dos elements distintius: la consciència de l’element material, és a dir, del fet, però també la consciència de l’element de dret, és a dir, de la qualificació legal.

A. La representació mental del dret

De la mateixa manera que els drets alemany, francès i espanyol, el codi andorrà pren en consideració l'error de dret. No obstant això, com demostra la jurisprudència andorrana, és difícil que es produeixi aquesta condició d'invencibilitat, exigida per aquests drets. Per això, el dret andorrà pren parcialment en consideració l'error vencible per desqualificar la infracció o per reduir la pena de manera qualificada, en aplicació de l'article 54 del Codi penal.

En efecte, segons l'article 14 del Codi penal, "l'error invencible sobre un element integrant de la infracció penal exclou la responsabilitat penal". Però precisa que "si l'error, ateses les circumstàncies del fet i les personals de l'autor, és vencible, la infracció ha de ser castigada [...] com a imprudent". Pertany a la jurisprudència definir, doncs, aquestes categories: error invencible i sobretot vencible, és a dir, error d'una persona raonable. Deixa oberta una certa ambigüitat i, per tant, una inevitable arbitrietat en l'apreciació...

La càrrega de la prova la suporta lògicament l'infractor: ha de demostrar que no va ser conscient del dret aplicable, precisant els elements que el van induir a cometre un error. El jutge apreciarà i qualificarà l'error per atribuir-li les conseqüències adequades: error vencible, invencible o al contrari, error inadmissible.

Entra la llei en contradicció amb l'adagi *Nemo censatur ignorare legem*. Però tothom sap que aquesta presumpció irrefragable del coneixement de la llei és una ficció legal, la gent ignora les normes de dret, menys les que provenen del dret natural (furt, estafa, homicidi...). En realitat, l'adagi és la contrapartida del principi *Nullum crimen sine lege*. Preserva la cohesió del sistema social.

No obstant això, França, de manera més pertinent, pren en consideració "l'error legítim", cosa que correspon a una categoria més àmplia i més moderna. Per exemple, el que comet una infracció de natura tècnica (construcció, urbanisme, duana, impostos...) després d'obtenir informacions precises de les autoritats competents, pot al·legar la seva bona fe: no podia saber més que l'Administració que el va informar. Doncs, l'error és legítim, és a dir, excusable per l'actitud de l'infractor. En canvi, les variacions de la jurisprudència no legitimen l'error, segons el tribunal de cassació. Però no queda tampoc gaire clar el criteri d'apreciació: *in abstracto* ("le bon père de famille") o *in concreto* (segons la professió, l'edat dels errants...) ... En aquest aspecte, el dret andorrà precisa el criteri quant a l'error vencible: "ateses les circumstàncies del fet i les personals de l'autor", cosa que afavoreix una apreciació concreta de la representació mental del dret...

B. La representació mental del fet

A diferència de l'error de dret, l'error de fet es refereix a unes circumstàncies de la infracció, fet que dona a la consciència de l'autor del delictes un paper important.

En efecte, la falsa representació del fet pot transformar un delictes major en delictes menor o esborrar les circumstàncies agreujants de la infracció o bé fer desaparèixer la culpabilitat. Per exemple, si l'autor d'un furt estava convençut en el moment de l'acció que l'objecte li pertanyia, no hi ha dol. De la mateixa manera, en cas de violació d'una persona, si es demostra que l'autor pensava realment que la víctima estava d'acord a tenir relacions sexuals amb ell, desapareix l'element moral. En fi, si el violador ignorava la malaltia o la incapacitat de la víctima, no es pot aplicar l'agreujant de l'article 146 del Codi penal que protegeix les víctimes vulnerables. L'absència de representació de la realitat afavoreix l'autor dels fets.

Però cal diferenciar dues situacions distintes: l'hostilitat conscient, per una part, i la indiferència conscient, per altra part.

1. L'hostilitat conscient

La consciència és al centre de la infracció intencional perquè manifesta una hostilitat als valors morals a diferents nivells. El dol suposa el coneixement i la voluntat de realitzar l'acte prohibit: *sciens* i *volens*. Però es manifesta a través de la visió d'un resultat jurídic o material.

A vegades, en l'agent es representa el resultat com a possible: és la teoria del dol indeterminat, es castiga la consciència de la possibilitat d'arribar a un resultat. A diferència del dol eventual, existeix la voluntat d'obtenir un resultat. Per exemple, l'article 116 del Codi penal castiga aquestes conseqüències de les lesions: malaltia somàtica o psíquica greu, impotència, esterilitat, pèrdua o inutilitat d'un òrgan, designant-les com a lesions qualificades. L'agressor té la voluntat de causar un perjudici a la víctima, sense voler un resultat precís. La importància de la pena augmentarà si aquest resultat apareix com conseqüència de l'agressió.

Altres vegades, la consciència es manifesta de manera no intuïtiva o espontània, però després d'una meditació anterior al fet punible. És la premeditació, voluntat determinada anterior a la infracció. La consciència reflexa es forma abans de l'acció, cosa que agreuja la qualificació dels fets, i en conseqüència, la pena: l'article 221-3 del Codi penal francès qualifica l'homicidi d'assassinat en cas de premeditació. No obstant això, la concepció andorrana de l'assassinat és distinta, a través de la influència espanyola: pren en consideració circumstàncies tals com la crueltat, la traïdoria, la preparació d'un altre delictes... Però la infracció de genocidi de l'article 456 suposa, per exemple, "un pla preconcebut" que tendeix a la destrucció d'un grup nacional ètic o religiós...

2. La indiferència conscient

La imprudència suposa un acte de voluntat conscient i deliberat, és a dir, una indiferència conscient als valors sense voler provocar un dany. El que respecta la velocitat indicada a la carretera o un estop i provoca un accident mortal comet un homicidi

involuntari. És a dir, que el dret sanciona el resultat prenent en consideració la indiferència conscient a les normes socials. No obstant això, aquesta consciència es manifesta sense voluntat de provocar lesions o la mort d'un tercer.

Es parla de dol eventual quan l'autor representa com a probables les conseqüències antijurídiques de la seva actuació i, malgrat això, les assumeix. A França, la figura més exemplar introduïda amb la reforma del Codi penal és "*la mise en danger d'autrui*" de l'article 121-3: és el fet, per exemple, de conduir voluntàriament per l'autopista en sentit contrari. El resultat eventual se situa en els graus de la consciència, no en la voluntat d'obtenir un resultat de mort o de ferides dels tercers. Però estem a la vora de la intenció: el comportament caracteritza una indiferència conscient de l'autor. Per això, les doctrines alemanya, italiana i espanyola distingeixen el dol eventual de la "culpa conscient".

Una figura intermediària entre el dol eventual i el dol indeterminat existeix a través la figura de la infracció *praeter intencional*. És el cas de l'agent que provoca un incendi voluntàriament: les penes varien segons les conseqüències del comportament il·lícit. El que provoca un incendi forestal no pot avaluar-ne les conseqüències exactes, però: sap que aquest incendi tindrà un resultat, sense voler a vegades aquest resultat; per exemple l'alteració significativa de les condicions de vida animal o vegetal (article 300 del Codi penal). No era conscient de provocar la destrucció de la vida animal o vegetal quan actuava.

Però tota representació mental suposa una mínima aptitud mental de l'agent...

II Responsabilitat penal i aptitud mental.

L'aptitud mental, és a dir, la capacitat de comprendre de l'agent està lligada al problema de la imputabilitat subjectiva o moral, en oposició a la imputabilitat objectiva o material que la relaciona a la infracció de l'autor del delictes. És "la projecció en l'element moral de la infracció d'una ètica de llibertat i de discerniment", segons la fórmula d'Yves Mayaud.

És necessari que l'agent tingui en el moment d'acomplir el fet il·lícit la facultat de comprendre o de mesurar l'abast del seu comportament. Per això es necessita una consciència a la vegada lúcida però també desperta.

A. Una consciència lúcida

Segons l'article 27 del Codi penal, l'absència de consciència lúcida constitueix una circumstància excloent de responsabilitat penal. En efecte, "cometre la infracció penal no podent comprendre la il·licitud del fet, o actuar d'acord amb aquesta comprensió, per raó de qualsevol anomalia o alteració mental" és una causa d'excepció

de responsabilitat. Això significa que l'abolició del discerniment condueix a un lliurament de poders entre el jutge i el metge.

L'alienació mental ha de ser contemporània a l'acció il·lícita i ha d'exercir un paper causal per fer desaparèixer la responsabilitat penal, malgrat que la responsabilitat civil subsisteix. És la conseqüència d'una malaltia psíquica o neuropsíquica o bé d'una situació congènita (l'article 27 preveu expressament el fet de sofrir alteracions des de la infància que impedeixin comprendre la il·licitud del fet), la qual suprimeix el discerniment de l'agent.

Cal remarcar la sentència del Tribunal de Corts del 30 de març de 1976 que afirmava "que ha concorregut la causa d'inimputabilitat penal de sofrir plena perturbació de les facultats mentals del processat en el moment de perpetrar l'acció delictiva i que impedia conèixer l'antijuridicitat de la mateixa perquè, de la declaració dels fets provats dels quals és precís partir per tal d'arribar a la més justa i encertada comprensió i valoració jurídica, consten afirmacions relatives a la seva personalitat que constitueixen elements bàsics de judici en ordre al grau de la seva imputabilitat, car apareix asseverat que estava dotat d'un temperament excitable, amb crisis emotives i agitades, i d'un caràcter impulsiu, violent i agressiu, socialment perillós a l'ensem que mancat d'una sòlida capacitat de resistència i enèrgica defensa d'ordre moral, dèficits d'intel·ligència".

El mateix article 27 afegeix que "si es tracta d'un trastorn mental transitori, aquest trastorn no exclou la responsabilitat quan hagi estat provocat pel subjecte amb la intenció de cometre la infracció penal o n'hagi previst o hagut de preveure la comissió".

A diferència de l'alienació mental, el trastorn mental transitori es manifesta durant un espai curt. La característica és la brevetat de la seva duració i la presència d'una base patològica. Suposa una situació de pèrdua de consciència que s'esgota ràpidament amb retorn a la normalitat.

La il·lustració típica, malgrat que no sigui freqüent, és el somnambulisme. Esmen-tarem també l'absorció involuntària de substàncies tòxiques o la crisi d'epilèpsia. Però la situació mencionada per l'article 27 concerneix l'agent que està en situació d'embriaguesa o sota els efectes de drogues il·lícites provocada pel mateix subjecte.

En aquest últim cas, no hi ha exclusió de responsabilitat penal: és l'aplicació de l'adagi *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Això significa que ningú pot utilitzar la seva pròpia indignitat per fugir de la seva responsabilitat. Per conseqüència, l'absència de consciència lúcida transitòria ha de ser causada per una circumstància exterior, incontrolada per l'agent.

Quan no hi concorrin tots els requisits de l'article 27, l'alienació pot atenuar de manera qualificada la responsabilitat, precisa l'article 28 del Codi penal, de la mateixa manera que l'error vencible (article 54).

B. Una consciència desperta

“Tota infracció, malgrat que sigui intencional, suposa que el seu autor hagi actuat amb intel·ligència i voluntat”, afirma la famosa sentència francesa Laboube de la sala penal del Tribunal de Cassació francès. Aquesta sentència introdueix una causa d’irresponsabilitat penal aprofitant els menors que no tenen capacitat de discerniment. En aquest cas, es tractava d’un menor de sis anys al qual el jutge volia aplicar mesures educatives després d’haver comès un fet penalment il·lícit. És a dir, que dintre de la categoria dels menors existeix *l’infans*, al qual és impossible aplicar una sanció, malgrat que fos purament educativa. En efecte, des de l’emperador Justinià, existeix una edat mínima (al voltant de set anys) per permetre a la consciència d’expressar-se.

En aquest sentit, l’article 27 del Codi penal andorrà exclou la responsabilitat penal del que comet una infracció sense poder comprendre la il·licitud del fet.

D’altra banda, l’article 3 de la Llei de qualificació de menors distingeix quant a la imputabilitat entre els menors de 12 anys i els altres, i fixa d’aquesta manera un criteri rígid, però objectiu. Declara que el menor de 12 anys és inimputable, i precisa que les accions en reclamació de danys i perjudicis derivats d’una infracció penal comesa per un menor de 12 anys han de ser resoltes davant la jurisdicció civil ordinària. L’article 51 de la mateixa Llei confirma que civilment els menors són responsables pels danys derivats dels fets, i que els pares o tutors en responen subsidiàriament. L’article 95 del Codi penal precisa que l’exclusió de responsabilitat penal no impedeix la responsabilitat civil: la finalitat d’aquesta última és la reparació del dany sofert o la seva prevenció, no la repressió del fet.

La consciència del fet és indiferent al dret civil, el qual privilegia la protecció del perjudicat, sabent que l’inconscient té responsables subsidiaris i que, moltes vegades, està assegurat contra els danys provocats.

D’altra banda, els menors de 21 anys es beneficien d’una reducció qualificada, per aplicació de l’article 54 del codi penal.

En conclusió, constatem que el jutge penal, a diferència del jutge civil, queda exclòs del món dels inconscients. Existeix en realitat una protecció de l’inconscient contra la intromissió del jutge repressiu, com si la responsabilitat penal, a falta de ser el dret de les consciències (reservada al tribunal intern de cadascú), fos el dret dels conscients...

El procediment urgent i preferent

Josep Maria Pijuan Canadell
President del Tribunal de Corts

L'Ordenament jurídic del Principat ofereix una molt àmplia protecció dels drets i llibertats fonamentals reconeguts a la Constitució establint, en primer lloc, la vinculació directa dels poders públics, entre els quals es troba òbviament el Poder Judicial, a aquests drets i llibertats. Així ho disposa l'article 39 de la Constitució, "Els drets i llibertats reconeguts en els capítols III i IV del present Títol vinculen immediatament els poders públics a títol de dret directament aplicable", i així també ho mana la Llei qualificada de la Justícia, en el primer incís del seu article 6, "Els drets i llibertats reconeguts en els Capítols III i IV del Títol II de la Constitució vinculen immediatament tots els jutges i tribunals a títol de dret directament aplicable". Aquesta vinculació directa opera en tots tipus de procediments judicials i davant de qualsevulla jurisdicció.

Altrament, a l'Ordenament jurídic s'articulen uns procediments quin objecte específic és la tutela jurisdiccional dels drets i llibertats fonamentals: a) el procediment urgent i preferent (art. 41.1 de la Constitució i arts. 15 a 18 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials); b) l'incident de nul·litat d'actuacions (art. 18 bis de la Llei Transitòria de Procediments Judicials); c) el recurs d'empara (art. 41.2 de la Constitució); i, d) procediment de *Habeas Corpus*, que té per objecte específic el control de la legalitat de la detenció (art. 9.3 de la Constitució i arts. 5 a 14 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials).

A banda del recurs d'empara, quina competència és del Tribunal Constitucional, els altres són competència de la jurisdicció ordinària i tenen àmbits competencials propis. Mentre el procediment urgent i preferent és un medi de tutela dels drets i llibertats reconeguts en els capítols III i IV del Títol II de la Constitució, l'incident de nul·litat d'actuacions té un àmbit competencial limitat a la protecció del dret fonamental a la jurisdicció de l'article 10.1 de la Constitució. Així ho té abastament declarat la jurisprudència dient que en el marc de la protecció dels drets fonamentals cal fer la distinció entre dos procediments diferents, un que és aplicable en el cas de la vulneració del dret fonamental a la jurisdicció, i altre que és aplicable quan s'invoca una lesió de qualsevol altre dels drets fonamentals recollits en els Capítols III i IV del Títol II de la Constitució, i que quan s'invoca la vulneració del dret fonamental a la jurisdicció de l'article 10 de la Constitució, la via processal que cal seguir és la que preveuen els articles 18 bis de la Llei transitòria de procediments judicials i 94 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, en la redacció que li va donar la Llei qualificada de 22 d'abril de 1999, mentre que en el cas d'una hipotètica vulneració d'algun altre dels drets fonamentals recollits en els Capítols III i IV del Títol II de la Constitució, s'ha d'utilitzar el procediment previst en l'article 41.1 de la Constitució, que desenvolupen els articles 15 a 18 de la Llei transitòria de procediments judicials, i que constitueix la via prèvia al recurs general d'empara dels articles 85 a 92 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional. En aquest sentit s'han pronunciat el Tribunal Constitucional en Autes de 2 de juliol del 1999 (Causa 99-1-RE), 13 de juliol del 2001 (Causa 2001-13 i 18-RE) i 12 de novembre del 2003 (Causa 2003-13-RE), la

Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia en Sentències de 1 de febrer del 2000 (Procediment Especial 99/1), 19 d'abril del 2001 (PSA-02/2001) i 30 de gener de 2007 (PSA-01/06), així com la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia en Sentències de 21 de juny del 2007 (Rotlles 13/07 i 14/07), 10 d'abril del 2008 (Rotlle 35/07), 18 de desembre del 2008 (Rotlle 33/08), 23 d'octubre del 2009 (Rotlle 27/09), 28 de gener del 2010 (Rotlle 56/09) i 15 de juliol del 2013 (Rotlle 13/13).

Naturalesa del procediment.

Es tracta d'un procediment especial, o excepcional, com ja digué la Sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia de data 10 de desembre del 2004 (Rotlle 25/04), "és un procés de tutela constitucional que a més a més de ser "urgent" i "preferent" s'ha de considerar "excepcional" per a ser utilitzat com a ultima ratio solament quan per al restabliment dels drets constitucionals vulnerats no existeixi un procediment jurisdiccional ordinari i idoni per a aquella finalitat". Les notes que el distingeixen, d'acord amb la jurisprudència, són:

1. Especialitat. És un procediment de coneixement limitat, doncs el seu àmbit propi i exclusiu és la protecció dels drets i llibertats fonamentals reconeguts en la Constitució, però no pas tots, no essent un recurs legal per reaccionar contra la violació de qualsevol dret, fins i tot si té relleu constitucional. Així, no és el procediment adequat per restablir una presumpta vulneració del dret fonamental a la jurisdicció i al procés degut de l'article 10 de la Constitució, ni per tractar d'impugnar sentències o resolucions judicials amb força de cosa jutjada, és a dir, resolucions fermes.

No és un procediment pròpiament penal, ni pertany a la jurisdicció penal. I el procediment es pot fer valer quan la presumpta vulneració del dret fonamental es produeix tant per causa de l'actuació d'un poder públic com d'un particular.

I encara que constitueix un recurs d'empara ordinari, també qualificat com a general per a distingir-lo del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional, doncs està establert amb caràcter general per protegir els drets i llibertats reconeguts en els capítols III i IV de la Constitució, el procediment urgent i preferent queda exclòs quan la presumpta vulneració del dret fonamental s'ha produït en el marc del procediment d'elaboració i aprovació d'una llei. És a dir, no es permès per a impugnar la constitucionalitat d'una llei, doncs la competència per resoldre sobre la constitucionalitat d'un text legislatiu és exclusiva del Tribunal Constitucional.

2. Subsidiarietat. No és aplicable quan s'al·lega la violació de drets fonamentals en el marc d'un procés judicial, doncs en aquest cas la presumpta vulneració ha de corregir-se en el marc del propi procés, utilitzant tots els recursos que procedeixin respecte de la resolució dictada, i sols després d'haver esgotat aquests recursos, es podrà acudir al procediment urgent i preferent. El procediment urgent i preferent

és previst sols per quan no existeixi un procediment jurisdiccional ordinari i idoni per al restabliment dels drets fonamentals vulnerats. I no és una mena de segona o ulterior instància.

També, i per raó d'aquesta nota de l'especialitat, és un procediment subsidiari respecte del procediment penal, és a dir, és un procediment per a la declaració, i en el seu cas la reparació, d'una hipotètica vulneració d'algun dels drets fonamentals, sempre i quan aquesta vulneració no revesteixi indicis de delictes doncs, altrament, el que cal és acudir al procediment penal per tal d'esbrinar si s'ha produït la vulneració del dret fonamental i la identificació de qui n'ha estat autor a la fi de determinar si ha incorregut en responsabilitat criminal, imposar-li la pena que s'escaigui i acordar les mesures adients en ordre a la reparació dels perjudicis causat al titular del dret fonamental que ha estat vulnerat, en definitiva, la víctima o perjudicat pel delictes. Entenc, doncs, que el procediment urgent i preferent hauria de quedar reservat pels casos en que la hipotètica vulneració del dret fonamental no integri una infracció criminal. Sobre aquesta qüestió tornaré més endavant, en tractar dels efectes i els problemes que pot plantejar, i efectivament planteja, la interferència del procediment urgent i preferent en un procés penal incoat arran de la mateixa vulneració del dret fonamental.

3. Preferència. Com el seu propi nom indica, és un procediment de tramitació preferent i urgent. La llei estableix un termini breu per a la seva resolució, ja que en la fase de primera instància no pot superar els trenta dies (article 15 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials) i en la segona instància el termini per a la resolució és d'un mes (article 16 de l'esmentada Llei). Aquesta nota de la urgència també resulta de la dispensa per llei de la necessitat de prèvia conciliació o de recurs administratiu previ, ni d'alçada, ni de reposició (article 18 de la mateixa Llei).

4. És un procés ordinari. El propi article 41.1 de la Constitució atribueix genèricament la competència als tribunals ordinaris, i la Llei Transitòria de Procediments Judicials la concreta atribuint al Batlle de Guàrdia la competència per resoldre en la primera instància, i en segona instància a la Sala del Tribunal Superior de Justícia que el President del tribunal designi en funció dels drets fonamentals invocats (article 16 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials). En conseqüència, no hi ha raó per excloure la possibilitat de plantejar, en el marc d'un procediment urgent i preferent, una qüestió incidental d'inconstitucionalitat, doncs aquesta qüestió es pot plantejar en tot tipus de processos judicials. I, és un procés de doble instància, com la generalitat dels processos judicials, salvades comptades excepcions.

Tramitació.

La regulació del procediment urgent i preferent és veritablement molt concisa. L'article 41.1 es limita a dir que el procediment se substanciarà, en qualsevol cas, en dues

instàncies, el que reitera l'article 6 de la Llei qualificada de la Justícia. I la regulació que conté la Llei Transitòria de Procediments Judicials, en els seus articles 15 a 18, no és gaire precisa doncs, a banda d'establir els terminis de durada del procediment en la primera i segona instància, es limita a dir que un cop formulada la demanda, que inclús pot ser verbal, el Batlle de Guàrdia convocarà les parts implicades i després d'escoltar-les i practicar les proves proposades i les decidides d'ofici, resoldrà. I, pel que fa al tràmit a la segona instància, es limita a dir que la Sala del Tribunal Superior de Justícia que hagi estat designada pel President, un cop oïdes les parts i, en el seu cas, practicades les proves, resoldrà en un termini d'un mes.

Cal entendre que la legitimació activa li correspon al titular del dret fonamental presumptament vulnerat, i la legitimació passiva a qui sigui imputada la vulneració. La intervenció del Ministeri Fiscal està expressament prevista en l'article 3.11 de la Llei del Ministeri Fiscal de 12 de desembre de 1996.

A diferència del procediment de *Habeas corpus*, en el que s'admet la possibilitat de la no admissió *ad limine* de la demanda (article 11 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials) en el procediment urgent i preferent no és permesa la decisió de la no admissió a tràmit de la demanda sinó que, un cop formulada la demanda, el Batlle de Guàrdia té l'obligació de convocar a les parts implicades, escoltar-les, practicar les proves proposades i les que siguin d'ofici i, finalment, resoldre ("convocarà les parts implicades i després d'escoltar-les i practicar les proves proposades i les decidides d'ofici resoldrà en el termini de cinc dies", diu l'article 15 de la Llei Transitòria). Així, es pot concloure que, un cop formulada la demanda, s'han de convocar i escoltar a les parts implicades, concedir un termini per a la proposició i, en el seu cas, la pràctica de les proves proposades per les parts i admeses, així com les que el Batlle decideixi practicar d'ofici. Tot i tractar-se d'un procediment excepcional i del seu caràcter d'urgent i preferent, sotmès a un termini breu, no per això no deixa de ser un procediment contradictori i, per tant, amb les fases que li són pròpies, una fase al·legacions, una de prova i una decisòria. Encara que la Llei Transitòria de Procediments Judicials no distingeix ni estableix un termini determinat per cadascuna de dites fases, sinó tant sols de la fase decisòria, cinc dies, atès que el termini màxim per a tot el procediment és el d'un mes, s'hauran d'encabir dintre de dit termini màxim les tres fases del procediment. Així, un cop admesa la demanda i acomplert el trasllat de la mateixa al Ministeri Fiscal i a qui es consideri part implicada en el procediment, el Batlle haurà de proveir un termini per a la proposició i pràctica de la prova i, un cop practicades les proves, el Batlle haurà de resoldre per aute dins del termini de cinc dies.

Pel que fa al procediment en la segona instància, el tràmit del recurs s'ajustarà a l'establert pel recurs d'apel·lació davant de la mateixa Sala. En el cas de la sala Penal, el tràmit és l'establert en els articles 199 i següents del Codi de Procediment Penal pel recurs d'apel·lació contra les resolucions dictades en primera instància pel

Tribunal de Corts, que comprèn l'admissió del recurs, trasllat de l'escrit del recurs al Ministeri Fiscal i a les altres parts, vista oral i sentència. La possibilitat de la pràctica de prova en la segona instància està expressament admesa en article 16 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials, essent aplicable el mateix règim previst en l'article 201 del Codi de Procediment Penal per a la pràctica de la prova en la segona instància.

Efectes.

La tutela dels drets i llibertats fonamentals comporta, necessàriament, la exigència de que el Batlle, i el Tribunal en el cas de recurs d'apel·lació, es qüestionin si hi ha hagut la vulneració del dret fonamental que el demandant denuncia i, en el seu cas, declarar l'existència de la vulneració doncs és evident que la declaració de la vulneració és un pas previ i necessari i ineludible per acordar la cessació de la vulneració, prenent les mesures escaients a tal efecte. I aquesta declaració també ha de fer-se en el cas de que la vulneració, havent-se produït, ja hagués cessat doncs el fet de que la vulneració hagi cessat no exonera al Batlle o Tribunal del deure de comprovar si s'ha produït la vulneració del dret fonamental i, en el cas de que així ho apreciï, declarar-ho.

Així, davant d'una demanda formulada a l'empara de l'article 15 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials el Batlle, o en el cas de recurs d'apel·lació el Tribunal, no pot eximir-se de declarar de manera clara i terminant si hi ha hagut vulneració del dret fonamental, cas en el que també ha de fer cessar la situació il·lícita, si encara perdura, o bé que no hi ha hagut la vulneració denunciada, doncs quan l'article 15 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials parla de "en cas de lesió", és evident que es refereix a vulneració del dret fonamental, ja que en aquest cas hi ha sinònimia entre els conceptes "lesió" i "vulneració". Així ho imposa el principi de *non liquet*, que resulta de l'article 9.1 de la Llei qualificada de la Justícia, "Els Batlles i Tribunals, de conformitat amb els principis recollits a l'article 10 de la Constitució, hauran de resoldre sempre sobre les pretensions que els siguin formulades i només podran desestimar-les per motius formals si el defecte és insubsanable".

Respecte del valor de la decisió que posi fi al procediment urgent i preferent, l'article 17 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials disposa que les decisions que es dicten en el marc d'aquest procediment no tenen en cap cas l'autoritat de la cosa jutjada, que hem d'entendre comprèn tant l'efecte de la cosa jutjada material, com l'efecte de la cosa jutjada formal, doncs el mateix article 17 *in fine* també diu que el procediment no té cap efecte suspensiu quant als procediments ordinaris.

Dues conseqüències. En primer lloc, el que la decisió final no produeixi l'efecte de la cosa jutjada no vol dir que hom estigui autoritzat a formular successives demandes

de contingut idèntic, amb els mateixos fonaments i el mateix objecte, pel sol fet d'haver estat desestimada la demanda precedent, doncs això suposa un clar supòsit d'abús de dret.

En segon lloc, si la decisió que posa fi al procediment urgent i preferent no té l'autoritat de la cosa jutjada, ens hem de fer la pregunta de quina incidència pot tenir en altre o altres procediments seguits davant de la jurisdicció ordinària pels mateixos fets, o per fets vinculats al que motivaren dit procediment preferent. Els problemes es plantegen en l'àmbit de la jurisdicció penal.

Dues consideracions prèvies. D'una banda, la llei marca la preeminència de la jurisdicció penal sobre les altres jurisdiccions, doncs cal recordar que l'article 8 de la Llei qualificada de la Justícia disposa que "L'existència d'una qüestió prejudicial penal, sempre que la seva prèvia resolució sigui imprescindible per a la resolució d'un judici civil o administratiu, comportarà la suspensió del procediment fins que aquella no hagi estat resolta per l'òrgan penal competent". I l'article 62 de la mateixa Llei qualificada és ben clar, "L'ordre jurisdiccional penal té caràcter preferent", afegint que "No es podran plantejar conflictes de competència als òrgans de dit ordre jurisdiccional però sí entre els Batlles i Tribunals del mateix ordre penal".

D'altra banda, l'article article 9.3 de la Llei qualificada de la Justícia mana que "No seran admeses i quedaran sense efectes aquelles proves que haguessin estat obtingudes, directament o indirecta, amb violació dels drets i llibertats fonamentals de les persones".

Ja s'ha dit que en el procediment urgent i preferent el Batlle, o en el cas de recurs d'apel·lació el Tribunal, no pot eximir-se de declarar de manera clara i terminant si hi ha hagut vulneració del dret fonamental, cas en el que també ha de fer cessar la situació il·lícita, si encara perdura.

I cal no oblidar, com també ja ha estat dit, que el procediment urgent i preferent no és un procediment pròpiament penal, ni pertany a la jurisdicció penal.

Llavors, la qüestió fonamental, i gens fàcil de resoldre, és quin efecte ha de tenir la decisió pronunciada en un procediment urgent i preferent, declarant que hi ha hagut vulneració d'un dret fonamental, en un procediment penal seguit pels mateixos fets, o fets vinculats, als que motivaren el procediment urgent i preferent, i més concretament respecte de les proves de càrrec que es substancien en el procediment penal. La pregunta és si declaració feta en el procediment urgent i preferent de la vulneració d'un dret fonamental ha de comportar necessàriament la nul·litat d'aquelles proves que es substancien en un procediment penal i que són fruit d'aquella vulneració. Una altra pregunta, com pot un òrgan que no pertany a la jurisdicció penal resoldre sobre la nul·litat de una prova d'un procediment penal, atesa la preeminència de la jurisdicció penal sobre les altres jurisdiccions (article 62 de Llei qualificada de la Justícia).

Tradicionalment, quan el Tribunal Superior de Justícia s'ha hagut de pronunciar en el marc del procediment urgent i preferent, ha tingut la prevenció de mantenir el necessari respecte a la jurisdicció penal.

La primera sentència dictada en un procediment urgent i preferent és, salvat error, la de data 22 de febrer del 1995 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, sobre una mesura cautelar relativa al subministrament de l'aigua adoptada pel Batlle instructor en un procediment penal seguit, entre d'altres infraccions criminals, pel delictes de subministrament d'aigua en males condicions. El Tribunal deia que "El que no sembla lògic és que sense haver esgotat aquells recursos en el procediment en que es va acordar la mesura cautelar es promogui aquest procediment especial la resolució del qual, en cas d'estimar la petició, podria interferir l'actuació jurisdiccional en aquell procés que és la "sedes materiae" pròpia per a la resolució de les qüestions plantejades podent acudir-se, en cas necessari, a l'exercici d'altres accions en el mateix àmbit o ordre jurisdiccional."

El Tribunal Constitucional, en un Aute de data 13 de juliol del 2001 (Causa 2001-13 i 18-RE) digué que "el batlle de guàrdia -a qui correspon conèixer del procediment urgent i preferent previst en l'article 41.1 de la Constitució, d'acord amb allò que disposa l'article 15 de la Llei transitòria de procediments judicials- no pot deixar sense efecte les resolucions adoptades per l'òrgan judicial que coneix del procés principal, en el qual ha pogut tenir lloc la vulneració del dret fonamental a la jurisdicció. D'això en resulta que, si existís qualsevol vulneració dels drets fonamentals al·legats pel recurrent, aquesta hauria de ser denunciada en el marc del procediment penal seguit contra ell". Veiem, doncs, en el Tribunal Constitucional la mateixa prevenció.

En el mateix sentit, sentències més recents de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, com la de 18 de desembre del 2008 (Rotlle 33/08), en que es diu que "Els fets objecte de la demanda formulada pel tràmit del procediment urgent i preferent pels ara apel·lants són, doncs, objecte d'un procediment penal, unes Diligències prèvies instruídes per la Batllia amb el núm. 2453-5/8 i que estan encara en tràmit. És per això que aquest Tribunal li està prohibit pronunciar-se sobre si els fets relatats en la demanda suposaren o no la vulneració dels drets fonamentals a la intimitat, a la inviolabilitat del domicili i al secret de les comunicacions. Sols al Batlle instructor, o en el seu cas al Tribunal que hagi de jutjar els fets, si és que s'arriba a obrir judici oral, els correspon determinar si s'ha produït o no la vulneració dels esmentats drets fonamentals en el marc de l'actuació feta pels agents Servei de Policia a denúncia del Director Adjunt del Departament de Prevenció i Extinció d'Incendis i Salvament, doncs no cal oblidar que l'article 1.2 del codi de Procediment Penal en el seu segon paràgraf disposa que no produeixen efecte les proves obtingudes, directa o indirectament, violant els drets o les llibertats fonamentals."

I la sentència de 23 d'octubre del 2009 (Rotlle 21/09), sobre la presumpta vulneració del dret fonamental al secret de les comunicacions, en què es pretenia que, en

el marc del Procediment Urgent i Preferent, es declarés la nul·litat de l'obtenció de la informació continguda en el telèfon mòbil d'un processat. La Sala recordà, citant l'anterior sentència, que "el procediment urgent i preferent de l'article 41.1 de la Constitució no sembla que sigui el més idoni per a la protecció dels drets fonamentals quan les presumptes vulneracions es produeixen en el marc d'un procediment judicial", i que "altrament i com sigui que el procediment previst en els articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no està subjecte a termini per la interposició de la demanda, suposaria que en qualsevol moment el Batlle de Guàrdia podria declarar la nul·litat d'una prova obtinguda en el marc d'un procés judicial que ja hagués conclòs amb sentència ferma, és a dir, que per via d'aquests recurs es vindria a deixar sense efecte el principi de dret processal de la cosa jutjada material, amb les pernicioses conseqüències que això suposa per a la seguretat jurídica, i aquesta possibilitat fins i tot podria ser reiterativa tota vegada que la resolució que es dicta en el procediment dels articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no té l'autoritat de cosa jutjada, com mana l'article 17 de la mateixa Llei ("Les decisions en aquesta matèria no podran tenir en cap cas l'autoritat de la cosa jutjada"). I pensem que, com també disposa el mateix article 17, el procediment urgent i preferent tampoc té l'efecte de la cosa jutjada formal, doncs no té cap efecte suspensiu quant als procediments ordinaris."

En aquesta sentència de 23 d'octubre del 2009, la Sala penal afegia que "Però no podem desconèixer la recent sentència del Tribunal Constitucional de data 7 de setembre del 2009, dictada en la Causa 2009-2-RE (Núm. de registre 18-2009. Recurs d'empara), en la que el Tribunal Constitucional, després d'argumentar que "En aquesta causa, és cert que va existir una denúncia prèvia dels fets que són objecte del procés penal i que la intervenció del Servei de Policia va tenir lloc en relació amb unes diligències prèvies certes en funció d'aquella denúncia. Tanmateix, no consta que aquesta denúncia hagués estat admesa per cap òrgan judicial competent. També, és evident que la resolució del procediment urgent i preferent per a la protecció dels drets fonamentals en qüestió no té res a veure amb el fet que s'hagués produït o no un delictes contra la propietat de tercers que és sobre el que versa la qüestió penal pendent. Per consegüent, no existeix cap condicionament entre el procés penal relatiu al delictes contra la propietat esmentat i el procés relatiu als drets constitucionals a la intimitat i a la privacitat del domicili", i conclou que "no és procedent l'al·legació de la prejudicialitat penal per a no entrar en el fons de l'assumpte objecte tant del procediment urgent i preferent de l'article 41 de la Constitució com en aquest recurs d'empara, sempre preferent si s'interposa en el moment oportú".

En efecte, el Tribunal Constitucional havia dictat la sentència de 7 de setembre del 2009, Causa 2009-2-RE, en la què, partint de que la prejudicialitat penal havia de ser interpretada de manera restrictiva, deia que "la suspensió del procediment civil o administratiu, amb motiu de la prejudicialitat penal pendent, requereix, d'acord amb uns criteris avalats per la jurisprudència, dues condicions. D'una banda, cal l'admissió a tràmit d'una querrela o d'una denúncia o la incoació d'un sumari per l'òrgan de la

jurisdicció penal escaient. A sensu contrario, així se'n desprèn de l'acte del Tribunal Superior de Justícia del 16 de febrer de 1995. D'altra banda, cal una connexió directa amb l'objecte del procés, de manera que la resolució de la qüestió penal condicioni la resolució del procés civil o administratiu. Això es desprèn dels actes del Tribunal Superior de Justícia del 29 de setembre de 1994 i del 28 de setembre de 1998, citat anteriorment". I afegia que "En aquesta causa, és cert que va existir una denúncia prèvia dels fets que són objecte del procés penal i que la intervenció del Servei de Policia va tenir lloc en relació amb unes diligències prèvies certes en funció d'aquella denúncia. Tanmateix, no consta que aquesta denúncia hagués estat admesa per cap òrgan judicial competent. També, és evident que la resolució del procediment urgent i preferent per a la protecció dels drets fonamentals en qüestió no té res a veure amb el fet que s'hagués produït o no un delictes contra la propietat de tercers que és sobre el que versa la qüestió penal pendent. Per consegüent, no existeix cap condicionament entre el procés penal relatiu al delictes contra la propietat esmentat i el procés relatiu als drets constitucionals a la intimitat i a la privacitat del domicili." Acabava la sentència dient que "no és procedent l'al·legació de la prejudicialitat penal per a no entrar en el fons de l'assumpte objecte tant del procediment urgent i preferent de l'article 41 de la Constitució com en aquest recurs d'empara, sempre preferent si s'interposa en el moment oportú, com és en aquest cas".

Semblava que amb aquesta sentència el Tribunal Constitucional acabava amb aquella tradicional prevenció, invariablement mantinguda pel Tribunal Superior de Justícia, i també pel mateix Tribunal Constitucional, de mantenir el necessari respecte a la jurisdicció penal.

I, encara més, una posterior sentència del Tribunal Constitucional apuntava en aquesta mateixa direcció. La sentència de 3 d'octubre del 2011, Causa 2011-12-RE, en què el Tribunal es tornà a plantejar la qüestió de la prejudicialitat penal, i recorda la sentència de 7 de setembre del 2009 (causa 2009-2-RE) en què es va examinar la qüestió de la prejudicialitat penal per desestimar-la. En el present cas, el Tribunal Constitucional va tenir en compte que tot i que la demandant havia seguit la via penal per obtenir la protecció del seu dret, fins a aquest moment l'acció penal no havia prosperat. Per això, el Tribunal Constitucional va resoldre que havia d'entrar en el fons per determinar si hi havia o no la vulneració d'un dret fonamental, partint de la consideració de què, segons l'article 39.1 de la Constitució, els drets i les llibertats reconeguts en el seus capítols III i IV vinculen tots els poders públics a títol de dret directament aplicable. El Tribunal Constitucional desestimà la qüestió de la prejudicialitat penal, que sí havia apreciat la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia (sentència de 24 de febrer del 2011, Rotlle 40/10), "considerant el temps transcorregut des de que es va obrir l'expedient sancionador a la recurrent i el fet que la protecció jurisdiccional penal ha fracassat en la pràctica dues vegades, tot i que la darrera decisió no sigui ferma". Tot i desestimar la l'argument de prejudicialitat penal, el Tribunal Constitucional tingué la prevenció de deixar clar que en

absolut volia “afectar ni condicionar en lo més mínim la decisió que pugui adoptar la jurisdicció penal amb caràcter definitiu”.

La conclusió que podem extraure és que el Tribunal Constitucional no nega amb caràcter general la possibilitat de la prejudicialitat penal en el marc del procediment urgent i preferent sinó que la supedita a que hi hagi un “condicionament” entre el procés penal i el procés relatiu als drets constitucionals, condicionament que vindria donat per l’existència d’un procediment penal sobre els fets en que es fonamenta la demanda del procediment urgent i preferent, sempre que dit procediment penal no sols estigui en curs i pendent, sinó que es mostri eficaç per determinar la hipotètica vulneració del dret fonamental i acordar la cessació de la vulneració, prenent les mesures escaients a tal efecte.

Recull dels procediments urgents i preferents.

D’ençà l’entrada en vigor de la Constitució i la Llei qualificada de la Justícia, s’han tramitat davant del Tribunal Superior de Justícia un total de 33 recurs d’apel·lació en procediments urgents i preferents, dels quals 11 han estat evacuats per la Sala Administrativa i 22 per la Sala Penal. Del total de 33, 6 acabaren amb desistiment, 1 no fou admès a tràmit, 22 amb sentència desestimatòria del recurs i 4 amb sentència estimatòria del recurs d’apel·lació.

Els procediments urgents i preferents substanciats davant la Sala Administrativa versaren sobre presumptes vulneracions de drets en procés electoral (2), en expedient d’expropiació (1), en execució d’una Comissió Rogatòria Internacional (1), del dret a la intimitat privada i familiar (1), del dret a la jurisdicció (1), del dret a la informació (1), del dret de defensa (2) i dels drets a la llibertat sindical i a la negociació col·lectiva (2).

Els procediments urgents i preferents substanciats davant la Sala Penal versaren sobre presumptes vulneracions del dret a la jurisdicció (6), dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions (10), del dret a la intimitat, a l’honor i a la imatge (1), del dret a la inviolabilitat del domicili (1), del principi de legalitat (1), del dret de defensa (1) i del dret a la llibertat i seguretat (2).

Sala Penal, Sentència 22 de febrer del 1995.

Sala Administrativa, P-Especial 99/1, per presumpta vulneració en un procés electoral. Aute de 24 de novembre del 1999 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 1 de febrer del 2000 desestimant el recurs d’apel·lació.

Sala Administrativa, PSA-01/2001, per la negativa dels serveis administratius que tramiten un expedient d’expropiació que afecta la finca de la demandant a lliurar-li

al demandant còpia íntegra de l'expedient. Aute de 6 de desembre del 2000 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 9 de març del 2001 desestimant el recurs d'apel·lació

Sala Administrativa, PSA-02/2001, per la hipotètica vulneració del dret fonamental a la jurisdicció que reconeix l'article 10 de la Constitució, en la tramitació d'un o varis procediments judicials que afectaven al demandant, sense haver-ne estat notificat, els quals havien donat lloc a la tramesa a les autoritats judicials de la Federació Russa de determinades informacions sobre els seus comptes bancaris. Aute 1 de desembre del 2000 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 19 d'abril del 2001 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Administrativa, PSA-01/2002, per la presumpta vulneració del dret a la intimitat privada i familiar per captació fotogràfica de les imatges anteriors i concomitants a l'allau que va provocar víctimes mortals. Aute 17 de juliol del 2002 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 18 de novembre del 2002 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 32/02, demanda al Batlle per a que acordés amb caràcter urgent autoritzar la intervenció d'un telèfon a fi de poder constatar un presumpte incompliment del dret de visites del demandant. Aute 6 de desembre del 2002 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 23 de gener del 2003 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 21/03, demanda per a què es declari la nul·litat de dos autes dictats en el marc d'un procés de fallida, al·legant la vulneració de l'article 10 de la Constitució. Aute 31 de març del 2003 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 11 de juliol del 2003 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 32/03, demanda per a què es declari la nul·litat de les resolucions dictades pel Batlle i la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia en un procediment seguit pel demandant per denegació de canvi de nom per part de la Registradora Civil. Aute 10 de juliol del 2003 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Aute de 7 de novembre del 2003 tenint per desistit al recurrent.

Sala Penal, Rotlle 25/04, presumpta vulneració del principi de legalitat de l'article 9.4 de la Constitució i del dret al procés degut de l'article 10, per sanció imposada al demandant en expedient disciplinari per la Junta de Govern d'un col·legi professional. Aute 29 de setembre del 2004 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 10 de desembre del 2004 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Administrativa, ESP. 2006/10. Aute de 15 de setembre del 2006 tenint per desistit al recurrent.

Sala Administrativa, ESP. 01/06, presumpta vulneració del dret a la jurisdicció demanant la nul·litat d'un aute del Tribunal de Corts acordant l'assenyalament de data per

a l'inici de les sessions del judici oral en causa penal seguida contra el demandant. Aute 23 de novembre del 2006 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 30 de gener del 2007 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Administrativa, ESP.01/07, per la presumpta vulneració del dret a la informació, per la denegació pel Comú d'Andorra La Vella d'informació sol·licitada per una Consellera General a través de la Sindicatura. Aute 8 de febrer del 2007 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 14 de setembre del 2007 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlles 13/07 i 14/07, per la presumpta vulneració del dret al secret de les comunicacions del demandant. Autes de 22 de febrer del 2007 i de 12 d'abril del 2007 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentències de 21 de juny del 2007, les dues estimant el recurs d'apel·lació, i revocant l'aute del Batlle i declarant la vulneració del dret fonamental al secret de les comunicacions dels demandants, així com acordant la destrucció de les actuacions declarades nul·les, així com de totes les còpies que de dites actuacions obrin en poder de qualsevulla persona o institució, restant totes elles obligades a lliurar-les per tal de fer efectiva la seva destrucció.

Sala Administrativa, ESP. 02/07, sol·licitud de nomenament d'un advocat d'ofici per tal de reclamar els perjudicis que li havia causat al demandant l'actuació del seu anterior. Aute de 23 d'abril del 2007 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, i Aute de la Sala de 29 de febrer del 2008 declarant acabat el procediment, per satisfacció extraprocessal de les pretensions de l'agent, amb arxiu de les actuacions.

Sala Penal, Rotlle 35/07, demanda per a què, en reconeixement del dret fonamental a la defensa, els demandants poguessin obtenir còpia de tot l'expedient que obra en mans del Ministeri Fiscal en relació a determinats fets que eren objecte d'investigació. Aute de 11 de setembre del 2007 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 10 d'abril del 2008 estimant el recurs d'apel·lació, revocant l'aute del Batlle i reconeixent el dret dels apel·lants a obtenir còpia de tot l'expedient que obra en el marc d'una enquesta preliminar duta a terme pel Ministeri Fiscal en relació a determinats fets.

Sala Penal, Rotlle 33/08, per unes presumptes lesions als drets fonamentals dels demandants a la intimitat, a l'honor i a la imatge de l'article 14 de la Constitució, i al dret a la inviolabilitat del domicili i al secret de les comunicacions de l'article 15 de la Constitució. Aute 19 de setembre del 2008 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 18 de desembre del 2008 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 4/09, per una presumpta vulneració dels drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions. Aute de 8 de gener del 2009 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 15 de maig del 2009 estimant el recurs d'apel·lació i declarant la nul·litat de dit Aute amb la retroacció de les actuacions per concedir a les parts un termini per a la proposició de prova.

Sala Penal, Rotlle 21/09, per una presumpta vulneració del dret fonamental al secret de les comunicacions, pretenent el demandant que, en el marc del Procediment Urgent i Preferent, es declarés la nul·litat de l'obtenció de la informació continguda en el telèfon mòbil d'un processat. Aute de 22 de maig del 2009 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 23 d'octubre del 2009 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle, Rotlle 27/09, per una presumpta vulneració dels drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions. Aute 29 de maig del 2009 de l'Hble. Sr. Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 23 d'octubre del 2009 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 31/09, per una presumpta vulneració dels articles 10, 14 i 15 de la Constitució. Aute de 12 de juny del 2009 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Aute de 20 de juliol del 2009 no admetent a tràmit el recurs.

Sala Penal, Rotlle 33/09, per una presumpta vulneració dels drets fonamentals a la llibertat, a la seguretat i a entrar lliurement al país d'acord amb les lleis reconeguts en els articles 9.1 i 21.1 de la Constitució, per no haver apreciat el Tribunal de Corts la prescripció de la pena que al seu dia li fou imposada al demandant en el procediment Urgent i preferent. Aute de 14 de juliol del 2009 de l'Hble. Sr. Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 20 de novembre del 2009 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 53/09, presumpta vulneració del dret a la jurisdicció en les seves vessants d'un procediment sense dilacions indegudes, del dret a la defensa, al procés degut, a l'assistència tècnica d'un lletrat i a una decisió fonamentada en dret, i del dret a un tribunal independent i imparcial. Aute de 15 d'octubre del 2009 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 28 de gener del 2010 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 54/09, desistit.

Sala Penal, Rotlle 56/09, impugnació de una resolució per la que es tingué com a part legalment constituïda com actor civil o acusació particular a una determinada entitat. Aute de 4 de novembre del 2009 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 28 de gener del 2010 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 40/10, presumpta vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions. Aute de 16 de novembre del 2010 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 24 de febrer del 2011 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Administrativa, UP-001-11, impugnació de la proclamació dels resultats electorals efectuada pel M.I. Govern. Aute 29 d'abril del 2011 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 15 de setembre del 2011 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 19/12. Desistit.

Sala Administrativa, UP-48/12, presumpta vulneració del dret a la llibertat sindical, i concretament del dret a la negociació col·lectiva per la Llei 2/2012, de 15 de març, de mesures de contenció de la despesa pública en matèria de personal. Aute de 30 d'abril del 2012 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 20 de juliol del 2012 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Administrativa, UP-64/12, presumpta vulneració del principi d'igualtat de l'article 6 i del dret a la llibertat sindical de l'article 18 de la Constitució per la Llei 2/2012, de 15 de març, de mesures de contenció de la despesa pública en matèria de personal. Aute de 14 de juny del 2012 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 25 d'octubre del 2012 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 3/13, presumpta vulneració del dret fonamental a la llibertat. Aute de 15 de gener del 2013 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 1 de març del 2013 desestimant el recurs d'apel·lació.

Sala Penal, Rotlle 13/13, presumpta vulneració dels drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions. Aute de 8 de març del 2013 del Batlle de Guàrdia desestimant la demanda, Sentència de 15 de juliol del 2013 desestimant el recurs d'apel·lació.

**La recerca d'un equilibri
entre els drets dels administrats
i les competències
de les administracions**

Bernard Plagnet
Albert Andrés Pereira

Magistrats de la sala administrativa del Tribunal Superior de Justícia

I. Introducció.

Des d'una perspectiva històrica, és cert que la jurisdicció administrativa és una realitat molt jove a Andorra. La seva entrada en funcionament, en virtut de la Llei de 7 de setembre de 1991, va tenir lloc l'1 d'octubre del mateix any. Poc temps després, l'entrada en vigor de la Constitució i de la Llei qualificada de la Justícia van fer que es posés en marxa una nova organització judicial, dins de la qual es va inserir l'actual jurisdicció administrativa. D'aquesta manera, el gruix de la seva jurisprudència procedeix del període posterior a la Constitució i a la creació del Tribunal Superior de Justícia.

El transcurs d'un període de vint anys des d'aquell moment és una ocasió especialment idònia, com ho són en general tots els aniversaris, per girar la vista enrere i recapitular com ha evolucionat la jurisprudència administrativa en aquest temps o, almenys, quins han estat els pronunciaments que han pogut ser més rellevants.

Aquesta tasca no és fàcil, ja que l'ample ventall de matèries de què coneix la jurisdicció administrativa justificaria un treball molt més extens. Per això, l'objecte d'aquestes pàgines es limita a una qüestió més concreta, però que, en realitat, constitueix el nucli medullar del dret administratiu. Es tracta de l'articulació entre la necessària eficiència administrativa, que justifica l'existència de molt diverses prerrogatives de l'Administració, i l'obligada salvaguarda dels drets dels ciutadans. Els dos elements d'aquesta equació es troben en permanent conflicte, com s'aprecia en el dia a dia de l'activitat jurisdiccional.

S'examina a continuació la incidència d'aquest problema en alguns sectors concrets de l'activitat administrativa, en els quals la recerca d'aquest equilibri constitueix una qüestió destacada. Resta per fer, en una altra ocasió, una anàlisi completa de la jurisprudència administrativa en aquest vint anys.

II. Dret tributari.

La jurisprudència de la Sala Administrativa ha contribuït a la clarificació dels conceptes fonamentals del dret tributari andorrà i a la preservació dels drets fonamentals dels contribuents.

A) Aclariment dels conceptes

És important subratllar que en un Estat de dret, les categories jurídiques han de ser estrictament respectades, a fi de garantir la seguretat jurídica dels ciutadans.

1) Naturalesa del deute públic

Les emissions de deute públic no tenen caràcter tributari, no solament perquè –a diferència de les transferències forçoses de diners que tenen el dit caràcter– el seu

import no s'integra en els pressupostos de l'Estat, sinó també perquè tenen un origen que res té a veure amb els fets generadors dels tributs als quals es refereix la Llei de bases de l'ordenament tributari.

I és que els coeficients obligatoris, o coeficients d'inversions obligatòries, a què es refereix la Llei de 30 de juny de 1994, s'inscriuen més exactament en el marc de la política financera de l'Estat i així ho explica la Llei esmentada quan diu que "Els coeficients d'obligat compliment conformen un instrument financer polivalent que amb caràcter general i sobretot en moments clau de reestructuració i desenvolupament econòmics, les autoritats financeres i econòmiques del nostre entorn han utilitzat de manera significativa per fer possible el compliment de les seves polítiques".

Per tant, les emissions de deute públic constitueixen, en realitat, dipòsits forçosos, l'import dels quals es retorna als seus aportants i no responen a l'estructura de les relacions jurídic-tributàries (Sentència 2000-39 del 18 de setembre del 2000, Recull, p.173).

La Sala Administrativa ha confirmat aquesta jurisprudència, que presenta una gran importància pràctica.

Els coeficients s'inscriuen en el marc de la política financera de l'Estat, d'acord amb l'article 32 de la Constitució, com resulta de l'exposició de motius de la Llei de 30 de juny de 1994, quan afirma que "els coeficients d'obligat compliment conformen un instrument financer polivalent que, amb caràcter general i sobretot en moments clau de reestructuració i desenvolupament econòmics, les autoritats financeres i econòmiques del nostre entorn han utilitzat d'una manera significativa per fer possible el compliment de les seves polítiques"(Sentència 2001-46 del 22 d'octubre del 2001, Recull, p.479).

2) Diferències entre els impostos i les taxes

Amb ocasió de litigis relatius a les taxes comunals, la Sala Administrativa ha precisat els criteris que diferencien els impostos i les taxes.

En efecte, pel que fa al mètode de càlcul de les taxes, resulta primordial la diferenciació entre les diferents figures de l'impost i de la taxa, que resulten de l'article 11 de la Llei de bases de l'ordenament tributari. Mentre que el primer mai depèn d'una activitat de l'Administració, la segona és la contrapartida a la prestació d'un servei públic o la realització d'una funció administrativa de sol·licitud o recepció obligatòria que es refereix a l'obligat tributari o l'afecta o el beneficia de manera particular. Aquestes qüestions de concepte han estant resoltes per una sentència de principi (Sentència 09/2010 del 3 de març del 2010).

La sentència es refereix a la llei de l'ordenament tributari de 19 de desembre de 1996:

Els impostos són tributs, el fet generador dels quals és un negoci, un acte o un fet indicador de la capacitat econòmica de l'obligat tributari o de la persona que ha de suportar el gravamen i que mai no depèn d'una activitat de l'Administració (article 11-2 de la llei de l'ordenament tributari).

Les taxes són tributs, el fet generador dels quals és la prestació d'un servei públic o la realització d'una funció administrativa de sol·licitud o recepció obligatòria que es refereix a l'obligat tributari o l'afecta o el beneficia de manera particular (article 11-3 de la llei ja citada). Aquesta definició la recull l'article 16-1 de la Llei 10/2003 del 27 de juny del 2003, de les finances comunals.

La sentència afegeix la referència a l'article 18 de la Llei 10/2003:

«Quantificació del deute tributari. L'import de la taxa no pot superar el cost real de la prestació del servei o de la realització de l'activitat de què es tracti. A aquest efecte, el Comú aprova una memòria econòmica que justifica els paràmetres i les variables que determinen el cost del servei i la fixació de la taxa corresponent, així com la seva actualització».

A partir d'aquestes disposicions, la Sala Administrativa ha jutjat que la taxa ha de complir dues condicions:

D'una part ha de tenir una contrapartida, és a dir, principalment la prestació d'un servei públic o la realització d'una funció administrativa que es refereix a l'obligat tributari o l'afecta o el beneficia de manera particular.

Aquesta primera condició constitueix una diferència amb l'impost «que mai no depèn d'una activitat de l'administració» (article 11-2, ja citat).

D'altra part, el muntant de la taxa ha de ser proporcional al cost del servei realitzat. Aquesta condició resulta clarament de les disposicions de l'article 18 de la Llei 10/2003, «l'import de la taxa no pot superar el cost real de la prestació del servei de la realització de l'activitat de què es tracti». Aquesta segona condició constitueix igualment una diferència major amb l'impost, on el muntant és independent del cost d'un servei.

Per apreciar la legalitat de la taxa, el jutge ha de procedir a un doble control: ha de verificar els elements de càlcul invocats per l'administració, després d'apreciar el càlcul ell mateix. En efecte, només aquest doble control permet d'apreciar la proporcionalitat del muntant de les taxes amb els costos reals del servei en contrapartida del qual es perceben.

Els elements de càlcul han de sortir de l'anàlisi del cost del servei per a la col·lectivitat. Ben entès, convé de deixar a l'autoritat pública un cert marge d'apreciació; per exemple, la taxa pot comprendre una part fixa que correspon a les despeses fixes exposades per la col·lectivitat en la prestació del servei; a més, els elements de càlcul poden tenir en compte els avantatges econòmics que els beneficiaris del servei obtenen per la utilització d'aquest servei.

Quant al càlcul mateix de la taxa, no ha de conduir a desconèixer els principis indicats més amunt. És així que el càlcul no pot ser forfetari, sinó que s'ha de recolzar sobre elements concrets que permetin apreciar el muntant de la contrapartida de la qual es beneficia l'usuari del servei.

El jutge controla els elements tinguts en compte per a la determinació del cost del servei i la Sala administrativa examina el contingut de la memòria «econòmica», en el sentit d'exigir que el document contingui informacions precises; en l'absència de dades precises, les modalitats de càlcul de les taxes són jutjades il·legals: «no es refereixen per tant a un anàlisi econòmic de les despeses -com ho exigeix l'article 18 de la Llei de les finances comunals, al mencionar una memòria «econòmica»- però es tracta d'una simple indicació de les dades més generals que figuren en el pressupost del Comú. Sobre aquest punt, els elements tinguts en compte són per tant insuficients per permetre al jutge d'exercir un control sobre les modalitats de determinació de les taxes" (Sentència 74/2011 del 16 de desembre del 2011).

La Sala Administrativa controla de manera estricta les modalitats de càlcul de les taxes.

Por exemple, és il·legal una taxa calculada a partir d'un percentatge sobre l'impost de radicació:

«les taxes litigioses es determinen a partir d'un percentatge sobre l'impost de radicació, a manera de recàrrec o suplement, la qual cosa no resulta ajustada a la veritable naturalesa de les taxes (Sentència 47/2011 del 16 de setembre del 2011 i Sentència 48/2011 del 16 de setembre del 2011).

A contrario, la Sala Administrativa ha jutjat que el càlcul d'una taxa d'higiene era conforme a dret, car el càlcul de la taxa era realitzat a partir d'elements objectius:

«L'examen de la memòria incorporada a les actuacions permet apreciar, però, que la determinació de l'import s'ha fet en base a la distinció entre residents i activitats comercials, que és lògicament rellevant pel que fa a la intensitat d'ús del servei. Quant a les activitats comercials i empresarials, es parteix de la superfície de l'establiment, per trams, la qual s'aplica al preu base per metre quadrat, més un coeficient de localització, en funció de la llunyania, i un coeficient d'higiene, segons la naturalesa de l'activitat. Es tracta, doncs, de criteris objectius, relacionats amb la prestació del servei d'higiene i que, especialment, no superen el cost del mateix, segons resulta de la memòria. En conseqüència, no es pot apreciar vulneració de l'article 18 de la Llei de finances comunals, a diferència del supòsit examinat en la sentència d'aquesta Sala núm. 09-2010, en què la taxa constituïa un simple percentatge sobre l'impost de radicació" (Sentència 79/2010 del 25 de novembre del 2010).

3) Diferències entre els tributs i els preus públics

La Llei de bases de l'ordenament tributari de 19 de desembre del 1996 distingeix els tributs dels preus públics:

"4. Tampoc no són tributs els preus públics o les contraprestacions en diner satisfetes per la utilització privativa o l'aprofitament especial del domini públic o per la prestació de serveis públics o la realització de funcions administratives que no són de sol·licitud o recepció obligatòria". (article 10-4)

L'article 41 de Llei de les finances comunals precisa:

“Import

1. L'import dels preus públics es determina de tal manera que cobreixi, com a mínim, el cost del servei que es presta i tenint en compte el preu de mercat que correspongui per l'aprofitament d'aquest servei per part de la persona sol·licitant.
2. Tanmateix, quan raons de política social ho aconsellin i es justifiqui, es poden establir preus públics per sota del cost dels serveis prestats.
3. Les propostes per a l'establiment o la modificació dels imports dels preus públics que s'exigeixin han d'anar acompanyades d'una memòria que en motivi i justifiqui la quantia”.

La Sala Administrativa exerceix un control estricte de les modalitats de càlculs dels preus públics. Per exemple, no són preus públics els imports calculats a partir dels beneficis estimats de societats, perquè aquests imports corresponen a la definició de l'impost donada per l'article 11-2 de la Llei de l'ordenament tributari: El “preu” constitueix la contrapartida de l'ocupació del “domini públic”; l'impost és una contribució calculada sobre l'import dels beneficis realitzats (Sentència 92/2012 del 27 de novembre del 2012).

4) Interpretació estricta de la reserva de Llei: els Quarts no tenen competència en matèria tributària

En la Sentència 2000-21 del 20 de juny del 2000 (Recull, p. 93), la Sala Administrativa s'ha pronunciat sobre la competència dels Quarts en matèria tributària:

La competència del Quart s'ha d'apreciar en funció de les disposicions constitucionals i de la Llei qualificada de delimitació de competències dels Comuns.

Les disposicions constitucionals pertinents són els articles 84 i 37.

L'article 84 disposa: “Les lleis tindran en compte els usos i costums per determinar la competència dels Quarts i dels Veïnats, així com les seves relacions amb els Comuns”. Aquest text es limita a atribuir a la llei la competència per determinar les competències dels Quarts. És a dir que la Constitució no fixa ella mateixa aquestes competències, sinó que les remet expressament a una llei. La Constitució dóna simplement una indicació d'ordre general al legislador indicant que en aquesta llei es “tindran en compte els usos i costums”. Aquest text no produeix l'efecte de mantenir en vigor eventuais costums anteriors, i només preveu que una llei haurà de precisar la competència dels Quarts. Ara bé, una tal llei no ha estat encara promulgada, malgrat l'article 37 de la Constitució consagra el principi de “reserva de llei en matèria tributària”. Segons aquest text: “Totes les persones físiques i jurídiques contribuiran a les despeses públiques segons la seva capacitat econòmica, mitjançant un sistema fiscal just, establert per la llei”. El Tribunal Constitucional ha donat una interpretació

extensiva d'aquest article: "I d'una manera especial, la reserva de llei es insalvable, pel que fa a la matèria fiscal, respecte a la fixació del tipus impositiu, ja que aquest afecta, d'una manera directa, l'element nuclear de l'impost". (Causa 99-1-10P, Aute del dia 4 de juny de 1999).

En aquest cas, la Sala Administrativa ha jutjat que cap llei ha donat competència als Quarts en matèria de taxes urbanístiques (Veure igualment sobre les competències dels Quarts, la sentència 37/2003 del 22 de setembre del 2003, Recull, p. 159).

B) Preservació de les garanties dels contribuents

Aquestes exigències es fonamenten en els principis generadors del dret tributari i constitueixen, de manera més general, una de les condicions de la necessària acceptació de l'impost pels ciutadans.

Es poden citar dos exemples jurisprudencials:

1) Garanties en la fixació del valor dels immobles (impost sobre les transmissions patrimonials immobiliàries)

L'article 14 de la Llei sobre transmissions patrimonials immobiliàries permet a l'administració de procedir a la comprovació de valors: «1. L'Administració pot comprovar el valor real dels béns o drets transmesos. Per tal d'obtenir aquest valor real, l'Administració ha d'utilitzar un sistema de valoració basat en una taxació pericial, suficientment motivada, dels béns objecte de la transmissió. En qualsevol cas, l'obligat tributari pot promoure la taxació pericial contradictòria prevista a la Llei de bases de l'ordenament tributari».

La Sala Administrativa procedeix a la interpretació dels principis que figuren en aquests texts.

a) En primer lloc, la Sala ha definit el que cal entendre per «valor real». Resulta de les regles generals del dret tributari aplicat en els països veïns que el valor real que forma la base de la tributació està constituït pels preus que es podrien obtenir pel joc de la oferta i la demanda en un mercat real, tenint en compte l'estat en què es trobava abans de l'alienació i les clàusules de l'acte de transmissió. Aquesta definició participa d'una concepció objectiva del valor venal (valor d'intercanvi) i no d'una concepció subjectiva (valor de conveniència o d'utilització).

Més precisament, per determinar el valor venal real d'un bé, convé de situar-se des del punt de vista d'un comprador qualsevol (valor comú intrínsec) i no d'una persona determinada (valor de conveniència). Dit d'una altra manera, només s'ha de tenir en compte per a la valoració d'un bé, els elements reals d'apreciació -ja es tracti de factors d'ordre sòcio-econòmic, físic o jurídic- abstracció feta de les circumstàncies pròpies de la situació personal de les parts.

b) En segon lloc, la Sala ha precisat els principis de determinació del «valor real».

L'article 14, ja citat, disposa que «l'Administració ha d'utilitzar un sistema de valoració basat en una taxació pericial, suficientment motivada». Però l'obligat tributari ha de poder contestar les avaluacions notificades per l'administració. Per tant, el text mencionat indica que la decisió de l'administració ha d'estar «suficientment motivada». La decisió administrativa, per tant ha d'indicar clarament a l'interessat els criteris d'avaluació del valor real. Des d'aquest punt de vista, resulta dels principis aplicats en dret comparat que el control dels valors resulta, principalment de la comparació amb transaccions similars. Per altra banda, l'administració ha d'indicar a l'interessat els elements de comparació que s'han utilitzat, de tal manera que pugui utilitzar-los per contestar. Només es podran utilitzar altres mètodes d'avaluació quan no existeixi cap transmissió de béns similars.

Segons la jurisprudència de la Sala Administrativa, en els procediments tributaris, els drets i les garanties acordades als obligats tributaris s'han d'aplicar estrictament, de tal manera que els interessats puguin estar en condicions de contestar vàlidament les taxacions (Sentència 2005-72 del 16 de desembre de 2005, Recull, p. 957).

2) Garanties en l'aplicació de l'impost sobre les plus vàlues

En un litigi, el Govern estimava que diferents vendes d'immobles efectuades per societats constituïen un "muntatge" destinat únicament a evitar el pagament de l'impost. Per tant, el MI Govern considerava, implícitament, que les societats eren fictícies.

Però, en l'expedient administratiu, no es retrobava cap activitat de comprovació tendent a demostrar que aquestes tres persones jurídiques no tenien una realitat pròpia i que per tant havien de ser considerades com purament fictícies.

La Sala Administrativa constata que les conseqüències del frau a la llei són importants per als contribuents i, en conseqüència, la Sala ha jutjat que el procés ha de conferir als interessats totes les garanties que els hi permetin d'exercir eficaçment el seu dret de defensa.

En aquest cas, el Ministeri de Finances es limitava a constatar que hi havia hagut frau a la llei, però no aportava cap element concret que permetés demostrar aquesta infracció.

La Sala conclou que posar en causa la personalitat jurídica d'una societat suposa que s'aportin arguments que demostrin que la constitució d'aquestes societats revesteix un caràcter artificial i que no tenia cap altre fonament que el d'eludir l'impost (Sentència 109/2012 del 20 de desembre del 2012).

III. La responsabilitat administrativa.

La jurisprudència de la Sala Administrativa ha mantingut el principi de la responsabilitat per falta i no ha acceptat l'aplicació d'una responsabilitat objectiva.

A) El manteniment del principi de la responsabilitat per falta de servei

Segons la jurisprudència de la Sala Administrativa, des d'un punt de vista jurídic, el dret andorrà no reconeix la responsabilitat objectiva i cal acreditar una falta de servei comesa per un organisme públic. Si la part actora no pot acreditar una falta de servei, un òrgan públic no pot ser condemnat a títol de responsabilitat administrativa de l'article 59-1 del Codi de l'Administració (Sentència 82/2013 del 25 d'octubre del 2013).

El dret andorrà exclou, d'una manera general, la responsabilitat administrativa sense falta. En conseqüència, el cas fortuït és un cas d'exoneració de responsabilitat: per exemple, per un accident causat per la presència d'un animal salvatge en una carretera (Sentència 2003-1 del 30 de gener de 2003).

B) "L'adaptació" d'aquest principi en alguns casos

1) Danys causats per un incendi

El problema de la responsabilitat pels danys ocasionats en alguns casos apareix sovint impossible o molt complicada d'esbrinar quan les proves practicades no permeten deduir la causa concreta que ha provocat el sinistre i doncs acreditar el nexa de causalitat entre la conducta del responsable i el perjudici patit. Per exemple, en un cas d'incendi que elimina proves o fa molt difícil la identificació de la causa originària.

És per aquesta raó que, en aquesta matèria, la jurisprudència de la Sala administrativa preveu una relaxació en la prova de la culpa, sense però caure en un supòsit de responsabilitat objectiva. Als efectes de pal·liar la dificultat de la prova, es pot recórrer a la tècnica de la presumpció de causalitat, que consisteix en atribuir la responsabilitat del dany a la part demandada quan, malgrat s'ignora la causa exacta de l'origen del dany, existeix una probabilitat raonable que sigui així. (Sentència 64/2013, del 25 de juliol del 2013).

2) La responsabilitat mèdica

En aquesta matèria, la jurisprudència de la Sala Administrativa admet que no es pot descartar la possibilitat de recórrer a una prova per indicis, la qual, a partir d'un fet degudament establert, permeti arribar a la conclusió de què s'ha produït una falta de servei en el funcionament del servei hospitalari.

Per exemple, una sentència conclou: "En conseqüència, existeixen indicis suficients que permeten afirmar que ha existit una actuació negligent, constitutiva d'una falta de servei, de manera que ha quedat compromesa la responsabilitat del SAAS, cosa que determina la procedència d'indemnitzar la perjudicada, segons l'article 58 del Codi de l'Administració" (Sentència 55/2013, del 23 de maig del 2013).

Per un error de diagnòstic, la Sala ha jutjat: “Si s’haguessin esgotat els procediments ordinaris de diagnòstic és molt probable que la orientació diagnòstica hauria anat en la direcció correcta ... aquest error de diagnòstic constitueix una falta de servei en el sentit de l’article 59-1 del Codi de l’administració, en la modalitat de funcionament del servei en condicions tècnicament defectuoses (Sentència 11/2012, del 2 de març del 2012).

3) L’examen de la falta de servei ha de tenir en compte les circumstàncies particulars del litigi

Pels accidents que tenen lloc a les carreteres, la jurisprudència de la Sala Administrativa ha definit la noció “de defecte de manteniment normal” de la via:

“En efecte, els usuaris treuen avantatges de l’ús de les vies i han de fer-se càrrec dels danys que no són la conseqüència d’un defecte de manteniment normal de les obres de les quals es beneficien” (Sentència 12/2005 del 5 de maig del 2005: Recull, p. 671).

“L’apreciació del «defecte del manteniment normal» s’ha de fer en funció de les circumstàncies de fet de cada cas. Suposa apreciar, per una part, si la víctima podia conèixer els riscos que corria i d’altra part, si la persona pública estava en condicions de conèixer i de prevenir aquests riscos. En aquest cas, és cert que en un país de muntanya com és Andorra, els riscos lligats a les condicions meteorològiques són coneguts pels usuaris i per tant aquests han de fer prova d’una prudència particular en el període hivernal” (Sentència 84/2010 del 17 de desembre del 2010).

Per exemple, per un accident causat per una placa de gel, una sentència conclou: “cal concloure que, al Principat, això forma part del risc inherent a les condicions climàtiques de l’hivern, que obliguen els conductors a tenir-les en compte i a extreure les precaucions, particularment a certes hores del dia, sense que aquestes circumstàncies puguin derivar sistemàticament en una responsabilitat pública qualificable com falta de servei de les definides en l’article 59.1 del Codi de l’Administració” (Sentència 55/2003, del 19 de desembre del 2003: Recull, p. 239).

IV. Les sancions administratives.

A) El dret administratiu sancionador té una coloració penal

1) El principi general

En un sentència de principi, la Sala administrativa ha jutjat “Cal recordar que el nostre ordenament jurídic, recull, en la norma suprema, i com a dret fonamental, la presumpció d’innocència, l’aplicació de la qual és extensiva als procediments sancionadors basats en la conducta de les persones, i que consisteix en el dret de tot

ciudadà a no sofrir cap sanció que no tingui fonament en una prèvia activitat de prova sobre la qual l'Administració pugui fonamentar un judici raonable de culpabilitat" (Sentència 34/1997 del 15 de setembre de 1997, Recull, p. 147).

En aplicació d'aquests principis generals, la Sala administrativa considera que el dret administratiu sancionador té una coloració penal tal i com ho refereix la jurisprudència del Tribunal europeu dels Drets de l'Home. Pertany doncs a l'administració d'aportar la prova de la realitat dels fets que fonamenten l'aplicació d'una sanció.

La sanció tan sols es pot justificar quan reuneix els dos elements constitutius de la infracció: l'element material i l'element subjectiu (Sentència 35/2004 del 8 d'octubre de 2004, Recull, p. 403; Sentència 10/2005 del 5 de maig de 2005).

2) Però aquest principi no suposa un aplicació literal de les normes de dret penal

La Sala ha jutjat varies vegades que les sancions administratives revesteixen una "coloració penal", recollint per tant els principis establerts per la Cort Europea dels Drets de l'Home (v. més amunt).

Però aquest principi no significa que calgui fer una aplicació literal de les regles de dret penal. En efecte, els fonaments de les regles penals i de les regles administratives són diferents: les sancions administratives tenen com a finalitat principal assegurar el respecte de les obligacions imposades per diferents reglaments, i per tant cal aplicar-les en funció d'aquest objectiu.

La «coloració penal» significa que els interessats han de veure reconeguts el màxim de garanties, en particular les que concerneixen la possibilitat de presentar observacions i justificacions (Sentència 49/2003 del 17 de novembre de 2003, Recull, p. 211; Sentència 76-2006 del 23 de novembre del 2006; Sentència 33/2008, del 5 de maig del 2008).

B) La jurisprudència exclou la responsabilitat merament objectiva en l'àmbit sancionador

En relació amb les sancions duaneres, la Sala administrativa conclou: "Tal i com ha declarat aquesta Sala en nombroses ocasions, l'exclusió del dol en la conducta de l'interessat no exclou, tanmateix, la seva responsabilitat en la comissió de la infracció, que li és atribuïda a títol de culpa o negligència" (Sentència 12/2004 del 3 de març de 2004, Recull, p. 307).

En el mateix sentit, la sentència núm. 00-13, del 17 d'abril de 2000, estableix que "el dret sancionador en matèria d'infraccions de contraban no es regeix pel principi de responsabilitat objectiva sinó que s'ajusta a la concepció subjectiva de la culpabilitat".

La sanció ha de ser fonamentada en la negligència de l'interessat: "És cert que aquesta Sala ha admès que el dret sancionador en matèria d'infraccions de contraban

no es regeix pel principi de responsabilitat objectiva sinó que s'ajusta a la concepció subjectiva de la culpabilitat, però també ho és que el cas analitzat revela una discordança entre el valor de la mercaderia importada i la declarada que és imputable a títol de negligència en la mesura que era fàcilment evitable, i en atenció a tot el que s'ha exposat cal desestimar el recurs d'apel·lació ja que en el cas analitzat no hi ha cap causa que permeti modular la responsabilitat de la infracció" (Sentència 13/2000 del 17 d'abril de 2000, Recull, p. 57).

Es pot citar un altre exemple: "l'agent no va prendre les precaucions necessàries, com podia haver fet sense dificultat, per tal que la declaració de duana es fes en els termes procedents, al moment d'arribar a territori andorrà la segona expedició de la mercaderia" (Sentència 11/2001 del 9 de març de 2001, Recull, p.323).

Però, cal tenir en compte la situació particular de les sancions duaneres:

"En aquest cas, convé de fer prevaler les disposicions particulars contingudes en el Codi de Duana, sobre les disposicions generals que figuren al Codi de l'Administració. En efecte, la legislació duanera comporta procediments específics que es fonamenten sobre les necessitats particulars de control que exigeix la lluita contra el frau. Puix de ben segur la lluita contra el frau és una missió essencial d'interès general" (Sentència 33/2008, del 5 de maig del 2008).

V. L'obertura del dret a la jurisdicció (cap a una interpretació comprensiva del formalisme).

La pròpia existència d'un procediment administratiu formalitzat constitueix una garantia elemental del ciutadà. Com és habitual en tots els sistemes jurídics, el Tribunal Superior de Justícia s'ha hagut de pronunciar sobre múltiples qüestions d'índole adjectiva o processal, amb la perspectiva d'assegurar l'efectiu compliment d'aquestes garanties.

A) La motivació dels actes administratius

Una de les qüestions recurrents en el procés contenciós és la que fa referència a la deguda motivació dels actes de l'Administració. Des de ben aviat, la sentència 43-1995, de 27 de novembre, va establir els paràmetres que han vingut presidint l'anàlisi de la suficiència dels motius que determinen el contingut de les resolucions impugnades davant dels Tribunals.

Com diu aquesta sentència, "el requisit de la motivació dels actes administratius respon a una doble finalitat, ja que d'una banda té l'objectiu d'evitar la indefensió de l'interessat, fent-lo sabedor dels motius determinants de la resolució administra-

tiva de que és destinatari per tal de que pugui articular el mitjans de defensa més convenients al seu interès, i, d'altra banda, fer possible la revisió de la legalitat d'aquest motius o fonaments per part dels organismes encarregats de resoldre els corresponents recursos administratius o jurisdiccionals que en cada cas siguin procedents. En conseqüència, el requisit de la motivació no pot ser considerat de forma ritualista, sinó que el seu abast dependrà de les circumstàncies del cas, les quals exigiran una major o menor amplitud per tal de satisfer les finalitats que abans han quedat esmentades”.

Es tracta, doncs, d'assegurar que aquest requisit es compleix de manera substancial, i que a través de la deguda motivació el destinatari de l'acte administratiu pugui tenir un coneixement suficient de les raons de la decisió, tant jurídiques com merament fàctiques.

B) La revisió dels actes administratius

La modificació d'una decisió prèvia requereix, lògicament, de garanties especials, ja que es tracta d'alterar la situació jurídica preexistent. La jurisprudència ha examinat diversos supòsits que es poden plantejar sobre aquesta qüestió.

En primer lloc, la sentència 46-1997, d'11 de desembre, va admetre que “tot interessat pot demanar la revisió d'una decisió que l'afecta, en el cas de què les circumstàncies de dret o de fet que han pogut motivar legalment aquest acte hagin desaparegut”.

Una solució anàloga s'adopta quan és l'Administració qui pretén revisar una decisió prèvia. Ara bé, no resulta acceptable una modificació basada en un simple canvi de criteri. La sentència 41-1997, de 18 de novembre, afirma que “l'abast de les potestats revisores de que disposa la Caixa Andorrana de Seguretat Social vénen determinades per la pròpia finalitat de la institució, de manera que només resulta procedent una revisió del grau d'invalidesa en els supòsits en que es pugui apreciar una efectiva evolució de les seqüeles que pateix l'interessat. En conseqüència, aquest expedient no pot ser utilitzat per a imposar un simple canvi de criteri en la valoració del grau d'invalidesa inicialment acordat, cosa que suposaria una vulneració greu del principi de seguretat jurídica i de la fermesa de les resolucions administratives declaratives de drets”.

En darrer terme, quan es tracta d'actes declaratius de drets que han guanyat fermesa, l'Administració ha de recórrer al procediment que enuncia l'article 23 de la Llei de la Jurisdicció administrativa i fiscal. La sentència 83-2011, de 16 de desembre, recull una doctrina reiterada, afirmant que “per a la revisió d'ofici d'un acte administratiu declaratiu de drets resulta necessari que la seva adopció hagi comportat una vulneració de l'ordenament jurídic i, en segon lloc, que l'Administració iniciï les actuacions encaminades a la revocació de l'acte il·legal, amb la preceptiva audiència de l'interessat, dins del termini establert per a la seva impugnació jurisdiccional. En efecte,

només durant aquest període, en el qual l'acte no ha guanyat encara fermesa definitiva, pot l'Administració encetar els tràmits necessaris per tal de deixar sense efecte, per pròpia autoritat, un acte declaratiu de drets que resulta il·legal. Transcorregut aquest termini sense haver exercit la potestat de revisió d'ofici, l'Administració ha de procedir a impugnar l'acte que es reputa invàlid davant la Jurisdicció administrativa, fent ús de les facultats que li atribueix l'article 23 de la seva llei reguladora, per tal de què sigui aquesta darrera la que, previ el corresponent procés contradictori, examini la concurrència del vici denunciat i declari la invalidesa de l'acte”.

C) El silenci administratiu

La institució del silenci administratiu constitueix una garantia de singular importància, ja que permet que el ciutadà pugui reaccionar davant de la manca de resposta de l'Administració a les seves peticions. Tanmateix, es pot afirmar que existia en un primer moment una opinió força generalitzada que desvirtuava la finalitat de la institució i la seva eficàcia. Segons aquest criteri, basat en una interpretació molt literal de l'article 40 del Codi de l'Administració, un cop expirat el termini de dos mesos, només es podia prendre una decisió favorable al sol·licitant, però no confirmar el sentit negatiu que normalment té el silenci. Aquesta interpretació considerava nul·la la decisió tardana, de manera que l'interessat no podia portar la qüestió litigiosa davant dels Tribunals quan s'adoptava aquella. D'aquesta manera, el silenci negatiu s'assimilava en realitat a un acte ferm, si no s'havia recorregut en el termini de tretze dies.

A partir de la sentència 64-2004, de 17 de novembre, es va establir clarament que una resolució tardana era vàlida i que, en conseqüència, podia ser impugnada en via judicial. Com diu aquesta sentència, “la institució del silenci administratiu negatiu constitueix una mera ficció legal amb finalitat exclusivament processal, (...). En funció d'aquesta naturalesa de mera ficció legal, no hi cap obstacle a què la pròpia Administració, un cop transcorregut el termini de dos mesos, pugui resoldre de forma expressa sobre la sol·licitud de l'interessat, ja sigui confirmant la desestimació avançada per l'acte presumpte o bé en sentit favorable a les peticions del sol·licitant. En el primer cas, es produirà un acte merament confirmatori del sentit negatiu del silenci administratiu, però que permetrà al ciutadà conèixer els fonaments de fet i de dret que ha tingut en compte l'Administració per a denegar les seves peticions. (...). És en aquest sentit que cal interpretar el contingut del segon paràgraf de l'apartat b) de l'article 40 del Codi de l'Administració, quan estableix que “tanmateix, àdhuc després de l'expiració d'aquest termini (de dos mesos), l'Administració pot prendre una decisió favorable al sol·licitant”. Allò que pretén dir el precepte és que l'òrgan administratiu no està vinculat pel sentit negatiu del silenci, un cop transcorregut l'esmentat termini de dos mesos, de manera que pot resoldre en sentit favorable al peticionari, fins i tot després del termini legal. Ara bé, el que no prohibeix aquest precepte és que es dicti un acte administratiu merament confirmatori de la denega-

ció presumpta. En efecte, si resulta legalment possible modificar el sentit del silenci negatiu mitjançant un acte exprés dictat tardanament, amb més raó s'ha d'admetre la validesa d'un acte que no fa altra cosa que ratificar la denegació de la sol·licitud formulada per l'interessat. Aquest acte exprés no perjudica en res la posició jurídica de l'interessat, sinó que li permet conèixer les raons determinants de la decisió administrativa, de les quals no tenia abans notícia”.

VI. El manteniment de l'equilibri en la contractació administrativa.

A diferència del que succeeix habitualment en l'àmbit dels contractes privats, en què la litigiositat es produeix sobretot entorn del compliment i extinció del vincle contractual, quan es tracta dels contractes de les Administracions públiques adquireix una importància primordial la fase de preparació i adjudicació, que comprèn els procediments que han de determinar la selecció del contractista. Des de la perspectiva dels interessos públics que es troben en joc, la llei pretén assegurar que els diversos participants en el procés de selecció es trobin en igualtat de condicions i, a més, que sigui escollida la millor opció quant a qualitat tècnica i avantatge econòmic.

A) Els principis generals

La jurisprudència de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia ha volgut fer realitat, en la major mesura possible, aquests objectius del legislador. Encara que es tracti d'una qüestió que ara ja no és objecte de controvèrsia, no està de més assenyalar que els primers pronunciaments del Tribunal van estendre l'àmbit d'aplicació de la legislació en matèria de contractes públics, cosa que el text normatiu de 1985 no determinava clarament. En aquest sentit, la sentència 23-1999, de 15 de juliol, va declarar la competència de la Jurisdicció administrativa per conèixer de l'adjudicació d'un contracte relatiu al subministrament d'unes instal·lacions per al Consell General, que havia estat adjudicat per la Sindicatura, mentre que la sentència 52-1998, de 9 de desembre, va declarar que la Llei de contractació pública de 1985 regia de manera supletòria la contractació de les Administracions comunals.

La característica essencial en aquesta matèria és sens dubte l'aplicació dels principis de publicitat i concurrència. En conseqüència, l'omissió d'aquests requisits comporta que l'adjudicació sigui nul·la de ple dret. La sentència 34-1998, de 23 de juny, així ho va declarar, amb motiu de l'examen de la legalitat de l'adjudicació d'una freqüència de radiodifusió sense prèvia convocatòria pública.

L'adjudicació dels contractes pel procediment de concurs, que és el més habitual, “atribueix a l'Administració un ampli marge de llibertat d'elecció, ja que aquesta

no queda reduïda a determinar l'oferta més econòmica, sinó que l'adjudicació pot efectuar-se en favor de la proposta que, en termes generals, es consideri més avantatjosa o convenient, sense que s'hagi d'atendre únicament al seu valor dinari" (sentències 15-1995, de 8 de juny, i 31-1998, de 12 de maig, posteriorment reiterades).

B) Els mecanismes i criteris de control

Ara bé l'existència d'aquest marge d'apreciació, com diuen les referides sentències, "no suposa la impossibilitat d'impugnació en via jurisdiccional de la decisió que s'adopti, si bé aquella queda subjecta als límits propis de la revisió dels actes de caràcter discrecional i, especialment, als casos en què s'hagin produït vicis substancials de procediment, infracció dels plecs de clàusules administratives o tècniques, arbitrietat o error manifest en la valoració de les ofertes presentades".

Els vicis de procediment es produeixen, sobretot, quan es trenca el principi d'igualtat entre els concursants. En aquest sentit, la sentència 44-1998, de 21 de setembre, afirma que "constitueix un requisit essencial encaminat a garantir la plena efectivitat d'aquests principis (de publicitat i concurrència) l'exigència de què les proposicions es presentin en sobre tancat i que siguin obertes en acte públic, com a única garantia de què no es produirà una comunicació del contingut dels plecs i que aquests no podran ser modificats abans del pronunciament de la mesa de contractació (...). En conseqüència, l'omissió d'aquest requisit essencial determina la invalidesa de l'acord d'adjudicació, ja que no es tracta d'una mera irregularitat formal no invalidant, sinó de l'incompliment d'una exigència que determina la indefensió dels interessats, en no haver-se garantit el principi de lliure concurrència que recull l'article 52 del Codi de l'Administració".

En la mateixa línia, la sentència 44-2003, de 22 d'octubre, va considerar que es trencava el principi d'igualtat entre els concursants amb l'admissió d'una oferta presentada fora de termini, encara que això hagués obeït a un accident de trànsit. Com diu aquesta resolució, "les formalitats que la legislació estableix en la fase prèvia a l'adjudicació definitiva són d'ordre públic i, en concret, les que estableixen els terminis de presentació d'ofertes contenen terminis d'estricta caducitat, que no admeten, per tant, pròrrogues de cap mena, sigui quina sigui la causa que raonablement les pugui justificar".

Una altra de les garanties essencials del procediment d'adjudicació d'un contracte és el fet de què la resolució administrativa estigui degudament motivada, cosa que ha de fer possible l'ulterior control per part de la Jurisdicció administrativa. La sentència 43-2000, de 18 d'octubre, afirma que "el fet que el Comitè de Direcció del Centre Hospitalari Andorrà disposi de plena llibertat per apreciar l'oferta més favorable als interessos del Centre Hospitalari no implica que aquest pugui decidir arbitràriament, sinó que, en el cas que vulgui apartar-se de l'informe de la Comissió de Control i

Avaluació Tècnica, haurà de justificar la raó per la qual ho fa". En conseqüència, el requisit de la motivació resulta especialment exigible, quan l'adjudicació s'aparta de les conclusions dels informes tècnics que consten a l'expedient.

C) Les conseqüències de l'anul·lació d'una adjudicació

Segons la sentència 36-2001, de 13 de juliol, "l'adjudicació irregular d'un contracte, que ha estat anul·lada en virtut de resolució judicial, pot comprometre la responsabilitat de l'Administració, des del moment en què constitueix un supòsit de funcionament anormal dels serveis públics. Tanmateix, aquest principi general no suposa que tots els participants en el procediment d'adjudicació tinguin dret a ser indemnitzats com a conseqüència de l'esmentada anul·lació. És necessari, en primer lloc, que la irregularitat en el procediment de contractació sigui rellevant, en el sentit de què pugui haver modificat el sentit de la decisió final. En segon lloc, cal que aquesta irregularitat hagi fet perdre al sol·licitant una possibilitat seriosa d'obtenir l'adjudicació del contracte, és a dir, que les característiques de la seva oferta permetin concloure que, en un procés regular, aquella hagués pogut raonablement ser escollida com la més beneficiosa de les presentades. En darrer terme, és lògicament imprescindible que l'estat d'execució del contracte faci impossible reposar les actuacions del procediment contractual al moment en què es va cometre la irregularitat invalidant, i procedir a una nova adjudicació del contracte".

En aplicació d'aquests principis, la sentència 44-2005, de 25 de juliol, va denegar la indemnització sol·licitada per una associació que no havia pres part en el procediment de contractació. Segons aquesta sentència, l'associació actuava "estatutàriament en el procés en defensa de la legalitat mediambiental i en benefici de tota la col·lectivitat, de manera que si les actuacions que han estat objecte d'aquest litigi no li han suposat un perjudici personal –que és el que justificaria l'exercici d'una pretensió d'indemnització al seu favor- la seva pretensió només pot ser d'anul·lació i, si és el cas, de restabliment de la situació jurídica pertorbada per l'actuació que es declari il·legal, sense, però, que la impossibilitat real d'executar el fallo –perquè l'amiant ja està retirat- autoritzi una indemnització, per les raons exposades".

En darrer terme, el Tribunal també s'ha plantejat una qüestió de capital importància, com és la relativa a la possibilitat de substituir el contingut de la decisió administrativa. Sobre aquest punt, la sentència 44-2003, de 22 d'octubre, es va pronunciar en un sentit negatiu, afirmant que "aquest pronunciament no pot ser adoptat per aquesta Sala ja que no ha de substituir l'Administració competent per decidir a quin dels concursants (...) li hauria correspost l'adjudicació". La posterior sentència 28-2005, de 26 de maig, reproduïx substancialment la mateixa argumentació, encara que amb algun matís.

De tota manera, ha quedat ben establert en la jurisprudència que el Tribunal pot substituir la decisió administrativa quan jurídicament hi hagi una sola solució

possible. Així ho va declarar ben aviat la sentència 2-1997, de 16 de maig, en afirmar que “en els casos excepcionals en els quals la decisió de l’Administració no pot ser altra que aquella que es desprèn del raonament jurídic seguit pel Tribunal, aquest pot prendre la decisió sobre la qüestió de fons. Es així en aquest cas, ja que l’adjudicació s’havia de fer obligatòriament en profit de la societat O., en aplicació de criteris purament econòmics que no deixen cap marge d’apreciació a l’Administració”.

VII. Les mesures de manteniment de l’ordre públic.

L’activitat administrativa de policia és un dels àmbits en què es poden produir amb major freqüència situacions de tensió entre les atribucions administratives i els drets del particulars, ja que es tracta d’un sector que té per objecte el control de l’actuació dels ciutadans, ja sigui de caràcter previ amb l’atorgament d’una autorització, o bé posteriorment amb l’exercici de les funcions de verificació, inspecció i sanció. En conseqüència, la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia ha pretès assegurar un delicat equilibri entre la necessària eficàcia de l’Administració i el degut respecte als drets dels ciutadans.

A) El reconeixement de competències particulars de la Policia

Nombroses sentències de la Sala Administrativa han determinat les característiques peculiars de l’activitat de policia, bona part de les quals s’han dictat en processos relatius a la legislació d’estrangeria.

En primer lloc, s’ha reconegut de forma reiterada l’especial valor probatori que tenen les enquestes realitzades pel Servei de Policia. A títol d’exemple, la sentència 44-2000, de 18 d’octubre, va declarar que “resulten especialment rellevants les diferents enquestes dutes a terme pel Servei de Policia, ja que ofereixen el resultat de les investigacions realitzades sobre el terreny per funcionaris públics en l’exercici dels seus càrrecs, que han permès recollir diverses apreciacions personals i manifestacions de tercers sobre l’objecte de l’expedient”.

La recent sentència 30-2013, de 22 de març, examina àmpliament l’abast de les competències del Servei d’Inspecció de Treball, afirmant, en primer lloc, que “cap principi constitucional o legal exclou que, a resultes d’una denúncia personal versemblant, el SIT pugui estendre el seu control a aspectes que no formen part de la denúncia inicial i fins i tot als altres assalariats de l’empresa. No escau oblidar que el SIT ha de vetllar pel compliment de les normes vigents en matèria de condicions laborals i de seguretat i higiene (articles 4 i 5 de la seva llei de creació), tractant-se sovint de normes d’ordre públic irrenunciabls, de manera que el SIT disposa d’obligacions “positives” en ordre a fer efectius els drets que la Constitució, determinats Convenis

i/o lleis confereixen a les persones assalariades. La potestat investigadora del SIT i dels òrgans judicials no es pot comparar, perquè es regeixen per normes distintes, amb el benentès que l'actuació administrativa ha de ser sempre proporcionada i evitar conductes excessives que no es donen en el cas present". A més, "segons la normativa vigent, el detall dels fets recriminats s'ha de posar en coneixement del presumpte responsable, per primera vegada, en el plec de càrrecs (article 3.2 del Reglament regulador del procediment sancionador). Per consegüent, el SIT no estava obligat a comunicar al Sr. X, abans del tràmit esmentat, la relació de tots els greuges formulats per la Sra. Y".

La mateixa sentència admet la pràctica d'una informació reservada prèvia a la iniciació del procediment sancionador: "l'Administració va realitzar actuacions prèvies abans d'incoar l'expedient sancionador, podent-se aquestes incloure, malgrat la limitada regulació vigent, dins el concepte de la instrucció reservada contemplada a l'article 2.2 del Reglament regulador del procediment sancionador (*"En rebre la comunicació o denúncia respecte a la suposada infracció administrativa, es pot acordar la instrucció d'una informació reservada abans de dictar la providència mitjançant la qual es decideix l'obertura de l'expedient o, si escau, de l'arxiu de les actuacions"*). La representació processal del Govern admet el recurs a aquest dispositiu (...). Aquestes "diligències prèvies" poden tenir per objectiu la realització de les investigacions escaients per verificar si les denúncies formulades són mínimament versemblants. En el cas que ens ocupa, aquestes actuacions van consistir en les dues declaracions que va prestar el Sr. X prop del SIT, en el marc de les quals l'Administració va obtenir i deduir les proves de càrrec necessàries per incoar, posteriorment, l'expedient sancionador".

B) La preservació dels drets del ciutadà

El reconeixement d'aquestes potestats administratives de policia, que tenen una indubtable amplitud, s'ha vist contrapesat amb l'afirmació d'una sèrie de garanties que assegurin els drets del ciutadà.

1. La presumpció d'innocència

Com afirma la sentència 71-2005, de 16 de desembre, "el principi de la presumpció d'innocència és un principi general del dret penal i aquesta Sala ha jutjat diverses vegades que aquest principi s'aplica al dret administratiu sancionador".

Com a conseqüència del referit principi, la jurisprudència ha atribuït a l'Administració la càrrega de la prova que permeti considerar acreditada una infracció. La sentència 35-2004, de 8 d'octubre, estableix que "pertany doncs a l'Administració d'aportar la prova de la realitat dels fets que fonamenten l'aplicació d'una sanció. Efectivament, no es pot atribuir al Sr. Z la càrrega d'una prova negativa, que no és conforme a les regles del dret sancionador".

Per la seva part, l'interessat pot aportar els elements de descàrrec que consideri necessaris. La sentència 64-2004, de 17 de novembre, afirma que “el principi de contradicció que invoca la recurrent no s’ha vist menystingut, des del moment en què, front a la decisió administrativa basada en el resultat de les enquestes de policia, aquella ha pogut presentar els mitjans de prova adients, per tal de provar que resideix efectivament al Principat”.

2. El principi de proporcionalitat

A partir de la sentència 31-1999, de 20 d’octubre, es va establir que “d’acord amb el principi general de subjecció de l’activitat administrativa al control jurisdiccional, (...) els tribunals revisen la legalitat de les ordres governatives d’expulsió i, de manera especial, la concurrència dels següents elements: a) l’acreditació dels fets que s’imputen a l’interessat; b) si els mateixos poden ser qualificats com una amenaça per a la tranquil·litat, pau o moralitat públiques; i c) la necessària proporcionalitat que ha d’existir entre la conducta que s’atribueix al ciutadà estranger i les conseqüències perjudicials que deriven de l’expulsió, compte tingut de les circumstàncies personals de l’interessat”.

Des de llavors, ha estat una constant en la jurisprudència de la Sala Administrativa la verificació d’aquest principi de proporcionalitat. Com a exemple, es pot citar la sentència 72-2009, de 27 de juliol, relativa a la denegació d’una autorització de residència. Aquesta resolució afirma que “com ha declarat aquesta Sala en reiterades ocasions, s’ha de reconèixer a l’Administració un marge d’apreciació per estimar si la presència de l’interessat en el territori del Principat representa o no un risc. Però la mesura ha de respectar la necessària proporcionalitat entre la conducta que s’atribueix al ciutadà estranger i les conseqüències perjudicials que deriven de la decisió, compte tingut de les circumstàncies personals de l’interessat”. En aquell cas concret, es va concloure que els antecedents penals dels sol·licitant tenien ja una antiguitat de dotze anys i que, a més, havia contret matrimoni amb una ciutadana andorrana, “de manera que la negativa a atorgar-li l’autorització de residència que sol·licita incideix de manera molt negativa en l’àmbit de la vida personal i familiar dels consorts, en fer impossible la seva convivència conjugal”.

3. Les garanties formals

La sentència 58-2010, de 22 de setembre, examina les atribucions de l’instructor d’un procediment sancionador, entre les quals s’inclou la formulació del plec de càrrecs. Doncs bé, “la formulació d’aquest plec de càrrecs correspon a l’instructor de l’expedient, com resulta clarament de l’article 5 del mateix Reglament regulador del procediment sancionador (...). D’aquesta regulació en resulta clarament establert que la instrucció i la decisió d’un expedient de caràcter sancionador s’atribueix reglamentàriament a dos òrgans diferents, sens dubte amb la finalitat de garantir una major imparcialitat de l’òrgan decisor, en línia amb allò que succeeix en el procés

penal, tal com posa de relleu la sentència apel·lada. No es pot oblidar que, com ha declarat aquesta Sala en diverses ocasions (v. sentència núm. 2005-10, de 5 de maig de 2005), el dret administratiu sancionador té una clara “coloració penal”, la qual cosa determina l’aplicació, amb matisos, dels principis generals del dret penal”. La inobservança d’aquest requisit comporta l’anul·lació de la resolució sancionadora.

D’altra banda, la sentència 30-2013, a què abans ja s’ha fet referència, estableix que “en relació amb el dret constitucional a l’assistència tècnica d’un lletrat (article 10.2), aquesta Sala considera que aquesta garantia fonamental és traslladable al procediment administratiu sancionador, però amb determinades limitacions, entre altres, en matèria de torn d’ofici o d’assistència gratuïta. El Reglament regulador del procediment sancionador no preveu en cap moment la intervenció lletrada, però tampoc l’exclou. Es tracta, per tant, d’un dret que l’Administració no pot limitar injustificadament. Altra cosa consisteix en exigir que l’Administració ho posi en coneixement del presumpte infractor, comunicació que no exigeix amb caràcter general cap norma jurídica de dret positiu, a diferència de puntuals matèries sensibles en què es limiten drets fonamentals, com és el cas dels interns dels centres penitenciaris (article 55 de la llei qualificada penitenciària)”.

La protecció del secret de les comunicacions

Joan Miquel Rascagneres
Advocat

“Llibertat i seguretat, ciutadà i Estat, persona i societat, individus i institucions. Tots aquests termes es troben en oberta i franca contraposició en la societat actual. Per augmentar la seguretat es tendeix a reduir els espais de llibertat. L'Estat supera per totes bandes el ciutadà. La societat global esvaeix la persona. L'equilibri entre individus i institucions penja de la banda de les institucions.”

“Com encarar la permanent, i resolta contradicció en la pugna històrica dels irreductibles de la fraternitat, la igualtat i la justícia?”

Així s'expressava, amb un excel·lent criteri, el company Manuel Maria Pujadas Domingo en el pròleg del llibre *Legislació Processal del Principat d'Andorra*, publicat el març del 2004. La contesta a la seva tan legítima pregunta la trobem parcialment, pel que ens afecta, en la legislació andorrana i en l'aplicació que n'han sabut anar fent els diferents tribunals andorrans, i entre els quals és convenient, en aquesta matèria, destacar la Sala Penal del Tribunal Superior de la Justícia. En efecte, l'àmbit penal és el més sensible en matèria de llibertats públiques i és aquí on, òbviament, les contradiccions abans esmentades són més rellevants. A casa nostra, mancats de cultura històrica escrita de garantia dels drets, aquest interrogant és encara més pugnant. En aquest sentit, només cal recordar que no va existir cap Codi de Procediment Penal que limités els poders de les autoritats públiques i garantís els drets dels ciutadans fins a una època recent. Una altra cosa és que, tot i aquesta absència de normativa escrita, al llarg dels segles, i en consonància amb els usos i costums de cada període, s'han anat respectant de forma més o menys satisfactòria els drets fonamentals i les llibertats públiques dels ciutadans andorrans.

Quant a l'època contemporània, és obligat recordar l'exposició de motius del Codi de Procediment Penal del 16 de febrer del 1989, que deia literalment: “El decret del 4 de juny del 1965 inicia tímidament la reforma del Procediment Penal a Andorra que assolí una primera fase de desenvolupament i modernització amb el text aprovat pel Decret del 14 de gener del 1972 que, a la vegada, constituí el primer conjunt sistemàtic de normes processals penals del Principat. I s'ha hagut d'esperar fins al 18 de gener del 1984, que entrés en vigor un Codi de Procediment Penal, que es pogués comparar amb els dels països veïns.”

Des d'aquella data, aquest codi s'ha anat modificant, per consegüent s'han incrementat en cada moment les garanties dels ciutadans i limitat de forma equilibrada els poders d'investigació de les autoritats públiques. L'últim canvi en aquest text, en tràmit parlamentari a la data de redacció de l'article present, n'és la prova més fefaent. L'entrada en vigor de la Constitució, el 1993, ha fet un pas resolutiu en aquesta via garantista, ratificada i confirmada per l'adhesió l'any següent al Consell d'Europa i doncs, entre altres tractats, al Conveni Europeu dels Drets Humans. Aquest conjunt de normatives, en unió amb la interpretació que en van donar els tribunals andorrans, ha portat com a resultat acordar als ciutadans unes garanties que es poden considerar, en el moment actual, conformes al Conveni Europeu dels

Drets Humans, en el marc dels procediments penals. És suficient en aquest sentit recordar, *ad exemplum*, que avui dia queda assegurada la intervenció de l'advocat en totes les fases del procediment penal, incloses en aquestes l'enquesta policial, amb el degut accés dels lletrats a les diligències dutes a terme, inclús pel servei de policia, garantia aquesta que encara no s'ha instituït a tots els països que integren el Consell d'Europa. Però, més enllà d'aquesta garantia genèrica, s'han instaurat a Andorra igualment unes garanties específiques que troben la seva aplicació en el desenvolupament de les enquestes policials i judicials, les quals es caracteritzen, per hipòtesi, per una intromissió dels poders públics en la vida privada dels justiciables. Així s'han anat creant, jurisprudencialment en primer lloc, i posteriorment en el Codi de Procediment Penal, els mecanismes que permeten entre altres als ciutadans tenir la certesa que es respecta en tot moment el dret inscrit a l'article 15 de la Constitució relatiu al secret de les comunicacions. Evidentment, aquest secret no és absolut, atès que s'ha d'encarar la contradicció sempre present entre llibertat i seguretat. I això legítima que aquest secret hagi de cedir, en certs casos, i sempre, tal com ho preveu l'article 15 de la Carta Magna, mitjançant un manament judicial motivat.

Així ho ha ratificat el Tribunal Constitucional en la recent Sentència de data 13 de març del 2014 en la causa 2013-42-RE, en la qual desestima la petició del recurrent en empara, pel motiu que el control de trucades discutit va ser ordenat per l'autoritat judicial, de conformitat doncs amb les prescripcions constitucionals. Aquesta figura del manament judicial ha vingut determinada i precisada pels tribunals andorrans i està igualment recollida en el Codi de Procediment Penal, de tal manera que ningú pugui tenir el dubte avui que les seves comunicacions queden degudament protegides enfront de l'autoritat pública, que es veurà sancionada si infringeix les obligacions que li incumbeixen.

És sabut, d'altra part, que la violació d'aquest secret de les comunicacions, sempre que sigui judicialment motivada, és una de les armes més eficients dels serveis d'enquestes, per complir amb la seva missió, que és la de garantir a tots la seguretat. Però, val a dir igualment que, en el nostre món modern i globalitzat, les comunicacions han esdevingut una eina força utilitzada, de tal manera que es parli d'un món interconnectat. Aquesta interconnexió justifica plenament la protecció que es mereixen les comunicacions, portadores d'elements d'intimitat que pertocuen a cada un dels ciutadans.

Avui, i aquest és el motiu del text present, el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra compleix 20 anys, és a dir que ja ha arribat a la seva majoria d'edat. Digne successor dels Tribunals Superiors de la Mítra i de Perpinyà, del qual el sotasignat recorda amb certa nostàlgia la seva última audiència al Palau de Justícia d'aquesta ciutat catalano-francesa, l'actual Tribunal Superior de Justícia d'Andorra ha sabut apuntalar i precisar, al llarg d'aquest recorregut, els mecanismes de protecció dels drets del ciutadà pel que fa al secret de les comunicacions. Jurisprudència extensa, per a un

petit país com és Andorra, i que no se cenyeix únicament en l'àmbit penal, com es podrà comprovar. I aquests mecanismes de protecció, per la seva precisió i dialèctica, conserven tota la seva validesa, per altres mesures tècniques d'investigació, que, de ben cert, si encara no han aparegut a Andorra, apareixeran molt aviat, com ara la geolocalització.

A fi de posar en evidència aquesta preocupació garantista i protectora, sembla oportú dur a terme una breu anàlisi de la jurisprudència desenvolupada pels tribunals i, en particular, per la Sala Penal del Tribunal Superior de la Justícia, respecte als requisits imposats als serveis d'investigació quan desitgen emprar aquests mecanismes invasius d'enquesta. (I)

Quant als procediments que cal seguir per a fer valdre, davant els tribunals, la protecció del secret de les comunicacions, la mateixa Sala Penal els ha definit en diferents sentències, en conjunció amb el Tribunal Constitucional, de tal manera que totes les eventualitats semblen cobertes. (II)

En fi, s'intentarà, amb tota la modèstia necessària, entrar en una prospectiva judicial respecte a l'aplicació dels principis deduïts per la Sala Penal, en algunes de les noves formes d'investigació que utilitzen els serveis d'enquestes. (CONCLUSIÓ PROSPECTIVA)

I. Els criteris jurisprudencials de garanties.

Com a primera remarca preliminar, sembla convenient precisar que aquesta protecció, tal com queda acordada per la normativa vigent i per la jurisprudència, s'aplica a totes les comunicacions, sense cap excepció. Es refereix doncs, tant a les comunicacions telefòniques, objecte d'una extensa jurisprudència, com a tota forma de comunicació electrònica o altre que es poden vehicular mitjançant les xarxes existents (Internet, Wi-Fi, etc.). I és notori que el servei de policia d'Andorra, pel degut compliment de la seva missió, disposa d'uns equipaments tecnològics, adients per a la intercepció de qualsevol comunicació del tipus que sigui.

La segona remarca preliminar considera el que s'anomena en alguns països veïns *les intercepcions de seguretat*. En efecte, sota aquest vocable es distingeixen les intercepcions relatives a la seguretat de l'Estat, als afers de terrorisme, i en certs estats, a la criminalitat organitzada. Aquestes intercepcions de seguretat, en la gran majoria dels països, són qualificades d'intercepcions administratives, per tant no mereixen el control judicial, sinó, en el millor dels casos, el control d'una comissió administrativa o parlamentària *ad hoc*. Es tracta bàsicament d'intercepcions ordenades per l'autoritat pública, amb la finalitat de recollir informació que no donarà lloc de forma directa a un procediment judicial, però permetrà, entre altres exemples, prevenir atemptats contra la seguretat de l'Estat o organitzar operacions d'intel-

ligència, en el sentit anglosaxó del terme. El millor exemple en són les intercepcions dutes a terme per la NSA i que van ser denunciades públicament pel Sr. Snowden. Ara bé, Andorra no coneix aquesta forma d'intercepció, atès que totes i cadascuna de les intervencions de comunicacions han de ser ordenades, en mèrits del mandat constitucional, per l'autoritat judicial. És imprescindible en aquesta matèria, a casa nostra, la intervenció del jutge, la qual cosa representa una garantia envers els drets del ciutadà que s'ha d'elogiar.

Pel que fa doncs a les escoltes judicials, l'obligatorietat del mandat judicial es recull en el Codi de Procediment Penal del 16 de febrer del 1989, i en particular al seu article 26, que preveia la possibilitat pel servei de policia d'efectuar escoltes telefòniques prèvia autorització del batlle. Aquesta breu menció era de difícil interpretació, atès que el text no detallava les condicions en les quals poden dur-se a terme les intervencions telefòniques. El Tribunal de Corts, en la seva sentència de data 21 de maig del 1993, va fixar el marc en el qual es poden efectuar, així, en un extracte de la mateixa s'hi fa constar que "en el respecte dels texts sobre la protecció de la vida privada de l'individu i els principis generals del dret". La del 1993 va ser la primera sentència a Andorra que determina, de forma sistemàtica i sobre el fonament de la norma imprecisa que emanava del Codi de Procediment Penal, els requisits que s'han de respectar en el marc de les intervencions telefòniques.

Amb aquesta finalitat, el tribunal va considerar que, tenint en compte que l'article 219 del Codi Penal en aquest moment vigent protegia la intimitat de les persones d'aquest tipus de divulgació, l'article 26 del Codi de Procediment Penal abans esmentat havia de rebre una interpretació que permetés conciliar la necessitat de la repressió de la criminalitat, i especialment la més greu, com és el tràfic d'estupefaents amb la protecció d'aquesta intimitat. I, referint-se a l'article 14 de la Constitució que havia entrat en vigor pocs dies abans de la notificació d'aquesta sentència, article que garanteix el dret a la intimitat i que per tant considera que qualsevol intromissió en la vida privada d'una persona ha de ser legítima i estrictament controlada, el Tribunal de Corts va desenvolupar el tan repetit article 26 del Codi de Procediment Penal, després d'un examen del dret comparat i de la jurisprudència de la Cort Europea dels Drets Humans, per a precisar, tal com segueix, els requisits mínims exigits per a la regularitat de les escoltes enfront del dret a la intimitat de les persones:

1. L'autorització donada pel Batlle ha de ser escrita i prèvia a l'escolta.
2. L'aute del Batlle ha de precisar el delicte major del qual es tracta, persona en causa i les raons per les quals és necessari utilitzar aquest procediment, els números de telèfon per intervenir així com la durada de l'escolta.
3. Les bandes d'escolta han de ser en llur totalitat precintades i els texts reproduïts escollits contradictòriament amb la defensa pel batlle o per l'agent de policia judicial delegat per fer aquesta tasca.

4. Les bandes magnètiques no utilitzades i precintades han de ser destruïdes sota el control del batlle o l'agent de policia judicial delegat a aquest efecte, després de la tria més amunt esmentada i les que han estat reproduïdes en el curs de la instrucció precintada fins a la decisió definitiva, data en la qual també seran destruïdes sota el control del batlle o de l'agent de policia judicial en cas d'absolució o de sobreseïment definitiu.

Les precisions aportades pel Tribunal de Corts corresponen, tal com es diu en la mateixa sentència, a les diferents prescripcions que deriven de les decisions dictades pel Tribunal Europeu dels Drets Humans, i entre les quals es pot citar, *ad exemplum*, la sentència de data 2 d'agost del 1984 en l'*afer Malone* contra Regne Unit. En aquesta decisió, el Tribunal Europeu va sancionar aquest Estat pel motiu que la legislació d'aplicació no és suficientment clara per a fixar l'abast i les modalitats d'exercici del poder d'apreciació de les autoritats públiques en aquest àmbit. S'infereix doncs de la manca de previsibilitat d'aquesta legislació la vulneració sancionada pel Tribunal Europeu, defecte que el Tribunal de Corts, en la sentència de referència, i pel que afecta el dret andorrà, intenta sanejar, pel futur, definint les condicions en les quals s'ha de desenvolupar el mandat judicial previst a l'article 26 del Codi de Procediment Penal, mitjançant els quatre requisits abans precisats.

D'altra part, és il·lustratiu remarcar que el tribunal, en aquest moment s'inspira en la jurisprudència d'una jurisdicció internacional, a la qual Andorra encara no s'ha adherit. En efecte, l'adhesió al Consell d'Europa és de data 10 de novembre del 1994, és a dir posterior a la sentència esmentada. Aquesta constatació posa en relleu la preocupació innegable dels tribunals andorrans en el marc de la protecció del dret a la intimitat i del secret de les comunicacions. Així, en aquell moment, la referència jurisprudencial s'efectua amb el Tribunal Europeu encarregat de la defensa dels drets fonamentals, demostrant així la voluntat de l'organisme judicial andorrà de complir amb el mandat constitucional i la normativa europea en aquesta matèria.

En el moment de la reforma del Codi de Procediment Penal, l'any 1999, s'ha tingut en compte la definició així donada pel Tribunal de Corts i que havia estat posada en pràctica pels batlles instructors i pel servei de policia des d'aleshores. D'aquí en resulta la redacció de l'article 87.2 del Codi avui vigent, article que, una vegada més, va ser desenvolupat i precisat pels tribunals andorrans, i en particular per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia en la seva sentència de data 10 d'abril del 2008, recaiguda en la causa TC-113-3/2005.

En la resolució esmentada, la Sala Penal fixa els requisits essencials que cal respectar en cas d'intervenció telefònica, i, per la seva importància i claredat, es considera oportú reproduir-les literalment:

(...)

1. "Exclusivitat jurisdiccional, ja que sols pot decretar-la el batlle instructor, a qui li correspon en tot moment el control de l'execució de la mesura."
2. "Finalitat exclusiva de la investigació i prova de delictes i de les persones que hi intervenen."
3. "Excepcionalitat de la mesura, que sols es pot decretar quan no hi hagi altre medi per a la investigació del delicte que suposi una menor ingerència en el dret fonamental del sospitós a la seva intimitat."
4. "Proporcionalitat de la mesura, ja que sols es pot decretar en el cas de delictes majors."
5. "Especialitat de la mesura, tant en l'aspecte objectiu, sobre el fet o fets delictius concrets que poden constituir un delicte major, com en l'aspecte subjectiu, doncs sols pot recaure la mesura sobre els telèfons de les persones presumptament implicades, ja siguin els titulars del telèfon o telèfons, ja en siguin els seus usuaris habituals. Mai pot justificar-se per a actuacions de caràcter prospectiu i indeterminat."
6. "Necessitat, derivada de l'anterior exigència, que hi hagi indicis de la comissió d'un fet constitutiu de delicte major i de la intervenció en el delicte de la persona titular o usuària habitual del telèfon o telèfons que s'intervenien. Per això, caldrà que el servei de policia aportï al batlle instructor dades objectives sobre el delicte o delictes majors objecte de la investigació i de la participació en ells de la persona investigada titular o usuària del telèfon objecte de la intervenció. És clar que no cal, ja que no es pot exigir, una justificació exhaustiva, ja que no hem d'oblidar que es tracta d'una mesura que s'adopta en les beceroles de la investigació."
7. "Control jurisdiccional tant en la seva instauració, com en el control posterior i cessament de la mesura, amb la intervenció del ministeri Fiscal."
8. "Limitació temporal de la mesura."
9. "Control, ex post, de la legalitat i regularitat de la mesura pel mateix interessat."
10. "I, quant a l'abast de la protecció del dret fonamental, aquest tribunal deia en les sentències citades de 21 de juny del 2007 que la interpretació de l'article 15.2 de la Constitució, a la llum de la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans (TEDH), és que el dret al secret de les comunicacions telefòniques garanteix a interlocutors o comunicants la confidencialitat de la comunicació telefònica que comprèn el secret de l'existència de la comunicació mateixa i el contingut del comunicat, així com la confidencialitat de les circumstàncies o dades externes de la connexió telefònica: el moment, duració i destinació; i això amb independència del caràcter públic o privat de la xarxa de transmissió de la comunicació i del medi de transmissió –elèctric, electromagnètic o òptic, etc.– de la mateixa, i se citava la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans, la STEDH de 2 d'agost de 1984 (TEDH 1984/1, *cas Malone*) i la STEDH de 24 d'abril de 1990, (*cas Kruslin* contra

França), que estableix que els llistats on figuren les dades dels números dels telèfons de destí, o trucades rebudes, són part integrant de les comunicacions telefòniques, fet pel qual estan afectats per la protecció de l'article 8.1 del CEDH, i no és possible disposar de dites dades sense consentiment del seu titular. Per tant, el dret fonamental al secret de les comunicacions que a tothom garanteix l'article 15.2 de la Constitució, abasta no sols el contingut de les comunicacions, sinó també, en el cas de les comunicacions telefòniques, les trucades emeses i rebudes, o intentades, així com la relació dels números de telèfon i dels seus titulars i als missatges escrits SMS enviats o rebuts. (...)"

L'anàlisi dels requisits així fixats només pot portar a la conclusió que la Sala Penal en aquesta sentència ha ratificat, de forma solemne, la seva voluntat protectora dels drets dels ciutadans andorrans, estenent el control judicial, en les condicions requerides, a qualsevol intervenció de comunicació per qualsevol xarxa que sigui i per qualsevol dada que sigui. La resolució així citada havia estat precedida per una sentència de data 21 de juny del 2007, referenciada sota el número 20-07, en la qual ja s'apuntava, per part de la Sala Penal alguns dels deu requisits que al final van ser definitivament fixats en la sentència del 10 d'abril del 2008. I entre aquests, la sentència del 21 de juny del 2007 indicava que la menció de l'article 87-2, segons la qual la investigació s'ha de dirigir a les persones presumptament implicades, només es podia referir a persones que fossin sospitoses d'haver comès un delictes major, i en cap cas a uns tercers que no es podien merèixer cap sospita. En la referida resolució, s'arribava a la conclusió que s'havia vulnerat el dret fonamental al secret de les comunicacions d'un periodista, en el marc d'una investigació que era dirigida, en realitat, contra les persones que podien informar dit periodista en relació amb unes diligències judicials o policials. Així, el Tribunal Superior de Justícia protegia, ensems, el secret de les fonts dels periodistes, protecció que va ser plenament acordada pel Tribunal Constitucional en un recurs d'empara formulat en el mateix procediment, mitjançant la decisió de data 1 de febrer del 2008 (causa 2007-24-RE), en el qual es decideix que l'actuació del servei de policia i de la Batllia havien vulnerat, a més del secret de les comunicacions, la llibertat d'informació i el secret professional, conceptes protegits per l'article 12 de la Constitució.

Els principis d'actuació així definits per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia són unívocs a l'efecte d'obligar que el mandat judicial, prevista a l'article 15.2 de la Constitució, quedi cenyit en uns límits estrictes i previsibles, de tal manera que, en tot moment, els drets dels ciutadans quedin garantits tot procurant als serveis d'investigació les eines necessàries a la seva missió. És a dir, que el Tribunal institueix un equilibri entre llibertat i seguretat, de forma que es pot qualificar de satisfactòria en tots els seus aspectes.

Aquesta protecció no es limita a l'àmbit penal, sinó que es dirigeix igualment al dret a la intimitat que pertoca cada ciutadà i és sabut que aquest dret es pot trobar vulnerat en altres circumstàncies més enllà que les que donen lloc al seguiment d'un

procediment penal. I així ho ha considerat el Tribunal Constitucional en diferents resolucions, entre les quals, als efectes de la present anàlisi, cal destacar la sentència dictada el 3 d'octubre del 2011 en la causa 2001-2/RE.

En aquest procediment, el nucli de la resolució consistia a determinar si un empresari que havia facilitat a un dels seus empleats un telèfon mòbil de l'empresa era legítim, d'una part, per obtenir la informació relativa a la facturació d'aquest telèfon, amb inclusió en la mateixa de les dades corresponents a les trucades efectuades, i si, posteriorment, podia utilitzar aquesta informació per perjudicar l'empleat. El Tribunal Constitucional considera que aquesta actuació és il·legítima i constitueix una violació dels drets consagrats en els articles 14 i 15 de la Constitució en el cas que no s'informi degudament l'empleat d'aquest control i es reculli el seu consentiment exprés a l'esmentada fiscalització de les seves trucades. En la seva decisió, el Tribunal Constitucional es refereix expressament a la sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans del 3 d'abril del 2007, dictada en *l'assumpte Copland* contra el Regne Unit, i que presentava moltes similituds amb el cas de referència.

Decidint d'aquesta manera, el Tribunal Constitucional s'ha alineat amb la jurisprudència la més protectora dels drets fonamentals, tal com ja havia estat fixada pel Tribunal Europeu en altres assumptes diferents. Per tant, no hi ha cap dubte que el dret a la intimitat, del qual fa part el secret de les comunicacions, queda degudament protegit al Principat d'Andorra, tant en l'àmbit penal com en l'àmbit civil o administratiu, en mèrits de la jurisprudència emanant dels tribunals andorrans que siguin la Sala Penal del Tribunal Superior o, quan escau, del Tribunal Constitucional.

Ara bé, com ja s'ha dit, aquesta protecció no és absoluta i ha de cedir davant de les necessitats de seguretat pública, pel que fa a l'àmbit penal, en les condicions restrictives abans descrites. I podem recordar que la Fiscalia General d'Andorra, conscient de la seva missió constitucional, desenvolupada en la Llei del Ministeri Fiscal de data 12 de desembre del 1996 i en el marc de la seva obligació de vetllar pel respecte dels drets fonamentals i llibertats públiques, amb les actuacions que reclamà la seva defensa, ha sabut en un sumari important en matèria de tràfic d'estupefaents retirar la seva acusació, en adonar-se que les escoltes telefòniques practicades en el procediment no responien als criteris determinats per la Sala Penal del Tribunal Superior. Un gest que es pot elogiar.

Quant a l'àmbit civil, els ciutadans veuen garantits els seus drets pels principis abans descrits i fixats pel Tribunal Constitucional, atès que el control, sota qualsevol forma que sigui i per qualsevol finalitat, de les seves comunicacions o de les dades relatives a les mateixes, haurà de merèixer el seu previ consentiment exprés, a fi que puguin ser utilitzades per un tercer.

Una vegada determinat el contingut de les garanties acordades als ciutadans, sembla convenient precisar breument els diferents procediments que es poden emprar per a obtenir dels tribunals aquesta garantia.

II. Els procediments d'aplicació.

Abans d'endinsar-se en l'estudi dels diferents procediments a l'abast del justiciable per a fer valdre els seus drets, en el marc d'una interceptió de les seves comunicacions, ja sigui en l'àmbit penal o en l'àmbit civil, cal determinar les persones que queden legitimades per a instar les accions judicials correctores.

En primer lloc, i aquesta constatació no mereix cap esforç d'argumentació, la legitimació de la persona víctima de la intervenció i part al procediment penal, en el qual s'ha ordenat la interceptió, no pot ser negada de cap manera. Tampoc no es pot discutir la legitimació del ministeri Fiscal, que procedeix directament de la Llei del ministeri Fiscal, i en particular del seu article 1, que preveu que el ministeri Fiscal té a càrrec seu la defensa de les llibertats públiques.

Anant més enllà, i sempre en l'àmbit penal s'entén que qualsevol persona a la qual la intervenció telefònica li causa un greuge, es trobaria legitimada per sol·licitar al tribunal competent la nul·litat d'aquesta intromissió. Així, en la sentència abans citada de la Sala Penal del Tribunal Superior, de data 21 de juny del 2007, l'òrgan judicial reconeix als periodistes, víctimes del control de les seves trucades, una plena legitimació per a demanar la nul·litat i el reconeixement de la violació dels seus drets fonamentals, encara que aquesta mateixa nul·litat hagi estat prèviament requerida pel ministeri Fiscal en el moment de ser informat d'aquesta mateixa intervenció i que no siguin part en el procediment penal, atès que no eren sospitosos d'haver comès qualsevol delictes. La legitimació no procedeix doncs del fet de ser part en el procediment penal, sinó únicament i exclusivament del fet de ser objecte d'una intervenció de les seves comunicacions. I aquesta legitimació troba el fonament en el fet que, únicament, el sospitós d'una infracció, és a dir d'un delictes major, pot ser objecte d'intervenció de les seves comunicacions sense que aquest tipus d'investigació es pugui estendre a altres persones de les quals la responsabilitat penal no pugui ser accionada.

Ara bé, hauríem d'entendre, de conformitat amb la sentència de data 21 de maig del 1996, referenciada sota el número 09-96, que aquesta nul·litat ha de ser sol·licitada expressament davant del Tribunal, el qual podem pensar que no pot actuar d'ofici. En efecte, en aquesta resolució la Sala Penal del Tribunal Superior indica, en el segon Considerant:

“Que si les converses telefòniques poden ser considerades com nul·les o inexistents per aplicació dels criteris de la jurisprudència andorrana (TC-29-3/93) la defensa del Sr. XXX no va demanar al Tribunal de Corts en el seu escrit que declarés il·legals aquestes intervencions. (...)”

Aquesta apreciació sembla criticable a primer cop d'ull, atès que no s'ajusta a les necessitats d'una deguda protecció dels drets dels ciutadans. Sembla més oportú

que el Tribunal, encara que cap de les parts hagi argumentat respecte a la nul·litat d'una investigació d'aquest tipus, pugui, d'ofici, anul·lar les proves nul·les tenint en compte la greu vulneració que això comportaria als principis deduïts de la Carta Magna, i en particular en els seus articles 14 i 15.

Pertocaria doncs a les parts o tercers afectats en un procediment penal requerir una nul·litat d'escoltes telefòniques si ho consideren convenient. Aquesta petició, i segons els termes del Codi de Procediment Penal, pot ser portada davant del batlle instructor en qualsevol moment en el decurs de la instrucció, a fi que resolgui a l'efecte. Aquesta demanda pot ser formulada per qualsevol de les parts o tercers afectats, inclús pel ministeri Fiscal. I així es va fer, en particular en la causa abans citada i que va donar lloc a la sentència del 21 de juny del 2007 en el marc de la qual va ser el ministeri Fiscal, que informat de la decisió de la Batllia respecte a unes escoltes telefòniques litigioses en va sol·licitar la nul·litat, la qual va ser acordada per la Batllia. I més enllà del batlle instructor, una petició d'aquest tipus pot ser formulada davant del Tribunal de Corts, en el tràmit fixat per l'article 123 del Codi de Procediment Penal o posteriorment fins a la vista, com a qüestió preliminar.

La desestimació d'una petició com aquesta per part del tribunal mitjançant una decisió ferma i definitiva, podrà conduir, de conformitat amb el procediment vigent, a formular un incident de nul·litat d'actuacions i posteriorment un recurs d'empara. Ara bé, aquesta via només resulta eficient en el cas de considerar que la intervenció telefònica constitueix una vulneració del dret fonamental a la jurisdicció previst a l'article 10 de la Constitució, per la qual cosa seran d'aplicació a aquesta petició els articles 18bis de la Llei Transitòria de Procediments Judicials i 94 de la Llei Qualificada del Tribunal Constitucional, en la seva redacció de data 22 d'abril del 1999. Així ho ha jutjat repetides vegades la Sala Penal del Tribunal Superior, i en particular en la seva sentència de data 24 de febrer del 2011, sota el número 4-11, així com el Tribunal Constitucional (autes del 2 de juliol del 1999 i del 18 de juliol del 2001, entre altres).

Ara bé, els articles 14 i 15 de la Constitució, situant-se en el Capítol III del Títol II de la Carta Magna, en el cas que no es consideri que hi hagi una vulneració a l'article 10 de la Constitució, és a dir essencialment quan la petició es dedueix en l'àmbit civil o administratiu, s'haurà d'utilitzar el procediment previst a l'article 41.1 de la Constitució, que desenvolupa els articles 15 i 18 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials i que dóna pas al recurs general d'empara dels articles 85 a 92 de la Llei Qualificada del Tribunal Constitucional.

El procediment de l'article 41.1 queda definit, per la Sala Penal del Tribunal Superior, com un procés de tutela constitucional que, a més de ser urgent i preferent, s'ha de considerar excepcional per a ser utilitzat com a última ràtio, solament quan per al restabliment dels drets constitucionals vulnerats no existeixi un procediment jurisdiccional ordinari idoni per a aquella finalitat. És a dir, que segons la Sala Penal

preval el procediment ordinari, atès que, tal com es diu en la sentència del 22 de desembre del 2008, el procediment urgent i preferent de l'article 41.1 queda reservat per als casos en què la hipotètica vulneració del dret fonamental no integri infracció criminal. Així, si la violació inclou una infracció criminal, s'haurà de formular la corresponent acció penal en el marc de la qual es podran utilitzar les vies de protecció abans definides.

No existeix doncs cap dubte sobre el fet que s'ofereixen a les parts diferents procediments per a obtenir el respecte els seus drets constitucionals. Per consegüent, tant a nivell processal com material, els ciutadans veuen aquests drets degudament garantits, i així ho ha demostrat repetides vegades el Tribunal Superior de Justícia i el Tribunal Constitucional. La prova n'és que fins ara cap condemna del Principat d'Andorra pel Tribunal Europeu dels Drets Humans ha estat pronunciada amb relació a una vulneració al secret de les comunicacions, tal com queda constitucionalment protegit per l'article 15.2 de la Carta Magna.

No obstant això, d'una banda cal recalcar que si bé el sistema de protecció així definit, i el seu contingut, no mereixen cap crítica important, queden encara diferents extrems a dilucidar en aquesta matèria. I de l'altra, és necessari aprofundir les regles aplicables en consideració d'alguns dels mètodes moderns d'investigació que poden utilitzar els serveis d'enquesta.

III. Conclusió prospectiva.

En efecte, pel que fa a les intervencions telefòniques subsisteix el dubte sobre les que s'efectuen fora del territori d'Andorra per un servei de policia estranger, i ordenades o autoritzades per un manament judicial cursat pel magistrat estranger competent, i que tindrien com a conseqüència la incoació d'un sumari al Principat d'Andorra. A aquest efecte, ara per ara, només ens podem remetre a la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans, de la qual, per l'extrem que ens ocupa, podem destacar la sentència Matheron contra França. En aquesta resolució, el Tribunal Europeu reprotxà, entre altres, a l'Estat francès les mancances de la seva legislació, la qual no opera cap distinció segons el procediment en el marc del qual les escoltes havien estat ordenades. Així, en aquest afer, unes escoltes ordenades per un jutge d'instrucció, territorialment competent, en el marc d'un sumari en el qual el Sr. Matheron no era part, s'havien utilitzat com a mitjà de prova en un altre sumari, sota la competència d'un segon jutge d'instrucció, amb una competència territorial distinta, i en el marc del qual finalment el Sr. Matheron havia estat condemnat, en mèrits de dites escoltes, sense que mai no hagi pogut discutir la regularitat de les mateixes, tant en un procediment com en l'altre. En efecte, no era part en el primer sumari i les intervencions no havien estat ordenades en el segon.

Tenint en compte els requisits estrictes fixats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia en la seva sentència ja citada de data 10 d'abril del 2008, en la causa TC-113-3/2006, cal preguntar-se si una escolta telefònica realitzada a l'estranger pot respondre amb aquests deu criteris cumulatiu. En el seu defecte, les escoltes no podrien rebre la consideració de prova vàlida al Principat d'Andorra i haurien de ser anul·lades, entre altres motius, per manca de previsibilitat de la legislació andorranca a l'efecte, criteri al qual el TEDH acorda una importància primordial. L'article 87.2 del Codi de Procediment Penal, que fixa els criteris a seguir en el cas d'intervenció telefònica, criteris desenvolupats en la sentència abans citada, no conté cap previsió respecte a les escoltes telefòniques realitzades a fora del territori andorrà, en el marc d'un sumari seguit per un jutge estranger. Aquesta manca de previsibilitat podria ser sancionada pel Tribunal Europeu dels Drets Humans, tal com ho va fer en la causa Matheron contra França. Val la pena recalcar que la complexitat de la criminalitat organitzada justifica que la legislació andorranca sigui precisada quant al present extrem, a fi d'evitar en el futur qualsevol distorsió, perjudicial als interessos de la seguretat pública. És sabut que, en particular, molts temes de blanqueig, perseguits a Andorra, troben el seu fonament en unes enquestes judicials i policials cursades a fora del territori andorrà, raó per la qual la *vacatio legis* avui existent hauria de ser sanejada.

D'altra part, d'acord amb la jurisprudència que s'acaba d'analitzar, sembla convenient, aprofundir en la reflexió amb relació a altres mètodes d'investigació que fins ara sembla que no han estat utilitzats a Andorra, o si ho han estat, aquest fet mai ha estat sotmès al coneixement i a l'eventual censura del tribunal.

Un d'aquests mètodes té relació directa amb la jurisprudència de la Sala Penal del Tribunal Superior respecte a les intervencions telefòniques i es refereix a la tècnica de la geolocalització en els seus dos vessants.

El primer, força conegut, és la geolocalització dels telèfons mòbils d'un sospitós mitjançant les dades recollides per l'operador telefònic. És notori que cada mòbil deixa la seva traça en el moment que es connecta a un repetidor, element que pot ser d'importància en la instrucció d'un sumari per a determinar la presència o no de l'encausat en el lloc del delictes.

Una altra tècnica de geolocalització és la utilitzada per molts serveis de policia, i que consisteix a amagar al vehicle d'un sospitós un emissor amb la finalitat de poder controlar els seus desplaçaments.

Recentment, la Sala Penal de la Cort de Cassació Francesa va considerar que aquestes tècniques constitueixen una ingerència dins de la vida privada, per la qual cosa queden emparades per l'article 8 del Conveni Europeu dels Drets Humans (Sentència del 22 d'octubre del 2013, número 13-81945 i Sentència del 19 de novembre del 2013, número 13-84909). I d'aquesta constatació se'n dedueix que sempre és necessari

una autorització judicial donada per un jutge independent i imparcial en el sentit que dóna el Tribunal Europeu dels Drets Humans a aquesta funció, perquè aquesta prova tingui validesa en un procediment penal. Ensenms, aquest Alt Tribunal considera que la legislació francesa manca de previsibilitat en aquesta matèria, defecte de previsibilitat que regularment ha sancionat el Tribunal Europeu dels Drets de l'Home respecte a les vulneracions al dret a la intimitat. Conscient d'aquesta dificultat, el govern gal va fer aprovar pel Parlament, el 24 de febrer del 2014, una modificació del Codi de Procediment Penal Francès, autoritzant la utilització de tot mitjà tècnic destinat a la localització en temps real, en el territori nacional, d'una persona, d'un vehicle o de tot altre objecte, sense que el consentiment del propietari o del possessor sigui necessari, sempre que aquesta operació sigui exigida per les necessitats d'una enquesta relativa a un delictes major. Actuant d'aquesta manera, s'ha pal·liat la mancança denunciada per la Sala Penal de la Cort de Cassació Francesa, amb la finalitat d'acordar als serveis d'investigació els mitjans necessaris a la seva missió, tot preservant els drets dels justiciables, atès que tal mesura haurà de ser ordenada judicialment. Val a dir que, en aplicació de la jurisprudència de la Sala Penal del Tribunal Superior, podem suposar que, en el cas que aquesta dificultat arribi al coneixement dels tribunals andorrans, la solució donada seria similar a la solució francesa, que s'inspira directament de la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans i dels articles d'aplicació del Conveni Europeu. I, hem d'entendre, que més enllà d'aquesta obligatorietat de la intervenció judicial, els requisits a respectar seran similars als deduïts en la sentència del 10 d'abril del 2008, adaptant els mateixos requisits a l'especificitat d'aquesta investigació. Ara bé, a fi d'evitar el greuge de manca de previsibilitat de la norma, seria aconsellable introduir en el Codi de Procediment Penal andorrà les prescripcions necessàries a aquest efecte.

Un altre tema que sembla interessant i divertit evocar ràpidament, a títol d'anècdota, és l'eventual sonorització de les cel·les del servei de policia o de les sales de visita del centre de detenció, amb la finalitat de recollir elements que puguin ser útils en el marc d'una enquesta policial.

Aquesta sonorització, òbviament, no es pot dirigir, avui dia, (en el passat preconstitucional semblaria que era diferent), a les converses entre el detingut i el seu advocat, les quals queden emparades pel secret professional, definit tant en el Codi Penal com el Codi de Procediment Penal, i plenament ratificat mitjançant la Llei 20/2013 de cooperació penal internacional i de lluita contra el blanqueig de diners sempre i quan, evidentment, el lletrat respecti les seves obligacions i no sigui sospitós de participar, en el grau que sigui, a un delictes, que justificaria aquest tipus d'intervenció. En aquesta hipòtesi, hem d'entendre que, de conformitat amb les prescripcions imperatives de l'article 87.2 del Codi de Procediment Penal i tractant-se d'una situació equiparable a la d'una intervenció telefònica, s'hauria d'avisar prèviament al Degà del Col·legi d'Advocats i decidir aquesta mesura per Aute motivat. Garantia que, en el decurs d'instruccions sumarians, certs Batlles instructors han estès a les

perquisicions dutes a terme en un despatx d'advocat permetent inclús, al Degà del Col·legi d'Advocats, encara que la seva intervenció no sigui prevista al Codi de Procediment Penal, de presenciar la dita perquisició, sempre i quan l'advocat concernit ho consenteixi. Val a dir que podria ser d'interès preveure un procediment contradictori específic, en cas d'entrada en un despatx d'advocat, a fi que els documents incautats siguin sotmesos a la censura d'un jutge independent i imparcial, amb la finalitat de valorar si aquesta mesura vulnera o no el secret professional, tal com queda previst en la normativa vigent d'aplicació.

Ara bé, res no sembla obstar el servei de policia de dur a terme aquesta forma d'actuació, quan les converses gravades són mantingudes entre dos detinguts, que haurien participat o no als fets delictius. Respecte al present extrem, ens podem referir també a una recent sentència de la Sala Penal de la Cort de Cassació Francesa, del 7 de gener del 2014 (número 13-85246), que va considerar, tot i que la sonorització sigui ordenada per un jutge, independent i imparcial, que aquesta intercepció de converses constitueix una maniobra que vulnera de ple el dret a un judici equitable i al principi de lleialtat de les proves. I així, de forma implícita, aquest Alt Tribunal ratifica que el dret a la intimitat també existeix en les cel·les policials.

Certament, els tribunals andorrans s'inclinarien per la mateixa solució, atès que han demostrat, ja abans de l'entrada en vigor de la Constitució, la voluntat innegable de preservar en tot moment els drets del justiciable i d'interpretar les regles de procediment, i més específicament del procediment penal, en el sentit més protector de les llibertats públiques. Aquesta és la missió que la Constitució acorda als nostres tribunals i cal reconèixer que aquesta missió ha estat complerta en tots els seus aspectes, i això essencialment per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia i el Tribunal Constitucional, que són, en el seu respectiu àmbit, els intèrprets suprems de la legalitat ordinària i constitucional.

Encamp, 14 de març del 2014.

ISBN 978-99920-3-011-0



9 789992 030110



UNIVERSITAT D'ANDORRA


Consell Superior de la Justícia
Principat d'Andorra


TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PRINCIPAT D'ANDORRA

 Principat d'Andorra
Tribunal Superior de Justícia