

**CONSIDERACIONS SOBRE LA COMPATIBILITAT DE LA LLEI  
ANDORRANA DE MESURES URGENTS PER IMPLANTAR  
MECANISMES DE REESTRUCTURACIÓ I RESOLUCIÓ  
D'ENTITATS BANCÀRIES AMB LA CONSTITUCIÓ DEL  
PRINCIPAT**

Santiago Ripol Carulla. Catedràtic de Dret internacional públic. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Lletrat del Tribunal Constitucional d'Espanya (2003-2015)

Barcelona, a 4 d'agost del 2015

## **I. Presentació de la Llei**

1. La *Llei de mesures urgents per implantar mecanismes de reestructuració i resolució d'entitats bancàries* va ser aprovada pel Consell General com a legislació “de caràcter d'extrema urgència i necessitat”, segons el tràmit previst per l'article 113 del Reglament del Consell General i per l'article 60 de la Constitució.

La Llei consta de vuit capítols: 1. Disposicions generals (arts. 1-5), 2. Procès de reestructuració (arts. 6-8), 3. Procès de resolució (arts. 9-24), 4. Amortització i conversió d'instruments de capital i recapitalització (arts. 25-39), 5. L'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB) (arts. 40-58), 6. El Fons Andorrà de Resolució d'Entitats Bancàries (FAREB) (arts. 59-60), 7. Qüestions d'indole processal (arts. 61-63), 8. Règim sancionador (arts. 64-82). La Llei inclou vuit Disposicions addicionals, cinc Disposicions transitòries i nou Disposicions finals.

2. L'objecte de la Llei és “*regular els processos de reestructuració i resolució d'entitats bancàries, establir els mecanismes que redueixin el risc que es produeixi un supòsit de resolució, així com crear el règim jurídic de l'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries i del Fons Andorrà de Resolució d'Entitats Bancàries, amb la finalitat de protegir la confiança, la credibilitat i l'estabilitat del sistema financer*” (art. 1). La Llei és aplicable tant “*les entitats bancàries autoritzades a operar al Principat d'Andorra*” com a *les sucursals d'aquestes entitats autoritzades a operar en un altre país*” (art. 1.2).

La Llei concedeix a les autoritats administratives potestats per a assegurar l'estabilitat financera i, en particular, la potestat de'intervenir en l'actuació de les esmentades entitats financeres quan la continuïtat de les seves activitats estigui en perill i aquesta interrupció pugui pertorbar el bon

funcionament de l'activitat econòmica del Principat. En aquestes circumstàncies les autoritats administratives - l'AREB<sup>1</sup> -, poden iniciar un dels dos processos següents: 1) la reestructuració de l'entitat, dirigit a entitats que, sent viables, es troben immerses en dificultats, i 2) la resolució de l'entitat, aplicable quan aquesta és o resultarà inviable. Aquests dos processos de caràcter administratiu permeten a les autoritats administratives “mantenir un accés ininterromput als dipòsits i a les operacions de pagament, així com vendre parts viables d'una entitat, quan sigui precedent, i assignar pèrdues de manera justa i equilibrada” (exposició de motius). Per a desenvolupar la seva tasca, l'AREB pot fer ús d'un ampli ventall de mesures, particularment: 1) l'amortització i conversió d'instruments de capital i recapitalització, i 2) la transmissió d'accions, instruments de capital, drets, actius i passius a una entitat pont. La Llei preveu la constitució d'un Fons, el FAREB, l'activació del qual correspon l'AREB. Adicionalment, la Llei estableix normes relatives a sancions administratives i altres mesures administratives pel cas d'incumpliment de les normes previstes a la Llei per part de les entitats i des les persones que exerceixin càrrecs d'administració o direcció en les mateixes.

## **II. Vulneració de l'article 60.1 Constitució: el contingut de la Llei no justifica la extrema urgència i necessitat de la seva aprovació**

---

<sup>1</sup> D'acord amb la Disposició Addicional vuitena, l'Institut Nacional Andorrà de Finances és substituït per l'AREB: “Des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, l'AREB assumirà les funcions que li assigna aquesta Llei i la continuïtat de les actuacions dutes a terme per l'INAF fins a aquesta data, havent d'assumir com a pròpies la totalitat de les despeses compromeses i incorregudes per l'INAF en la realització d'aquestes actuacions. A aquests efectes, l'INAF facilitarà a l'AREB tota la informació obtinguda fins a la mateixa data”.

3. Com s'ha exposat la Llei ha estat aprovada en tràmit d'urgència. És aquesta la primera objecció a la constitucionalitat de la Llei que cal plantejar.

És ben cert que la exposició de motius de la Llei indica les raons per les quals el Govern ha fet ús de la prerrogativa que li concedeix l'article 60.1 de la Constitució del Principat

*“En casos d'extrema urgència i necessitat el Govern podrà presentar al Consell General un text articulat perquè sigui aprovat com a llei, en una votació de totalitat, en el termini de quaranta-vuit hores”<sup>2</sup>*

Doncs bé, les raons al·legades pel Consell són: 1) la crisi d'una entitat financera de pes (Banca Privada d'Andorra), 2) el risc de que aquesta crisi contagiés “ràpidament i perillosament” a altres entitats, al sistema en el seu conjunt i, per descomptat, a tota l'economia (risc sistèmic).

D'altra banda, la Llei ha estat aprovada per a adaptar l'ordinament jurídic andorrà a la Directiva 2014/59/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de maig del 2014, per la qual s'estableix un marc per a la reestructuració i la resolució d'entitats de crèdit i empreses de serveis d'inversió<sup>3</sup>.

4. Però aquests motius no justifiquen l'aprovació de la Llei pel tràmit d'urgència. Certament, de la lectura de la Llei es dedueix que el seu únic

---

<sup>2</sup> D'aquesta manera, el Consell ha complert – formalment - amb l'obligació que li imposa l'article 113.1 del Reglament del Consell General: *“Quan el Govern presenti al Consell General un text articulat per ésser aprovat com a llei d'acord amb l'article 60.1 de la Constitució, n'indicarà el seu caràcter d'extrema urgència i necessitat”*.

<sup>3</sup> I per la qual es modifiquen la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE, y els Reglaments (UE) 1093/2010 i (UE) 648/2012 del Parlament Europeu i del Consell (Text pertinent a efectes de l'EEE). DO L173, de 12 de juliol.

objectiu és trasposar la directiva comunitaria. En efecte, tot l'articulat de la Llei [i totes les seves disposicions addicionals, transitòries i finals, llevat de la DA 2<sup>a</sup> i la DT 3<sup>a</sup>], té un caràcter general i abstracte (creació d'una institució – l'AREB - a la qual se l'hi donen determinades, molt amples competències en materia de resolució de les entitats bancàries inviables), tot tenint unes mesures que no són d'efecte immediat, per la qual cosa no calia la seva urgent implantació. Ni tan sols la referència a l'obligació internacional de trasposició de la Directiva 2014/59/UE (que Andorra va acceptar mitjançant l'Acord Monetari amb la Unió Europea del 30 de juny del 2011) no feia, en realitat, urgent l'aprovació de la Llei, donat que “el termini per a portar a terme aquesta reforma encara no s'ha esgotat” (exposició de motius).

En conseqüència, tot i que exposa determinades raons per a justificar la urgència amb la qual el Govern va trametre el seu projecte, la Llei és inconstitucional donat que les dites raons no expliciten “la extrema urgència i necessitat” de la seva adopció; difícilment podia fer-ho a la vista del seu contingut material.

5. D'altra banda, si considerem, com argumenta el Govern que la Llei ha estat aprovada per fer front a la situació concreta d'un banc, el recurs a la legislació d'urgència tampoc no està justificat. Per que la “extrema urgència i necessitat” és un concepte jurídic indeterminat però objectiu, i a la Llei només subjauen raons de tipus subjectiu (afrontar la intervenció a Banca Privada d'Andorra), com, per cert, corrobora la DA 2a de la Llei. En definitiva, per fer front a la situació que s'esgrimeix bé podria haver-se recorregut al procediment legislatiu ordinari.

### **III. Una Llei limitativa de drets en raó de la defensa de l'interès general**

6. La Llei, trasposant a l'ordinament jurídic andorrà la Directiva 2014/59/UE, estableix una arquitectura legal per a fer front a situacions de crisi de les entitats de crèdit que, pel risc de contagi, puguin posar en perill la viabilitat del sistema financer nacional i europeu. Algunes de les seves disposicions són limitatives de determinats drets adquirits pels particulars, com ara, el dret de propietat dels accionistes i dels creditors de les entitats (art. 4). Però aquestes limitacions poden considerar-se ajustades a Dret en la mesura que estàn previstes per la llei, són proporcionals [Art. 4.1.c): “cap accionista ni creditor no ha de suportar pèrdues superiors a les que hauria suportat si l'entitat hagués estat liquidada en el marc d'un procediment concursal”] i responen a un interès legítim: assegurar la estabilitat financera del Principat.

7. D'acord amb l'article 62, els actes dictats per l'AREB “en el marc de processos de resolució no és poden suspendre de manera cautelar, posen fi a la via administrativa i són directament impugnables davant la jurisdicció administrativa”.

Dit en altres paraules, l'article 62 reconeix a les parts afectades el dret a un procediment legal i a un recurs contra les mesures que li afectin. S'ha produït, en relació al règim general, l'eliminació de la fase de recurs administrativa. Tot i això, la disposició s'adequa a les exigències no tant sols de la Constitució d'Andorra (article 10) sinò també de la Carta de Drets Fonamentals de l'Unió Europea (art. 47) i del Conveni Europeu de Drets Humans (art. 6), donat que la Llei garanteix el dret a un procediment legal i al recurs i que la no previsió de la fase administrativa no és aliena al dret administratiu andorrà.

#### **IV. Sobre la prohibició de la suspensió cautelar de les mesures de liquidació d'una entitat aprovades per l'AREB**

8. Més dificultats presenta al nostre parer la prohibició de la suspensió cautelar de les mesures de liquidació d'una entitat aprovades per l'AREB.

El sentit d'aquesta disposició és prou clar: donat que es vol prendre solucions a situacions de màxima urgència i donat que la suspensió de qualsevol decisió de les autoritats de resolució podria obstaculitzar la continuïtat de les mesures adoptades pels administradors de les entitats nomenats per l'AREB, cal assegurar que les decisions adoptades siguin executables de forma immediata.

Ara bé, la tutela cautelar forma part del dret a la tutela judicial efectiva reconegut a l'article 10 de la Constitució del Principat. No pot ser d'una altra manera, i és que l'adopció pels tribunals de mesures provisionals que surtin efectes abans del dictat de la resolució definitiva és garantia de la defensa dels interessos de les parts afectades per les mesures adoptades per l'Administració, ja que si no s'adoptessin les dites mesures els particulars afectats podrien patir un perjudici greu i irreparable. Cal recordar que aquesta construcció ha estat desenvolupada amb claretat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea: Sentències *Factortame* (19 de juliol del 1990), *Zuckerfabrik* (21 de febrer del 1991), *Atlanta* (9 de novembre del 1995) i *Antonissen* (29 de gener del 1997).

En definitiva, el dret a la tutela cautelar és una manifestació essencial de la tutela judicial efectiva que correspon exercir als tribunals, tot resultant dubtós, des d'aquest punt de vista, que una llei prohibeixi al particular afectat la possibilitat de sol·licitar l'adopció de mesures provisionals i al

jutge o tribunal nacional la competència per a, previa ponderació de la sol·licitud amb l'interès general, adoptar-les.

9. Tampoc no es pot oblidar que l'adopció o no de la mesura cautelar depèn de la concurrència o no dels pressupostos en què es basa (*periculum in mora* o risc de que el temps necessari per dictar sentència privi d'eficàcia a la fallada que es pronunciï i *fumus bonis iuris* o aparença de bon dret). La concurrència o no de tals pressupostos incumbeix al jutge. Per tant, quan el legislador elimina la possibilitat de que els tribunals adoptin mesures cautelars està retallant la reserva de jurisdicció establerta que garanteix la Constitució (art. 87).

El que passa de fet a la realitat no ha de ser objecte de legislació, ja que el legislador és inhàbil, no està en condicions (constitucionals) per determinar els fets particulars. Aquesta funció correspon al poder judicial, que no es pot veure limitat i, menys encara, substituït en la seva responsabilitat de determinar la real concurrència de fets particulars. Precisament aquesta responsabilitat és la que li fa genuïnament independent i la que li habilita per arribar a solucions justes en els casos particulars.

Per aquest motiu les lleis que preconstituïxen els fets particulars creant ficcions o presumpcions - com passa en aquest cas, en què la Llei crea la ficció o presumpció *iuris et de iure* de que les mesures de liquidació d'una entitat no causen perjudicis irreparables i gaudeixen d'aparença de bon dret - són incompatibles amb els principis d'una democràcia liberal

## **V. Sobre l'aplicació retroactiva de la Llei a l'assumpte Banca Privada d'Andorra, S.A.**



10. Ja s'ha assanyalat que només les disposicions adicional segona i transitòria tercera fan referència a l'assumpte Banca Privada d'Andorra, S.A. Cal, en primer lloc, reproduir aquestes disposicions:

DA 2: Efectes dels processos de reestructuració i resolució sobre la continuïtat de les activitats de Banca Privada d'Andorra, S.A.

*El règim de reestructuració i resolució d'entitats que estableix aquesta Llei és aplicable en el procés d'intervenció de Banca Privada d'Andorra, S.A., sense perjudici de les responsabilitats dels administradors i dels membres de l'alta direcció que puguin derivar de les accions de responsabilitat que es promouen en exercici de les facultats que preveu la lletra q de l'article 52, per minorar les pèrdues de l'entitat, dels seus creditors i les eventuais aportacions que hagi d'efectuar el FAREB”.*

DT3: Mesures adoptades amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei en relació amb el procediment d'intervenció de Banca Privada d'Andorra, S.A.

*“1. Els membres dels òrgans de l'INAF i el personal de l'INAF no són personalment responsables dels actes o de les decisions adoptats en l'exercici dels seus càrrecs o funcions, excepte en els supòsits de dol o negligència greu.*

*2. Els administradors provisionals mancomunats nomenats per l'INAF en el marc del procediment d'intervenció de Banca Privada d'Andorra, S.A. estaran exempts de responsabilitat pels actes realitzats en l'exercici dels seus càrrecs o funcions, trest que hi hagi dol o negligència greu.*

*3. Les quantitats degudes per Banca Privada d'Andorra, S.A., en seu de la cambra de compensació interbancària nacional, incloent-hi les operacions de cobertura de liquidat dutes a terme per altres entitats bancàries andorranes per assegurar la continuïtat de l'operativa bancària de Banca Privada d'Andorra, S.A., hauran de ser compensades i, si escau, liquidades amb caràcter prioritari, i constituirán en tot cas un crèdit preferent íntegrament garantit, a l'efecte del que disposa l'article 32.b d'aquesta Llei”.*

La lectura d'aquestes dues disposicions posa de relleu que el legislador reconeix que les potestats d'intervenció que la Llei otorgarà a l'AREB per a prevenir situacions futures de crisi i garantir l'estabilitat financera del sistema han estat aplicades a BPA. No som, per tant, davant 'unes disposicions que preveuen l'aplicació retroactiva de la Llei sinò de unes disposicions que reconeixen que l'Administració del Principat ja ha intervingut la BPA i ha adoptat unes mesures seriosament restrictives dels drets individuals dels particulars i de les persones privades, i que ho ha fet sense la preceptiva cobertura legal. S'ha produït així una greu violació el principi de legalitat (art. 10 Constitució).

11. Plantejem-nos ara, a efectes merament discursius, que ambdues disposicions es limiten a donar efecte retroactiu a les disposicions de la Llei. Doncs bé, el primer que caldrà fer és recordar que l'article 3.2 de la Constitució del Principat garanteix “*el principi de no retroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals que comportin un efecte o estableixin una sanció desfavorables*”.

No hi ha dubte que en el present cas, per efecte de les disposicions esmentades, la Llei s'està aplicant a situacions de fet produïdes amb anterioritat a la entrada en vigor de la propia Llei; situacions, d'altre banda

ja consumades perquè l'intervenció de la BPA es va produir el 10 de març del 2015 (vint dies abans de la presentació pel Govern del projecte de llei). Ens trobaríem, així, en la coneguda com a retroactivitat autèntica, clarament prohibida per la Constitució.

12. Cal recordar, finalment, que la intervenció de la BPA va obeir a sospites de blanqueig de capitals, de tal manera que hauria d'haver-se aplicat la normativa penal corresponent, i no pas una normativa de reestructuració i resolució d'entitats bancàries que, a més de no haver estat aprovada al moment en què es van produir els fets (ni tan sols prevista, en el sentit que no s'havia redactat el projecte de llei), no resulta aplicable des del punt de vista material, i és que la entitat intervinguda no infringia, ni es previa que pogués fer-l'ho, la normativa de solvència, única situació que la Llei contempla per a adoptar mesures urgents per implantar mecanismes de reestructuració i resolució d'entitats bancàries.

Per tot el que s'ha dit, les disposicions adicional 2a. i transitòria 3a. comporten una clara vulneració del principi de irretroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals establert a l'article 3.2 de la Constitució. De la mateixa forma, i en la mesura que, com s'ha assenyalat, l'Administració ha actuat sense cobertura legal, ambdues disposicions han violentat els principis de legalitat i de seguretat jurídica, reconeguts al mateix article de la Constitució.

## **VI. Conclusions**

Després de l'examen realitzat es pot concloure que la Llei contradiu la Constitució en els punts següents:

- No concorren els supòsits excepcionals que, d'acord amb l'article 60.1 de la Constitució, habilitarien per al recurs a la legislació d'urgència: 1) la Llei té un caràcter general i abstracte, 2) en aquelles disposicions que es refereixen a la situació de BPA , la llei únicament contempla motius de tipus subjectiu, 3) i no s'expliquen les raons de la necessitat d'aquesta regulació i de la immediatesa de la seva adopció.

- La prohibició de la suspensió cautelar de les mesures de liquidació adoptades per l'AREB buida de contingut el dret a la tutela judicial efectiva dels particulars i entitats afectats per les mateixes (art. 10 Constitució). La possibilitat de sol·licitar la suspensió d'unes mesures que els poden causar un perjudici greu i irreparable és condició essencial del dret a la tutela judicial efectiva. Des d'un altre punt de vista, quan la llei prohibeix que els jutges i tribunals adoptin la mesura cautelar de suspensió està furtant al jutge una competència que resulta consubstancial a la seva tasca i està retallant la reserva de jurisdicció garantida per l'art. 87 de la Constitució.

- La disposició addicional 2<sup>a</sup> i la disposició transitòria 3a reconeixen que les potestats que la Llei atorga a l'AREB ja han estat exercides per al cas de BPA. Per tant, aquestes competències - limitadores de drets - s'han aplicat en la pràctica sense la preceptiva cobertura legal i en oberta violació del principi de legalitat (art. 10 Constitució).

- En qualsevol cas, les assenyalades disposicions addicional 2 i transitòria 3 permeten l'aplicació de la llei a situacions de fet, ja consumades, que hi ha hagut amb anterioritat a l'entrada en vigor de la llei. Aquestes disposicions, per tant, vulneren la prohibició de irretroactivitat de les lleis limitadores de drets recollida en l'art. 10 de la Constitució.

- Atès que la intervenció de la BPA es va produir com a resultat d'un suposat delictes de blanqueig de capitals, la llei de mesures de

reestructuració i resolució d'entitats bancàries no resultava, des del punt de vista material aplicable, ja que BPA no havia infringit la normativa sobre solvència. Es produeix d'aquesta manera un nou trencament dels principis de legalitat i de seguretat jurídica recollits en l'art. 10 de la Constitució.