

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

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 100 A,

Vista la propuesta de la Comisión ⁽¹⁾,

Visto el dictamen del Instituto Monetario Europeo ⁽²⁾,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social ⁽³⁾,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189 B del Tratado ⁽⁴⁾,

- (1) Considerando que el Informe Lamfalussy de 1990, destinado a los gobernadores de los bancos centrales de los países integrantes del Grupo de los diez, puso de relieve el importante riesgo sistémico inherente a los sistemas de pagos cuyo funcionamiento se basa en varias formas jurídicas de compensación de pagos, en particular la compensación multilateral; que, la reducción de los riesgos jurídicos que lleva aparejada la participación en sistemas de liquidación bruta en tiempo real reviste una importancia capital, dada la creciente difusión de dichos sistemas;
- (2) Considerando que también es de capital importancia reducir el riesgo asociado a la participación en los sistemas de liquidación de valores, en particular cuando existe una estrecha conexión entre tales sistemas y los sistemas de pagos;
- (3) Considerando que la presente Directiva pretende contribuir al funcionamiento eficiente y rentable de los mecanismos transfronterizos de pagos y de liquidación de valores en la Comunidad, lo que fortalece la libertad de los movimientos de capitales en el mercado interior; que con ello la Directiva permite seguir avanzando hacia la plena realización del mercado interior, sobre todo en lo que respecta a la libre prestación de servicios y a la liberalización de los movimientos de capitales, con vistas a la realización de la unión económica y monetaria;
- (4) Considerando que sería conveniente que la legislación de los Estados miembros tengan como objetivo minimizar la perturbación de un sistema

debido a los procedimientos de insolvencia contra un participante en dicho sistema;

- (5) Considerando que una propuesta de una directiva sobre el saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito presentada en 1985 y modificada el 8 de febrero de 1988, sigue pendiente de aprobación en el Consejo; que el Convenio sobre los procedimientos de insolvencia elaborado el 23 de noviembre de 1995 por los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo excluye expresamente a las compañías de seguros, las entidades de crédito y las sociedades de inversión;
- (6) Considerando que la presente Directiva tiene por objeto hacer extensivos sus efectos a los sistemas de pagos y de liquidación de valores tanto nacionales como transfronterizos; que la Directiva es aplicable a los sistemas comunitarios y a las garantías constituidas por sus participantes, ya sean éstos comunitarios o de países terceros, en relación con su participación en dichos sistemas;
- (7) Considerando que los Estados miembros podrán aplicar las disposiciones de la presente Directiva a aquellas de sus entidades nacionales que participen directamente en sistemas de países terceros y a las garantías constituidas en relación con la participación en dichos sistemas;
- (8) Considerando que debería permitirse a los Estados miembros designar como sistema cubierto por la presente Directiva un sistema cuya actividad principal sea la liquidación de valores, aun cuando dicho sistema, en cierta medida, también opere con instrumentos derivados de materias primas;
- (9) Considerando que la reducción del riesgo sistémico requiere sobre todo la firmeza de la liquidación y la exigibilidad jurídica de las garantías; que cabe entender por garantías todos los medios que un participante en un sistema de pagos y/o de liquidación de valores pone a disposición de otros participantes para garantizar derechos y obligaciones en relación con el sistema mencionado, incluidos los pactos de recompra, derechos de retención y transferencias fiduciarias; que la regulación del Derecho nacional en materia del tipo de garantías que pueden utilizarse no debe verse afectada por la definición de garantía de la presente Directiva;

⁽¹⁾ DO C 207 de 18. 7. 1996, p. 13, y DO C 259 de 26. 8. 1997, p. 6.

⁽²⁾ Dictamen emitido el 21 de noviembre de 1996.

⁽³⁾ DO C 56 de 24. 2. 1997, p. 1.

⁽⁴⁾ Dictamen del Parlamento Europeo de 9 de abril de 1997 (DO C 132 de 28. 4. 1997, p. 74), Posición común del Consejo de 13 de octubre de 1997 (DO C 375 de 10. 12. 1997, p. 34), y Decisión del Parlamento Europeo de 29 de enero de 1998 (DO C 56 de 23. 2. 1998). Decisión del Consejo de 27 de abril de 1998.

- (10) Considerando que la inclusión en el ámbito de aplicación de la presente Directiva de las garantías prestadas en relación con operaciones ejecutadas por los bancos centrales de los Estados miembros en su calidad de banco central, incluidas las operaciones de política monetaria, supone un apoyo para el Instituto Monetario Europeo en su labor de fomento del funcionamiento eficiente de los pagos transfronterizos, con vistas a la preparación de la tercera etapa de la unión económica y monetaria, y contribuye así al desarrollo del marco jurídico necesario para que el futuro Banco Central Europeo pueda aplicar su política;
- (11) Considerando que las órdenes de transferencia y su compensación deberían surtir efectos jurídicos en el territorio de todos los Estados miembros y ser vinculantes para terceros;
- (12) Considerando que las normas en materia de firmeza de la compensación no deben impedir que los sistemas comprueben, antes de que tenga lugar la compensación, si las órdenes cursadas al sistema se ajustan a las normas del mismo y permiten que se produzca su liquidación;
- (13) Considerando que la presente Directiva no debe impedir que un participante o un tercero ejercite cualquier derecho de recuperación o restitución resultante de la transacción subyacente que pudiera tener legalmente respecto de una orden de transferencia consignada en el sistema, por ejemplo en caso de fraude o de error técnico, siempre que dicho ejercicio no ocasione la anulación de la compensación o la revocación de la orden de transferencia en el sistema;
- (14) Considerando que resulta necesario impedir que las órdenes de transferencia puedan ser revocadas a partir de un momento determinado por las normas del sistema;
- (15) Considerando que es necesario que todo Estado miembro comunique inmediatamente a los demás Estados miembros la apertura de un procedimiento de insolvencia contra cualquier participante del sistema;
- (16) Considerando que el procedimiento de insolvencia no debería tener efecto retroactivo sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema;
- (17) Considerando que la presente Directiva está, además, encaminada a determinar la normativa relativa a la insolvencia aplicable a los derechos y obligaciones de un participante en relación con su participación en un sistema cuando se abra un procedimiento de insolvencia respecto de dicho participante en un sistema;
- (18) Considerando que debería impedirse que las garantías se vean afectadas por la normativa de insolvencia aplicable al participante insolvente;
- (19) Considerando que las disposiciones del apartado 2 del artículo 9 sólo se aplicarán a un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado que evidencie la existencia de derechos patrimoniales sobre la expedición o relativos a la transferencia de los valores de que se trate;
- (20) Considerando que las disposiciones del apartado 2 del artículo 9 están destinadas a garantizar que, si los participantes, bancos centrales de los Estados miembros o el futuro Banco Central Europeo poseen una garantía constituida válida y efectiva tal como lo establece la legislación del Estado miembro donde tengan su sede el registro, cuenta o sistema de depósito centralizado pertinentes, la validez y carácter ejecutorio de dicha garantía constituida frente a aquel sistema (y su operador) y frente a cualquier otra persona que reclame directa o indirectamente a través del mismo quedará determinada únicamente de acuerdo con la legislación de dicho Estado miembro;
- (21) Considerando que las disposiciones del apartado 2 del artículo 9 no pretenden prejuzgar la ejecución y los efectos de la ley del Estado miembro con arreglo a la cual se constituyan las garantías o de la ley del Estado miembro donde las garantías puedan radicarse de otra forma (incluso, sin limitaciones, la legislación relativa al establecimiento, la propiedad o la transferencia de dichas garantías o de derechos sobre las mismas) y no se interpretarán en el sentido de que toda garantía constituida será directamente ejecutable o pueda reconocerse en ese Estado miembro de otra forma que no sea de acuerdo con la legislación de tal Estado miembro;
- (22) Considerando que es aconsejable que los Estados miembros se esfuercen por establecer suficientes vínculos entre todos los sistemas de liquidación de valores incluidos en la presente directiva a efectos de fomentar la máxima transparencia y seguridad jurídica de las transacciones relativas a los valores;
- (23) Considerando que la adopción de la presente Directiva constituye la manera más adecuada de alcanzar los objetivos enunciados y no excede de lo necesario para alcanzarlos,

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

SECCIÓN I

ÁMBITO Y DEFINICIONES

Artículo 1

Lo dispuesto en la presente Directiva será aplicable a:

- a) todo sistema, con arreglo a la definición que figura en la letra a) del artículo 2, regido por el Derecho de un Estado miembro al amparo del cual se efectúen operaciones en cualquier divisa, en ecus o en las distintas divisas que el sistema convierta entre sí;

- b) todo participante de dicho sistema;
- c) las garantías constituidas en relación con:
- la participación en un sistema, o
 - las operaciones ejecutadas por los bancos centrales de los Estados miembros en su calidad de banco central.

Artículo 2

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) «sistema»: un acuerdo formal:
- entre tres o más participantes, sin tener en cuenta un posible agente de liquidación, una posible contraparte central, una posible cámara de compensación o un posible participante indirecto, con normas comunes y disposiciones normalizadas para la ejecución de órdenes de transferencia entre los participantes;
 - regido por el Derecho de un Estado miembro a elección de los participantes; no obstante, estos últimos sólo podrán optar a regirse por el Derecho de un Estado miembro en el que al menos uno de ellos tenga su administración central; y
 - reconocido como sistema, sin perjuicio de otras condiciones más restrictivas de aplicación general con arreglo al Derecho nacional, y notificado a la Comisión por el Estado miembro por cuyo Derecho se rija, previa verificación de la adecuación de las normas del sistema.

En las condiciones establecidas en el párrafo primero, un Estado miembro podrá designar como sistema un acuerdo formal de la misma naturaleza, cuya actividad consista en ejecutar órdenes de transferencia de títulos o derechos en la forma definida en el segundo guión de la letra i) y que, en una medida limitada, ejecute órdenes relativas a otros instrumentos financieros, cuando dicho Estado miembro considere que el reconocimiento está justificado por motivos de riesgo sistémico.

Asimismo, en casos concretos, un Estado miembro podrá reconocer como sistema un acuerdo formal de la misma naturaleza entre dos participantes, sin tener en cuenta un posible agente de liquidación, una posible contraparte central, una posible cámara de compensación o un posible participante indirecto, cuando dicho Estado miembro considere que el reconocimiento está justificado por motivos de riesgo sistémico;

- b) «entidad»:
- una entidad de crédito tal como se define en el primer guión del artículo 1 de la Directiva 77/780/CEE⁽¹⁾, incluidas las entidades que figuran en la lista del apartado 2 del artículo 2 de la citada Directiva; o

- una empresa de inversión tal como se define en el punto 2 del artículo 1 de la Directiva 93/22/CEE⁽²⁾, excluidas las entidades que figuran en las letras a) a k) del apartado 2 del artículo 2 de la citada Directiva; o
- las autoridades públicas y las empresas con garantía pública; o
- cualquier empresa cuya administración principal se encuentre fuera de la Comunidad y cuyas funciones correspondan a las de las entidades de crédito o empresas de inversión de la Comunidad, tal como se definen en los guiones primero y segundo

que participen en un sistema y tengan responsabilidad para la cancelación de las obligaciones financieras derivadas de órdenes de transferencia dentro de dicho sistema.

Cuando un sistema sea supervisado con arreglo a la legislación nacional y sólo ejecute órdenes de transferencia de títulos o derechos tal como se definen en el segundo guión de la letra i), así como los pagos que deriven de dichas órdenes, un Estado miembro podrá considerar como entidades a las empresas que participan en dicho sistema y tengan responsabilidad para la cancelación de las obligaciones financieras derivadas de órdenes de transferencia dentro de dicho sistema, siempre que al menos tres de los participantes en el mismo pertenezcan a las categorías mencionadas en el párrafo primero y la decisión esté justificada por motivos de riesgo sistémico;

- c) «contraparte central»: una entidad interpuesta entre las entidades de un sistema, que ejerza de contraparte exclusiva de dichas entidades en lo que se refiere a sus órdenes de transferencia;
- d) «agente de liquidación»: una entidad que facilite cuentas de liquidación a entidades o a una contraparte central que participen en sistemas a través de la cual se liquiden órdenes de transferencia dentro de tales sistemas y que, en su caso, conceda crédito a tales entidades o contrapartes centrales a efectos de la liquidación;
- e) «cámara de compensación»: una organización encargada de calcular las posiciones netas de las entidades, una posible contraparte central y/o un posible agente de liquidación;
- f) «participante»: una entidad, contraparte central, cámara de compensación o agente de liquidación.

Según las normas del sistema, un mismo participante podrá actuar de contraparte central, de cámara de compensación o de agente de liquidación o desempeñar todas estas tareas o parte de las mismas.

⁽¹⁾ Primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 322 de 17. 12. 1977, p. 30); Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 96/13/CE (DO L 66 de 16. 3. 1996, p. 15).

⁽²⁾ Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DO L 141 de 11. 6. 1993, p. 27). Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 97/9/CE (DO L 84 de 26. 3. 1997, p. 22).

Un Estado miembro podrá decidir que, a efectos de la presente Directiva, un participante indirecto pueda considerarse como participante si está justificado por motivos de riesgo sistémico y siempre que el sistema tenga conocimiento del participante indirecto;

- g) «participante indirecto»: una entidad de crédito, tal como se define en el primer guión de la letra b), que tenga una relación contractual con una entidad participante en un sistema que ejecute órdenes de transferencia tal como se definen en el primer guión de la letra il, que permita a la citada entidad de crédito a dar órdenes de transferencia dentro del sistema;
- h) «valores»: todos los instrumentos a que se refiere la sección B del anexo de la Directiva 93/22/CEE;
- i) «orden de transferencia»:
- toda instrucción de un participante para poner una cantidad de dinero a disposición de un destinatario final, cursada mediante un asiento en las cuentas de una entidad de crédito, un banco central o un agente de liquidación, o toda instrucción cuyo resultado sea la asunción o cancelación de una obligación de pago tal como se define en las normas del sistema; o
 - una instrucción de un participante para que se transfiera el título o derecho correspondiente a uno o varios valores mediante una anotación en un registro o de otra forma;
- j) «procedimientos de insolvencia»: toda medida colectiva prevista por la legislación de un Estado miembro, o de un tercer Estado, para decidir la liquidación de un participante o para reorganizarlo, cuando dicha medida suponga la suspensión de transferencias o pagos o la imposición de limitaciones sobre los mismos;
- k) «compensación»: la conversión en un crédito neto o una obligación neta de los créditos y obligaciones resultantes de órdenes de transferencia que uno o varios participantes emitan a otro u otros participantes o reciban de otro u otros participantes, de modo que sólo pueda exigirse un único crédito neto o deberse una única obligación neta;
- l) «cuenta de liquidación»: una cuenta en un banco central, en un agente de liquidación o en una contraparte central, utilizada para depositar fondos y valores así como para liquidar transacciones entre participantes de un sistema;
- m) «garantía»: todo activo realizable constituido como fianza (incluido dinero entregado como fianza), con arreglo a pactos de recompra o similares, o de otra forma, con el fin de garantizar los derechos y obligaciones que puedan derivarse en relación con un sistema o constituido a favor de los bancos centrales

de los Estados miembros o al futuro Banco Central Europeo.

SECCIÓN II

COMPENSACIÓN Y ÓRDENES DE TRANSFERENCIA

Artículo 3

1. Las órdenes de transferencia y la compensación serán legalmente exigibles y serán vinculantes con respecto a terceros, aun en el caso de que se incoe un procedimiento de insolvencia respecto de un participante, siempre que las órdenes de transferencia se hayan cursado al sistema antes del momento de la incoación de un procedimiento de insolvencia tal como se define en el apartado 1 del artículo 6.

Cuando, excepcionalmente, las órdenes de transferencia se cursen a un sistema después de la incoación del procedimiento de insolvencia y se ejecuten el mismo día en que se haya incoado dicho procedimiento, sólo serán legalmente exigibles y vinculantes con respecto a terceros si, después del momento de la liquidación, el agente de liquidación, la contraparte central o la cámara de compensación pueden probar que ni tenían conocimiento de la incoación de dicho procedimiento ni debieran haberlo tenido.

2. Ninguna ley, reglamento, norma o práctica sobre anulación de contratos y transacciones celebrados con anterioridad al momento de incoación de un procedimiento de insolvencia, tal como se define en el apartado 1 del artículo 6, podrá producir la anulación de una compensación.

3. El momento de consignación de una orden de transferencia en un sistema vendrá definido por las normas que regulen dicho sistema. Si el derecho nacional por el que se rija dicho sistema estipulara condiciones en lo que se refiere al momento de consignación, las normas del sistema deberán ajustarse a dichas condiciones.

Artículo 4

Los Estados miembros podrán establecer que la incoación de un procedimiento de insolvencia contra un participante no impida que se utilicen los fondos o valores disponibles en la cuenta de liquidación de dicho participante para cumplir con las obligaciones de dicho participante en el sistema el día de la incoación del procedimiento de insolvencia. Además, los Estados miembros podrán también disponer que se utilice un instrumento de crédito de dicho participante relacionado con el sistema frente a garantías existentes y disponibles para cumplir con las obligaciones del participante en el sistema.

Artículo 5

Las órdenes de transferencia no podrán ser revocadas por un participante en el sistema ni por terceros a partir del momento determinado por las normas de dicho sistema.

SECCIÓN III

DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA*Artículo 6*

1. A efectos de la presente Directiva, el momento de la incoación de un procedimiento de insolvencia será el momento en que las autoridades judiciales o administrativas competentes pronuncien su decisión.

2. Cuando se haya tomado una decisión de conformidad con el apartado 1, la autoridad judicial o administrativa competente notificará inmediatamente dicha decisión a la correspondiente autoridad elegida por su Estado miembro.

3. El Estado miembro contemplado en el apartado 2 lo notificará inmediatamente a los demás Estados miembros.

Artículo 7

Los procedimientos de insolvencia no tendrán efectos retroactivos sobre aquellos derechos y obligaciones de un participante que se deriven de su participación en un sistema o que tengan relación con el mismo antes del momento de incoación de tales procedimientos tal como se define en el apartado 1 del artículo 6.

Artículo 8

En el caso de que se incoe un procedimiento de insolvencia contra un participante en un sistema, los derechos y obligaciones que se deriven de su participación o que estén vinculados a la misma vendrán determinados por la legislación aplicable a dicho sistema.

SECCIÓN IV

PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS DEL TITULAR DE UNA GARANTÍA FRENTE A LOS EFECTOS DE LA INSOLVENCIA DE QUIEN LA HAYA CONSTITUIDO*Artículo 9*

1. Los derechos de:

- un participante respecto de las garantías constituidas a su favor en un sistema, y
- de los bancos centrales de los Estados miembros o del futuro Banco Central Europeo respecto de garantías constituidas a su favor,

no se verán afectados por un procedimiento de insolvencia contra el participante o la contraparte de los bancos centrales de los Estados miembros o del futuro Banco Central Europeo que haya constituido las garantías. Dichas garantías podrán ejecutarse para satisfacer los derechos citados.

2. Cuando se constituya una garantía mediante valores (inclusive derechos sobre valores) en favor de participantes y/o bancos centrales de los Estados miembros o del futuro Banco Central Europeo, tal como se describe en el apartado 1, y su derecho (o el de cualquier mandatario, agente o tercero que actúe en su nombre) respecto de los valores se inscriba legalmente en un registro, cuenta o sistema de depósito centralizado con sede en un Estado miembro, la determinación de los derechos de dichas entidades como acreedores pignoratícios sobre dichas garantías se regirán por el Derecho de dicho Estado miembro.

SECCIÓN V

DISPOSICIONES FINALES*Artículo 10*

Los Estados miembros especificarán los sistemas que deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y los notificarán a la Comisión informándole de las autoridades que hayan designado con arreglo al apartado 2 del artículo 6.

El sistema indicará al Estado miembro por cuya legislación se rija, los nombres de los participantes en el sistema, incluidos los de los posibles participantes indirectos, así como cualquier cambio de los mismos que se produzca.

Además de la indicación a que se refiere el párrafo segundo, los Estados miembros podrán imponer requisitos de supervisión o autorización a los sistemas sometidos a su jurisdicción.

Cualquiera que tenga un interés legítimo podrá exigir a una entidad que le informe sobre los sistemas en que participa y sobre las normas fundamentales por las que se rige el funcionamiento de esos sistemas.

Artículo 11

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 11 de diciembre de 1999. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten las citadas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva. En dicha comunicación, los Estados miembros incluirán una tabla de correspondencias en el que figuren las disposiciones nacionales, nuevas o ya vigentes, adoptadas con respecto a cada uno de los artículos de la presente Directiva.

Artículo 12

En un plazo no superior a tres años a partir de la fecha mencionada en el apartado 1 del artículo 11, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva, acompañado, en su caso, de propuestas de modificación.

Artículo 13

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Artículo 14

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 19 de mayo de 1998.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente

J.M. GIL-ROBLES

Por el Consejo

El Presidente

G. BROWN