Consejo de la
Unión Europea

Bruselas, 19 de abril de 2018
(OR. en)

8134/18

Expediente interinstitucional:
2017/0359 (COD)

LIMITE

JUR 191
EF 116
ECOFIN 343
CODEC 581

PUBLIC

DICTAMEN DEL SERVICIO JURÍDICO[1]

De:	Servicio Jurídico
Asunto:	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 575/2013, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 1093/201 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican las Directivas (UE) n.º 2013/36 y (UE) n.º 2014/65 – Definición de entidad de crédito; relación con el Reglamento MUS

I. INTRODUCCIÓN

1. El 20 de diciembre de 2017, la Comisión publicó dos propuestas para reglamentar los requisitos prudenciales aplicables a las empresas de servicios de inversión. La propuesta de Reglamento sobre los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión[2] (propuesta IFR) y la propuesta de

[1] El presente documento contiene asesoramiento jurídico protegido en virtud del artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que el Consejo de la Unión Europea no ha divulgado. El Consejo se reserva todos sus derechos respecto de cualquier publicación no autorizada.

[2] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 575/2013, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 1093/201 (COM(2017) 790 final, doc. 16017/17).

Directiva relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión[3] (propuesta IFD) se basan en las normas prudenciales vigentes para los bancos y las empresas de servicios de inversión establecidas en el Reglamento (UE) n.° 575/2013[4] (RRC) y la Directiva 2013/36/UE[5] (DRC IV) al crear un régimen jurídico prudencial para las empresas de servicios de inversión de carácter autónomo. Al mismo tiempo, la propuesta IFR prevé la modificación de la definición de «*entidad de crédito*» del artículo 4, apartado 1, del RRC a fin de incluir en el concepto de bancos tradicionales las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica que posean activos por encima de un umbral determinado. Este cambio de la definición repercutiría en otros actos legislativos, en particular el Reglamento (UE) 1024/2013[6] que encomienda al Banco Central Europeo (BCE) tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (Reglamento MUS). De hecho, en virtud de dicha definición, el MUS pasaría a ser competente para supervisar las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica.

2. El 22 de febrero de 2018, el Servicio Jurídico del Consejo hizo una intervención oral en el Grupo «Servicios Financieros». El presente dictamen refleja y complementa el razonamiento expuesto en la citada reunión del Grupo a propósito de dos cuestiones planteadas por las delegaciones:

   1) ¿Es jurídicamente factible definir las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica que superen un umbral determinado como entidades de crédito, como propone la Comisión?

   2) ¿Sería necesario modificar el Reglamento MUS para permitir que el BCE supervise las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica?

---

[3] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican las Directivas (UE) n.º 2013/36 y (UE) n.º 2014/65, COM(2017) 791 final, 2017/0358 (COD), ST 16011/17.

[4] Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DO L 176 de 27.6.2013, p. 1); modificado ulteriormente.

[5] Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, DO L 176 de 27.6.2013, p. 338; modificada ulteriormente.

[6] Reglamento (UE) n.° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, DO L 287 de 29.10.2013, p. 63.

PUBLIC

II. ANTECEDENTES JURÍDICOS

3. La propuesta IFR se basa en el artículo 114 del TFUE, que permite la adopción de «*medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*».

4. El artículo 127, apartado 6, del TFUE, base jurídica del Reglamento MUS, establece lo siguiente:

   «El Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros».

5. El artículo 2, punto 3, del Reglamento MUS define, remitiéndose al RRC, la entidad de crédito como «*una entidad de crédito según la definición del artículo 4, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE) n.° 575/2013*».

6. La disposición objeto de estudio, el artículo 60, apartado 2, de la propuesta IFR incluiría las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica en la definición de «*entidad de crédito*» establecida en el artículo 4, apartado 1, del RRC. Las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica serían aquellas cuyos activos totales superasen los valores determinados por la propuesta (treinta mil millones de euros), bien a título individual, bien como parte de un grupo.

PUBLIC

III. ANÁLISIS JURÍDICO

7. Las cuestiones planteadas en el Grupo «Servicios Financieros» consisten, por una parte, en si el artículo 114 del TFUE es la base jurídica apropiada para definir las empresas de servicios de inversión como entidades de crédito, con la consecuencia de que estas empresas de servicios de inversión quedan sujetas a la supervisión del MUS (en la medida en que estén situadas en Estados que participen en él) o si, de modo alternativo, se requeriría también una modificación del Reglamento MUS con arreglo al artículo 127, apartado 6, del TFUE. Por otra parte, también se trata de las condiciones en virtud de las cuales puede calificarse de entidad de crédito una entidad que no toma depósitos ni concede créditos.

8. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el Tribunal) «*la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control judicial, entre los que figuran, en particular, la finalidad y el contenido de ese acto*»[7].

9. El Tribunal ha mantenido de forma constante que para que un acto legislativo pueda ser adoptado sobre la base del artículo 114 del TFUE debe cumplir dos condiciones: debe, «*por una parte, contener medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros y, por otra parte, tener por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*».[8]

[7] Asunto C-147/13, *España/Consejo*, EU:C:2015:299, apartado 68 y jurisprudencia citada.
[8] Asunto C-270/12, *Reino Unido/Parlamento Europeo y Consejo*, EU:C:2014:18, apartado 100.

10. En primer lugar, mediante la expresión «*medidas relativas a la aproximación*» en el artículo 114 del TFUE, «*los autores del Tratado FUE quisieron conferir al legislador de la Unión, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba armonizarse, un margen de apreciación*».[9] Además, el Tribunal ha señalado este respecto «*que ese margen de apreciación del legislador puede emplearse concretamente para elegir la técnica de armonización más adecuada cuando la aproximación proyectada requiera análisis extremadamente técnicos y especializados, así como la toma en consideración de la evolución en una materia determinada*».[10]

11. En segundo lugar, respecto del requisito de que la medidas de armonización de conformidad con el artículo 114 del TFUE han de tener por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, el Tribunal ha señalado que «*dicho artículo únicamente puede aplicarse como base jurídica cuando del propio acto jurídico se deriva objetiva y efectivamente que su finalidad es mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior*».[11] El Tribunal ha precisado asimismo que las medidas adoptadas al amparo del artículo 114, apartado 1, del TFUE deben tener realmente dicha finalidad, contribuyendo efectivamente a la eliminación de obstáculos a las libertades fundamentales de establecimiento o a la supresión de distorsiones de la competencia[12]. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha sostenido reiteradamente que el artículo 114 del TFUE puede utilizarse como base jurídica en caso de existencia de disparidades reales o potenciales entre las normas nacionales «*cuando tales disparidades puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia*»[13].

---

[9] Asunto C-549/15, *E.ON Biofor Sverige*, EU:C:2017:490, apartado 30. Asunto C-270/12, *Reino Unido/Parlamento Europeo y Consejo*, EU:C:2014:18, apartado 102; Asunto C-547/14, *Philip Morris*, EU:C:2016:325, apartado 63.

[10] Asunto C-270/12, *Reino Unido/Parlamento Europeo y Consejo*, EU:C:2014:18, apartado 103.

[11] Asunto C-270/12, *Reino Unido/Parlamento Europeo y Consejo*, EU:C:2014:18, apartado 113.

[12] Véase el asunto C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, EU:C:2002:741, apartado 60.

[13] Asunto C-434/02, *Arnold André*, EU:C:2004:800, apartado 34; asunto C-210/03, *Swedish Match*, EU:C:2004:802, apartado 33; y asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04, *Alliance for Natural Health y otros*, EU:C:2005:449, apartado 32; asunto C-66/04, *Reino Unido/Parlamento Europeo y Consejo* («*Aromas de humo*»), EU:C:2005:743, apartado 41.

PUBLIC

12. Por consiguiente, se ha de evaluar si el objetivo y el contenido de la modificación examinada consisten en una verdadera armonización del régimen reglamentario aplicable a las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica, a la luz de la jurisprudencia referente al citado artículo 114 del TFUE.

13. Las entidades de crédito se definieron por primera vez en el Derecho comunitario en 1977 como empresas que reciben depósitos y conceden créditos[14] y por ello son bancos en el sentido tradicional. En 1993 las empresas de inversión se definieron por primera vez en el Derecho comunitario como empresas que prestan servicios de inversión[15]. Al mismo tiempo, se introdujo una distinción entre dichas entidades de crédito por una parte y las empresas de inversión, por otra, las cuales, por definición, no podían ser entidades de crédito[16].

14. En 2015, la Autoridad Bancaria Europea (ABE) emitió, junto con la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), un dictamen en el que recomendaba hacer la distinción entre las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica para las que son necesarios requisitos prudenciales equivalentes a los de las entidades de crédito, por una parte, y las empresas de servicios de inversión que no son de importancia sistémica ni están interconectadas, por otra, para las que se podrían elaborar requisitos específicos. De esta forma se reconocía que una reducida minoría de empresas de inversión eran empresas considerables que se dedicaban a la intermediación como si fueran bancos y suscribían riesgos a escala significativa[17].

---

[14] Artículo 1, primer guion de la 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).

[15] Artículo 1, apartado 2, de la 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).

[16] Artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DO L 141 de 11.6.1993, p. 1).

[17] La ABE recomendaba que se estableciera una distinción respecto de la importancia sistémica de la empresa de inversión o su capacidad para realizar actividades afines a las de los bancos, expresada mediante indicadores constantes, tanto cualitativos como cuantitativos. Recomendación 1 (p. 7) y también p. 23 y ss. del informe de la ABE sobre las empresas de inversión, publicado a raíz de la solicitud de asesoramiento cursada por la Comisión en diciembre de 2014 (EBA/Op/2015/20), https://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-2015-20+Report+on+investment+firms.pdf. Esto se reiteró en el apartado 18, letra c), del Dictamen EBA/Op/2017/12.

PUBLIC

15. La propuesta que nos ocupa se basa en esta recomendación de la ABE, como se reconoce en la exposición de motivos y en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión[18] y tiene el objetivo preponderante de asimilar el tratamiento reglamentario aplicable a las empresas de inversión al de los bancos, con miras a la salvaguardia de la estabilidad financiera, objetivo estratégico subyacente al establecimiento del mercado interior en el ámbito de los servicios financieros.

16. Y lo que es más importante, el considerando 31 del preámbulo de la propuesta IFR pone de relieve las similitudes entre los bancos y las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica en términos de modelos de negocio, de perfiles de riesgo y de riesgos para la estabilidad financiera, explicando que «*[e]l modelo de negocio y el perfil de riesgo de las empresas de servicios de inversión de mayor tamaño que prestan servicios clave en el mercado mayorista y el sector de la banca de inversión (negociando por cuenta propia instrumentos financieros o asegurando o colocando instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme) son similares a los de las entidades de crédito importantes. Sus actividades exponen a las empresas al riesgo de crédito, sobre todo en forma de riesgo de crédito de contraparte, así como al riesgo de mercado en lo que respecta a las posiciones que asumen por cuenta propia, ya sea en relación con sus clientes o no. En consecuencia, suponen un riesgo para la estabilidad financiera, en razón de su tamaño y de su importancia sistémica*».

[18] Propuesta IFR, COM(2017)790 final, ST 16017/17, p. 8, epígrafe «Evaluación *ex post* de la legislación vigente» y p. 17, bajo el epígrafe «Empresas de servicios de inversión de importancia sistémica»; Propuesta IFD COM(2017)791 final, ST 16011/17, p. 8, epígrafe «Evaluación *ex post* de la legislación vigente» y p. 15, epígrafe «Empresas de servicios de inversión de importancia sistémica»; SWD(2017) 481 final, ST 16011/17 ADD 1, pp. 23, 24 y 25, sobre «Systemic investment firms» (Empresas de servicios de inversión de importancia sistémica).

17. El contenido de la propuesta obedece plenamente a sus objetivos, es decir que el resultado de la modificación será que las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica se verán sujetas a los mismos requisitos de capital y reglamentarios generales que el resto de las entidades de crédito. Entonces las empresas de inversión quedarían automáticamente incluidas en el propio ámbito de aplicación de la legislación general y sectorial aplicable en la actualidad a las «*entidades de crédito*» en la acepción del artículo 4, apartado 1, del RRC. De este modo, quedarán sujetas a los requisitos generales de capital aplicables a las entidades de crédito, a las normas sobre los sistemas de garantía de depósitos (en la medida en que tengan depósitos admisibles)[19], a las normas sobre resolución bancaria[20], o al régimen de supervisión establecido con arreglo al Reglamento MUS, en la medida en que estuvieran situadas en los Estados miembros participantes en él, por citar los ejemplos más sobresalientes.

18. Además, como se ha recordado ya (apartado 10) recurriendo al artículo 114 TFUE el legislador mantiene un amplio margen de apreciación para escoger el método de armonización más apropiado. Esta discrecionalidad puede incluir la formulación de unas definiciones en el sentido que actualmente se propone. El margen de apreciación debe basarse, sin embargo, en criterios y características objetivos y no puede consistir en un medio arbitrario para ampliar el ámbito de aplicación de las normas o en un uso indebido de los poderes sin guardar relación con los objetivos declarados de las disposiciones de que se trata. Como ya se ha expuesto en el presente dictamen, la inclusión de las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica en el concepto de entidades de crédito se basa en una serie de criterios objetivos (en particular sus modelos de negocio y sus perfiles de riesgo comunes) y persigue un verdadero objetivo (proteger la estabilidad financiera), elementos estos que permiten establecer una analogía razonable y no arbitraria entre los bancos y las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica, lo que permite a las primeras entrar en la definición de entidades de crédito[21].

---

[19] Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantías de depósitos (DO L 173 de 12.6.2014, p. 149).

[20] Reglamento (UE) n °806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución, DO L 225 de 30.7.2014, p. 1, y Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, DO L 173 de 12.6.2014, p. 190.

[21] Esta conclusión jurídica no se pone en duda en la declaración sobre la oportunidad política según la cual el Reglamento MUS solo puede modificarse por unanimidad, que se formula en el documento de los servicios de la Comisión SWD(2017) 481 final, ST 16011/17 ADD 1, página 24, nota al pie 54.

19. Las implicaciones de la modificación que nos ocupa en términos de supervisión merecen especial consideración. Como ya se ha apuntado, la modificación supone que las empresas de inversión de importancia sistémica situadas en los Estados miembros que participan en el MUS estarían sujetas a los poderes de supervisión de este. Sin embargo, este hecho no puede hacer del artículo 127, apartado 6, del TFUE una base jurídica necesaria para que tenga lugar la citada modificación, y tampoco pone en duda la idoneidad del artículo 114 del TFUE en el sentido antes explicado.

20. La ampliación de los poderes del MUS a las empresas de inversión de importancia sistémica no es la única consecuencia regulatoria ni un resultado exclusivamente buscado por las propuestas relativas a las empresas de servicios de inversión. Como se ha mencionado en apartados precedentes, la modificación tiene la consecuencia de que todo el corpus de normas actualmente aplicables a las entidades de crédito, incluido -aunque no exclusivamente- el Reglamento MUS, se hace extensivo a las empresas de inversión de importancia sistémica.

21. Es innegable que la propuesta persigue también una finalidad de supervisión objetiva, secundaria con respecto a la aplicación efectiva del nuevo régimen reglamentario a las empresas de inversión. Sin embargo, dicho objetivo de supervisión no consiste en conferir nuevas funciones al MUS: la propuesta pretende más bien que la misma autoridad competente (la que en la actualidad supervisa a los bancos) efectúe la supervisión prudencial tanto de los bancos como de las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica a fin de hacer frente de modo eficaz a los riesgos asociados las grandes sociedades transfronterizas y evitar las distorsiones de la competencia; así, esto «*garantizaría que la supervisión prudencial de las entidades de crédito se aplique de manera coherente y eficaz, y que el código normativo único de los servicios financieros se aplique de manera homogénea a todas las entidades de crédito a tenor de su importancia sistémica*» (véanse los considerandos 32 y 35 de la propuesta IFR). Dicha autoridad competente podrá ser el MUS o una nacional, dependiendo de donde esté situada la empresa de servicios de inversión de importancia sistémica.

PUBLIC

22. Merece la pena señalar que el ejercicio de las funciones de supervisión de bancos y empresas de servicios de inversión de importancia sistémica por la misma autoridad competente conllevaría la aplicación uniforme de un único código normativo (véase el considerando 33 de la propuesta IFR). Ese objetivo corresponde a las condiciones para recurso al artículo 114 del TFUE establecidas por el TJUE, a saber, siempre que haya disparidades reales o potenciales entre las normas nacionales susceptibles de obstaculizar las libertades o de crear distorsiones de competencia (véase el apartado 11).

23. Además, el texto del Reglamento MUS es coherente con la interpretación que se acaba de exponer. El Reglamento MUS no contiene una definición de «*entidad de crédito*» sino que se remite a la que ofrece la legislación bancaria, el RRC, es decir, el instrumento jurídico objeto de la modificación que nos ocupa (véase al respecto el artículo 2, apartado 3, del Reglamento MUS). Cuando redactó el Reglamento MUS, el legislador decidió pues que las entidades de crédito sujetas a la supervisión del MUS se definirían mediante el Derecho material y no mediante el Reglamento MUS mismo. En realidad, la definición de entidad de crédito, o sea el ámbito de aplicación *ratione personae* del RRC y la DRC, es parte fundamental e integrante del código normativo único aplicable a los servicios financieros, que debe mantenerse uniforme en toda la Unión a fin de preservar la unidad y la integridad del mercado interior (véanse al respecto los considerandos 10, 11 y 12 y el artículo 1, apartado 1, del Reglamento MUS). Por consiguiente, es lógico que la definición de entidad de crédito no la facilite de forma autónoma el Reglamento MUS, sino que forma parte del Derecho material subyacente que el MUS habrá de aplicar (sobre la base del artículo 114 del TFUE, normalmente).

PUBLIC

24. Desde el punto de vista supervisorio, debe formularse una última observación. El artículo 127, apartado 6, del TFUE excluye a las empresas de seguros de las competencias de supervisión del BCE. De conformidad con el principio de la jerarquía normativa, el Derecho primario de los Tratados goza de primacía respecto del Derecho derivado[22]. Por consiguiente, las modificaciones de la definición de «*entidad de crédito*» que figura en el artículo 4, apartado 1, del RRC no pueden ampliar el ámbito personal de aplicación del MUS para otorgar funciones de supervisión al BCE sobre las empresas de seguros. Esto se refleja claramente en el artículo 60, apartado 2, de la propuesta IFR, en el que las empresas de seguros quedan excluidas de la definición de entidad de crédito.

PUBLIC

IV. CONCLUSIÓN

25. El artículo 114 del TFUE es una base jurídica adecuada para modificar el artículo 4, apartado 1, del RRC por la cual las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica quedarían incluidas en la definición de entidad de crédito. Además, esta inclusión se basa en criterios objetivos relacionados con el modelo de negocio y los perfiles de riesgo de las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica, y verdaderamente pretende preservar la estabilidad financiera al permitir que dichas empresas se denominen entidades de crédito. Así pues, no se requeriría una modificación del Reglamento MUS basada en el artículo 127, apartado 6, del TFUE para que el MUS ejerciera su función de supervisión sobre las empresas de servicios de inversión de importancia sistémica.

---

[22] Véanse al efecto el asunto T-51/89, *Tetra Pak*, EU:T:1990:41, apartado 25; el asunto T-144/99, *Instituto de Agentes Autorizados/Comisión*, EU:T:2001:105, apartados 50-54; y el asunto C-445/00, *República de Austria/Consejo*, EU:C:2001:123, apartados 82 a 49.