

III

(Actos preparatorios)

BANCO CENTRAL EUROPEO

DICTAMEN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

de 18 de julio de 2018

acerca de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos

(CON/2018/33)

(2018/C 303/02)

Introducción y fundamento jurídico

El 12 de marzo de 2018, la Comisión Europea adoptó una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos (en lo sucesivo, «Reglamento propuesto») ⁽¹⁾. El Banco Central Europeo (BCE) considera que el Reglamento propuesto entra en el ámbito de su competencia, por lo que ejerce la facultad que le otorgan el artículo 127, apartado 4, segunda frase, y el artículo 282, apartado 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tratado») para emitir su dictamen.

La competencia consultiva del BCE se basa en el artículo 127, apartado 4, y el artículo 282, apartado 5, del Tratado, puesto que el Reglamento propuesto contiene disposiciones que afectan (a) a las funciones básicas del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) de definir y ejecutar la política monetaria de la Unión, conforme al artículo 127, apartado 2, del Tratado, en la medida en que el Reglamento propuesto afecta a los intereses de los bancos centrales del SEBC en relación con el sistema de activos de garantía para las operaciones de crédito del Eurosistema; y (b) a la función del SEBC de contribuir a la buena gestión de las políticas que lleven a cabo las autoridades competentes con respecto a la estabilidad del sistema financiero, conforme al artículo 127, apartado 5, del Tratado. De conformidad con la primera frase del artículo 17.5 del Reglamento interno del Banco Central Europeo, el presente dictamen ha sido adoptado por el Consejo de Gobierno.

1. Observaciones generales

1.1. La cesión de créditos es uno de los medios de los que se sirven los participantes en los mercados financieros para conseguir liquidez o acceder al crédito que necesitan en sus actividades empresariales. En la actualidad, los efectos de las cesiones de créditos se regulan en las leyes nacionales, que son dispares entre los Estados miembros. En particular, en el caso de créditos consistentes en préstamos bancarios, a pesar de que determinados aspectos sustanciales se han armonizado a través de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽²⁾, la validez de su cesión y la constitución de derechos de garantía sobre ellos siguen estando sujetos a la legislación nacional ⁽³⁾. Sin armonización, los agentes económicos de la Unión Europea desconocen las exigencias aplicables a la cesión válida de los créditos o a su uso como garantía sobre créditos en las operaciones transfronterizas ⁽⁴⁾. Por otro lado, si bien el artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁵⁾ ha aportado cierta armonización, sus disposiciones no establecen la ley aplicable a todos los efectos *in rem* de la cesión de créditos ⁽⁶⁾. La incertidumbre sobre la legislación aplicable a las cesiones de crédito transfronterizas conlleva riesgos jurídicos y financieros para los participantes en los mercados financieros, lo que genera mayores costes en las

⁽¹⁾ COM(2018) 96 final.

⁽²⁾ Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DO L 168 de 27.6.2002, p. 43).

⁽³⁾ El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/47/CE permite a los Estados miembros mantener las normas nacionales respecto a la constitución, validez, perfección, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba de un acuerdo de garantía financiera o la prestación de garantía financiera en virtud de un acuerdo de garantía financiera que existieran con anterioridad a la adopción de la Directiva 2002/47/CE.

⁽⁴⁾ La exposición de motivos de la propuesta de Reglamento propuesto menciona acertadamente que «la claridad en cuanto a quién es el titular del crédito a raíz de su cesión transfronteriza es importante para los participantes en los mercados financieros y para la economía real» (véase la p. 9).

⁽⁵⁾ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.7.2008, p. 6).

⁽⁶⁾ Y ello a pesar de que el considerando 38 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 establece que en el contexto de una cesión de créditos voluntaria, el artículo 14, apartado 1, se aplica también a los aspectos jurídico reales de una cesión de crédito entre cedente y cesionario.

operaciones financieras a fin de reducir dichos riesgos, así como dificultades a la hora de ejecutar los créditos en situaciones de insolvencia de los cedentes. La incertidumbre acerca de la legislación en materia de derechos reales aplicable a las cesiones de crédito transfronterizas puede desincentivarlas, privando con ello a los participantes en el mercado financiero del acceso al crédito para acometer oportunidades de negocio.

- 1.2. El BCE toma nota del Reglamento propuesto, cuya finalidad es determinar la ley que rige los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos y la prioridad del crédito cedido frente a los créditos de terceros sobre el objeto de la cesión. Al completar el artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 593/2008, que no aborda estas cuestiones concretas, el Reglamento propuesto establece las normas para determinar la jurisdicción que les es aplicable. De este modo, se promueve además la inversión transfronteriza, en sintonía con los objetivos perseguidos por la Unión a través de la unión de los mercados de capitales, como había anunciado con anterioridad el Eurosistema en ⁽¹⁾.

2. Observaciones particulares

- 2.1. La regla general a tenor del propuesto reglamento es que los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos se deben regir por la ley de la «residencia habitual» del cedente. El BCE observa que el artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 hace referencia, en determinados aspectos, al contrato de cesión y, respecto a otros, a la ley del crédito cedido. La regla general del Reglamento propuesto hace referencia a una tercera jurisdicción, la de la residencia habitual del cedente. Aunque resulta jurídicamente viable, la norma propuesta presenta deficiencias, en especial los supuestos en los que los derechos de crédito se usan como garantía financiera en el sentido del artículo 1, apartado 4, letra a), de la Directiva 2002/47/CE. Esto se debe a que la referencia a la legislación de una tercera jurisdicción aumenta la carga jurídica de la diligencia debida sobre los beneficiarios de la garantía cuando los derechos de crédito, esto es, préstamos bancarios, se aportan como garantía en operaciones transfronterizas.
- 2.2. La exposición de motivos del Reglamento propuesto menciona que alrededor del 22 % de las operaciones de refinanciación del Eurosistema están aseguradas mediante garantías sobre créditos, por importe de unos 380 000 millones EUR en el segundo trimestre de 2017, de los que alrededor de 100 000 millones EUR representan créditos movilizados sobre una base transfronteriza ⁽²⁾. Dado que el Reglamento propuesto afecta a los intereses de los bancos centrales como beneficiarios de la garantía, el BCE invita al Consejo a considerar la introducción de una mejora en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento propuesto (que prevé la creación de un régimen especial en el ámbito financiero al establecer la aplicación de la ley del crédito en determinadas situaciones), a los efectos de que la ley aplicable al crédito también regule los efectos frente a terceros de los derechos de crédito, es decir, préstamos bancarios.
- 2.3. El BCE hace referencia al acervo en materia de conflicto de normas establecido en el artículo 9 de la Directiva 2002/47/CE, conforme al cual, respecto a garantías prendarias de anotaciones en cuenta en organizaciones transfronterizas solo será aplicable la legislación de una jurisdicción, esto es, la de la cuenta con un custodia en que los valores se encuentren depositados. Esta norma, cuyo objetivo es facilitar las operaciones transfronterizas de financiación de valores mediante garantía, refleja el acervo del artículo 9, apartado 2, de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽³⁾, que también prevé la aplicación de una única ley, la de la cuenta pertinente. El BCE desea recordar en este sentido que cuando se adoptó la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁴⁾, para, entre otras cosas, incluir los derechos de crédito (es decir, préstamos bancarios) dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/47/CE, su artículo 9 no fue modificado, puesto que las negociaciones acerca del artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 seguían su curso. Habida cuenta del acervo y, en particular del artículo 9 de la Directiva 2002/47/CE y del artículo 9, apartado 2, de la Directiva 98/26/CE, existen argumentos sólidos para la aplicación de una única jurisdicción a los derechos de crédito, tal y como el legislador de la Unión ha previsto para las garantías prendarias de anotaciones en cuenta. Vistos el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 593/2008, y el artículo 4, apartado 2, del Reglamento propuesto, la manera más eficaz de reducir

⁽¹⁾ Véase también el Libro Verde de la Comisión Europea, *Construir una Unión de los Mercados de Capitales* (COM(2015) 63 final, Bruselas, 18.2.2015). Véase también el documento del Banco Central Europeo *Building a Capital Markets Union – Eurosystem contribution to the European Commission's Green Paper*, disponible en inglés, de 2015.

⁽²⁾ Véanse la página 3 y la nota al pie 10 de la exposición de motivos del Reglamento propuesto. Cabe señalar que al final del segundo trimestre de 2017, el número de operaciones de crédito del Eurosistema aseguradas mediante garantías sobre créditos y movilizadas sobre una base transfronteriza fue considerablemente inferior al indicado.

⁽³⁾ Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DO L 166 de 11.6.1998, p. 45).

⁽⁴⁾ Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito (DO L 146 de 10.6.2009, p. 37).

el número de leyes aplicables a los derechos de crédito sería hacer referencia, también en el caso de los préstamos bancarios, a la ley del crédito cedido. Con ello se alcanzaría un grado de seguridad jurídica similar y mayor simplicidad para los préstamos bancarios aportados como garantía, como ya se ha logrado en el caso de operaciones de valores mediante garantía.

- 2.4. La exposición de motivos del Reglamento propuesto señala que, por un lado, las normas sobre conflicto de leyes del Reglamento propuesto y, por otro, las de la Directiva 2002/47/CE, Directiva 98/26/CE y la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁾, no se solapan ya que la primera se aplica a los derechos y la segunda los valores e instrumentos anotados en cuenta, la existencia o transferencia de los cuales presupone su inscripción en un registro, una cuenta o un sistema de depósito centralizado ⁽²⁾. No obstante, el BCE aprovecha esta oportunidad para reiterar un asunto relativo a la Directiva 2002/47/CE que es de gran importancia para el Eurosistema para la aceptación de derechos de crédito como garantía para las operaciones de crédito del Eurosistema. El BCE recuerda que la Directiva 2002/47/CE fue modificada por la Directiva 2009/44/CE con el fin específico de facilitar la utilización de los derechos de crédito como garantía por los bancos centrales. El BCE emitió un dictamen acerca de estas modificaciones ⁽³⁾ en el que abordaba «el problema de la falta de armonización de las normas sobre derechos de crédito de las distintas jurisdicciones de la UE», y en el que ponía de manifiesto «que sería de suma importancia que el Eurosistema pudiera usar los derechos de crédito como garantía con arreglo al régimen establecido en la Directiva 2002/47/CE, de forma que se facilite una gestión operativa eficiente de ese tipo de activos, en particular por medios electrónicos, incluidas las organizaciones transfronterizas».
- 2.5. Aunque el Reglamento propuesto solo afecta a las normas de conflicto de leyes y no a cuestiones de fondo, el BCE desea reiterar sus consideraciones previas respecto a uno de los riesgos derivados de la movilización de derechos de crédito como garantías reales de bancos centrales, tanto entre jurisdicciones de la zona del euro como dentro de la Unión, en particular el riesgo de los derechos de compensación ejercitados por terceros deudores (o garantes) de los derechos de crédito en relación con las cuantías que los acreedores de tales créditos deben a esos terceros. Este riesgo reduciría de forma considerable el valor del crédito y podría comprometer su «idoneidad» como garantía en virtud del artículo 18.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (en lo sucesivo, «Estatutos del SEBC»). Si un banco central desea ejecutar un crédito, en caso de incumplimiento de las contrapartes, la posibilidad de compensación podría implicar una disminución parcial o total del valor como garantía del crédito. El artículo 3, apartado 3, inciso i), de la Directiva 2002/47/CE, introducido por la Directiva 2009/44/CE, solo trata el problema de la compensación de forma limitada. Varios Estados miembros han introducido legislaciones que se ocupan de este riesgo mediante la exclusión de los derechos de compensación respecto a créditos movilizados como activo de garantía en operaciones de crédito con bancos centrales del SEBC ⁽⁴⁾.
- 2.6. El BCE considera legítimo el objetivo de eliminar los riesgos de compensación asociados con la aceptación de derechos de crédito como garantía en las operaciones de crédito del Eurosistema y que es plenamente conforme con los Estatutos del SEBC. Proteger el Eurosistema de posibles pérdidas derivadas de la aceptación de dicha garantía está estrechamente relacionado con el requisito establecido en el artículo 18.1, inciso segundo, de los Estatutos del SEBC, en virtud del cual las operaciones de préstamo de los bancos centrales del SEBC deben estar respaldadas por garantías suficientes. Asimismo, abordar de forma adecuada los riesgos de compensación también facilita la aceptación de los derechos de crédito como garantías admisibles en las operaciones de crédito del Eurosistema, y contribuye, por tanto, a la eficiencia de la transmisión de la política monetaria a la economía real ⁽⁵⁾. El BCE invita al Consejo a considerar una modificación a la Directiva 2002/47/CE, con el fin de excluir la posibilidad de que el deudor (o garante) de un derecho de crédito aportado como garantía a un banco central en el contexto de operaciones de crédito dentro del Eurosistema ejerza los derechos de compensación que pueda tener frente al prestatario original en virtud del crédito. Para reducir al mínimo la cuantía de las posibles pérdidas en caso de ejecución, esta exclusión también debería incluir a los terceros a los que un banco central del Eurosistema ceda posteriormente el derecho de crédito ⁽⁶⁾.

En un documento técnico de trabajo separado figuran las propuestas de redacción específicas, acompañadas de explicaciones, correspondientes a las recomendaciones del BCE encaminadas a modificar el Reglamento propuesto. El documento técnico de trabajo se encuentra disponible en inglés en la dirección del BCE en internet.

⁽¹⁾ Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (DO L 125 de 5.5.2001, p. 15).

⁽²⁾ Véase el apartado 11 de la exposición de motivos del Reglamento propuesto.

⁽³⁾ Véase el apartado 9.1 del Dictamen CON/2008/37.

⁽⁴⁾ Véanse en particular, por ejemplo, el artículo L. 141-4, sección I, apartado 2, del Código monetario y financiero francés, introducido por el artículo 53 de la Ley n.º 2016-1691, de 9 de diciembre de 2016; el artículo 26 del Decreto Ley italiano n.º 237, de 23 de diciembre de 2016, convertido en ley por la Ley n.º 15, de 17 de febrero de 2017; el artículo 22-1, apartado 4, de la Ley sobre el estatus monetario y sobre la Banque centrale du Luxembourg, de 23 de diciembre de 1998; veáanse asimismo los apartados 2.1 a 2.2 del Dictamen CON/2006/56; el apartado 2.3 del Dictamen CON/2016/37; y el apartado 5.1 del Dictamen CON/2017/1.

⁽⁵⁾ Véanse el apartado 2.2 del Dictamen CON/2016/37 y el apartado 5.1 del Dictamen CON/2017/1.

⁽⁶⁾ Véase el apartado 2.5 del Dictamen CON/2016/37.

El presente Dictamen se publicará en la dirección del BCE en internet.

Hecho en Fráncfort del Meno, el 18 de julio de 2018.

El Presidente del BCE

Mario DRAGHI
