

La tutela institucional de los swaps:

Resoluciones del Banco de España y de la CNMV

Nieves García Santos (CNMV)
Fernando Tejada (Banco de España)

Madrid, 31 enero de 2012

Normativa. Banco de España

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

Artículo 19.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Artículo 24.

- **Información y oferta** sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles.
- **Sus características deben constar** en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos.

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Artículo 79 quáter.

- Exceptúa de las obligaciones de información y de los test de idoneidad y conveniencia cuando se ofrece un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Normativa. CNMV

- MiFID
- Directiva 2004/39 Sección 2: Protección del inversor: Artículo 19-24
- Directiva 2006/73 Sección 3: Conveniencia e idoneidad: Artículo 35-39

- LMV

Titulo VII. Normas de conducta Artículos 78-83

- RD 629/1993

Código General de Conducta : Artículos 4-5

- RD 217/2008

Normas de conducta: Título IV:: Artículos 58-81

Normativa española. CNMV

Pre MiFID (< 19.12.2007)-

Información sobre el producto:

- ...proveer toda la información relevante para la adopción de decisiones de inversión...haciendo incapié en los riesgos....

Información sobre el inversor:

- identificación situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión del cliente, cuando fuera relevante para los servicios a proveer.

Post MiFID (>19.12.2007)-

Información sobre el producto: ...naturaleza y riesgos...explicación de riesgos suficientemente detallada...apalancamiento...riesgo de pérdida total..volatilidad...forma en que interactúan riesgos asociados..

Información sobre el inversor: ver si conveniente o idóneo

- **productos no complejos** – iniciativa del inversor
- **productos complejos**- conveniencia (*experiencia, capacidad para comprender los productos y sus riesgos*)
- **asesoramiento** (en sentido estricto)- recomendar productos que se *ajustan a lo que el inversor desea (idoneidad)*- objetivos de inversión
 - situación financiera

Criterios

Reparto de competencias Banco de España- CNMV:

Principio: *vinculación entre contratación de permutes y de productos bancarios*

Criterios prácticos (web de BdE y de CNMV):

- Vinculación **expresa** según recogido en el contrato de la permuta
- Reconocimiento por ambas partes de la dependencia** de la permuta respecto del producto bancario
- Importe** de la cobertura de la permuta, **no superior** al del producto(s) bancario a cubrir
- Coincidencia del plazo** de ambos productos (cancelación del producto bancario supone desaparición del derivado)
- Comercialización y oferta del derivado de forma vinculada** al producto bancario (aunque no haya cancelación simultánea de ambos), según se recoge en clausulado de ambos productos, documentos y de los tratos previos a la contratación. No existía ninguna voluntad de contratar el derivado sino de una manera vinculada al préstamo bancario

Criterios. Banco de España *Principios:*

- Competencia del Servicio de Reclamaciones
- Requisitos de transparencia e información
- No nulidad de cláusulas y contratos
- Abstención en caso de existencia de procedimiento judicial

- Acreditación documental

Ámbitos:

- Comercialización
- Adecuación
- Formalización
- Liquidación y cancelación anticipada

Criterios. Banco de España

Comercialización

- Información inicial deficiente o inexacta
- Evidencias:
 - correos electrónicos
 - locuciones telefónicas grabadas
- Inclusión del instrumento de cobertura en la oferta vinculante del préstamo principal sea cual sea el importe de éste.

Adecuación

- Efecto financiero conjunto de mantener el derivado y el producto de financiación de modo que:
 - o bien sea similar a haber contratado un préstamo a tipo de interés fijo o un préstamo con límites a la variación de tipos de interés.
 - o bien que, ante subidas del tipo de interés, se reduzca el importe conjunto del préstamo y el del contrato derivado frente al resultante sin cobertura.

Criterios. Banco de España

Formalización

- Existencia de documentación contractual debidamente firmada por el cliente.
- Si hay referencia a unas condiciones generales (CMOF) debe quedar acreditada su entrega.
- Cotitularidades: no se considera mala práctica la firma de uno sólo de ellos:
 - irregularidad formal no invalidante.
 - no genera obligaciones sobre la parte no firmante.

Criterios. Banco de España

Liquidación y cancelación anticipada

- El documento de liquidación debe incluir:
 - el nominal de la permuta.
 - los tipos de liquidación del cargo y abono y el tipo de referencia utilizado en el mismo.
 - el período de liquidación.
- Cancelación anticipada:
 - liquidación detallada y comprensible del origen de las variables utilizadas.
 - fórmula de cálculo utilizada.
- Reestructuración por la entidad (cancelación de un derivado y formalización de otro nuevo): la ausencia de liquidación del primero se considera una mala práctica.
- Cargos en descubierto: sólo si expresamente están previstos.

Criterios. CNMV (Memoria anual de reclamaciones.2010)

Contratación telefónica de permutas financieras (RD 217/2008. Aplicación Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia)

Mecanismo: conversación telefónica con el cliente grabada + posterior remisión de documento de confirmación de los términos del swap.

- mayoría de las veces firmados y devueltos, pero no siempre

Validez de la contratación:

- advertencia al cliente de que la *conversación en sí misma era un acto de contratación* y que iba a quedar grabada
- información de existencia de derecho de desestimiento de la contratación por vía telefónica

Criterios. CNMV

Información sobre características y riesgos:

Contenido: suficiente- conocimiento de características principales/ imagen adecuada de su naturaleza / enfatizarse riesgos específicos y posibles escenarios en función de subyacentes

Información verbal suministrada- posible contrastación o confirmación

Información escrita: correo electrónico, folleto publicitario, propio contrato y anexos rubricados por las partes.

Experiencia inversora en los productos:

Tanto en pre MiFID como post MiFID (normativa): Necesidad de evaluación de experiencia inversora en productos similares, en naturaleza y riesgos

Distintos tipos de swaps, con distinto grado de complejidad (inflación, divisas, tipos de interés, caps y floors, barreras...)

Pre Mifid:

Experiencia dilatada en contratación operaciones de financiación a tipo de interés variable
Capaz de comprender/ asumir riesgos asociados a swaps sencillos (de tipos de interés)

Criterios. CNMV

Cancelación anticipada y voluntaria:

Plazo de duración: condición esencial del contrato- vincula a los contratantes

Posibilidad de *resolución anticipada*: si queda recogido en clausulado del contrato
- ó acuerdo expreso entre las partes

Coste de liquidación: condiciones de mercado

- esa consideración es el **mínimo** aceptable desde p.v. Informativo
- recomendable: especificar elemento o formula empleada para el calculo del precio de cancelación
- y del medio que tiene el cliente para contrastación

Solicitudes de cancelación anticipada: si se aceptan por la entidad

- **información previamente de coste total y de los cálculos**

Datos

Reclamaciones sobre permutas. Banco de España

	2009	2010	2011	TOTAL
Reclamaciones recibidas	664	2901	877	4446
% s/total reclamaciones recibidas	4,87	19,69	8,75	11,58
Tipo de resolución (%):				
Favorable al reclamante	2,41	21,41	10,72	16,44
Desfavorable al reclamante	26,81	25,65	19,50	24,58
Avenimiento/Desistimiento	18,83	4,21	3,42	6,23
Sin pronunciamiento	3,61	2,28	1,14	2,25
No admitidas	48,34	46,47	65,22	50,49

Datos

Reclamaciones sobre permutas. CNMV

	2009	2010	2011	TOTAL
Reclamaciones recibidas	324	873	406	1603
% s/total reclamaciones recibidas	15,0	38,0	20,3	24,8
Tipo de resolución (%):				
Favorable al reclamante	51,9	53,5	34,5	51,4
Desfavorable al reclamante	4,6	17,8	6,2	13,4
Avenimiento/Desistimiento	11,7	10,2	12,4	10,8
Sin pronunciamiento	21,3	14,1	31,9	17,5
No admitidas	10,5	4,4	15,0	6,8

Gracias por la atención