

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS DE LA CNMV Y DEL BANCO DE ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA SUPERVISIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES QUE AFECTAN A INSTRUMENTOS O PRODUCTOS FINANCIEROS DERIVADOS DE COBERTURA.

La presente nota tiene por objeto delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España. Aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la CNMV, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriadad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como “parte de ellos”.

Dos son las normas de las que resulta la competencia del Banco de España para conocer de asuntos que, en principio afectan claramente a un servicio de inversión, pero que dada su vinculación a la venta de productos bancarios deben ser sometidos al régimen de protección del cliente bancario con arreglo a los criterios y normativa aplicable a las entidades de crédito.

En primer término el artículo 79. quáter de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV), que, en relación con las excepciones a las obligaciones de información y de registro, establece que:

“Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al

consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.”

Esta norma remite a la aplicación de las normas de conducta de las propias entidades de crédito en lo que se refiere a información y valoración de riesgos de los clientes, pues el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado, sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de la valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente de servicios bancarios y no de inversor, ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con el objeto de minorar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas.

Junto a ello, la propia Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, en su artículo decimonoveno, relativo a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, señala que

”1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la

transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.”

El artículo transcrito impone una obligación a las entidades de crédito de informar a los clientes que ya sean deudores hipotecarios sobre las coberturas de tipos de interés, y de ofertar tales productos a los clientes que vayan a adquirir tal condición, y exige que los deberes de información se sometan a las propias normas de conducta del sector bancario.

Al amparo de estos dos preceptos, se pueden marcar unos perfiles de claridad en la vinculación que determina la competencia del Banco de España para supervisar el cumplimiento de tal obligación y resolver las reclamaciones que en relación con los mismos se pueden plantear:

- 1) Debemos delimitar el concepto: *“que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero”*, pues el mismo atribuye la competencia a uno u otro supervisor. Al analizar los diferentes supuestos de vinculación, hay que puntualizar una serie de ideas que no excluyen la aplicación del ya citado 79. quáter:
 - 1.1.) No se exige una contratación simultánea de los dos productos, bancario y derivado vinculado, siendo posible que el segundo se haya contratado a posteriori y durante el plazo de vigencia del producto bancario.
 - 1.2.) No es determinante para delimitar la competencia del Banco de España o de la CNMV, el hecho de que el producto bancario esté garantizado con un derecho real de hipoteca o no.

Independientemente de que la Ley 36/2003 obliga a las entidades de crédito a ofertar el derivado de cobertura sólo en relación con los préstamos con garantía hipotecaria, si el derivado se vincula (por ofrecimiento de la entidad de crédito o por voluntad del cliente) a otro tipo de productos bancarios (préstamos personales sin garantía hipotecaria, líneas de crédito....) la existencia de la vinculación en los términos que analizaremos posteriormente ha de determinar el mismo reparto competencial, independientemente que en la formación de voluntad de la entidad de crédito haya mediado un precepto legal o no, ya que el efecto y la situación (vinculación de un servicio de inversión a un producto bancario) es la misma.

- 1.3.) Se exige en todo caso y para que se pueda hablar de vinculación, que el importe nocional de la cobertura no sea superior al del producto o productos bancarios a cubrir.
- 2) El ejemplo más claro de ofertarse el servicio de inversión como parte de un producto bancario, es el supuesto de vinculación expresa y formal del derivado en relación con el producto bancario en la contratación del derivado.
- 3) Del mismo modo, debe considerarse como supuesto de vinculación aquél en el que las partes, a pesar de no haber pactado una vinculación formal y expresa entre productos, reconocen que la oferta y contratación se hizo en ese sentido, y por lo tanto la dependencia del derivado respecto del producto bancario.
- 4) Igualmente debe estimarse como supuesto de vinculación el caso de no existencia de esa referencia expresa y formal, pero plena coincidencia entre un elemento esencial, como es el plazo de vigencia del derivado. Cuando el derivado se contrata haciendo coincidir su vigencia con la del producto bancario, de manera que la cancelación total o parcial de este último supone

la desaparición en la misma medida del derivado (y siempre por supuesto que el importe de la cobertura sea igual o inferior al del préstamo principal), podemos hablar de una oferta y contratación como parte del mismo y por ello la competencia corresponde al Banco de España.

En el supuesto de contratar un derivado de cobertura de un producto bancario, siendo el vencimiento de éste anterior al de aquél, también se estimará que existe vinculación cuando el producto bancario sea renovable y, en el caso de no renovación de éste, el derivado también se cancele sin coste para el cliente, entendiéndose por coste no sólo las posibles comisiones de cancelación sino además el importe que resulte de valorar a precio actual el derivado.

- 5) El último supuesto de vinculación, sería cuando el derivado contratado por un plazo menor al de la duración del préstamo o producto bancario (y de nuevo por importe igual o inferior al mismo), aparece sin embargo comercializado, ofertado y vinculado claramente a través de los clausulados de ambos productos a éste, aun a pesar de no preverse la cancelación conjunta y simultánea de ambos, pudiendo subsistir por ello el derivado, pero desprendiéndose de la forma de oferta y contratación (serán elementos que ayuden a clarificar la cuestión tanto el texto de sus reclamaciones, los contratos y documentos que acompañan a las mismas, como especialmente los tratos previos a la contratación del derivado, en forma de mails, faxes), así como de un análisis conjunto de las cláusulas, que no existía ninguna intención de contratar el derivado sino de una manera vinculada a la existencia del préstamo bancario, sin ninguna voluntad de subsistencia del mismo una vez cancelado aquél. En estos supuestos, el análisis de cada caso concreto será el que aporte los indicios de vinculación que permitan valorar si a la hora de comercializar u ofrecer el derivado, la entidad de crédito lo hizo como parte del producto bancario, sin ser razonable su existencia o subsistencia una vez cancelado. Este filtro en los casos de falta

de una vinculación por vía de expresa previsión, de mutuo reconocimiento, o de coincidencia en cuanto a sus momentos de cancelación, se realizará por el Supervisor que reciba la reclamación concreta a la vista de los elementos de juicio que se pongan a su alcance, valorando la forma de comercialización del derivado y su clara dependencia de un préstamo previa o simultáneamente contratado.

- 6) Si bien todos los supuestos analizados se refieren a vinculaciones entre un producto bancario y un derivado, ello no es obstáculo para que las reglas de competencia resulten aplicables a casos en que un único derivado se encuentra vinculado a dos o más productos bancarios, siempre y cuando todos los productos hayan sido comercializados por una misma entidad, debiendo en este supuesto analizarse cada caso de manera concreta de suerte que sólo en aquellos en que se aprecie, bien por referencia expresa, bien por reconocimiento mutuo, bien por coincidencia entre momentos de cancelación de todos ellos, o bien como conclusión de un análisis conjunto de los productos, una clara vinculación, la competencia para supervisar su comercialización y resolver las reclamaciones corresponderá al Banco de España.
- 7) En todos aquellos supuestos de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria.
- 8) Fuera de estos supuestos, la CNMV asume la competencia en materia de supervisión respecto a las dos aludidas normas de conducta de información al inversor y valoración de riesgos, así como en lo referente a la resolución de las reclamaciones planteadas, aplicando las normas de conducta MIFID referidas en la LMV y normas en desarrollo.

- 9) Puede darse un supuesto de desvinculación sobrevenida, en el que un producto bancario al que se encontraba claramente vinculado la cobertura, se cancela y el cliente decide el mantenimiento de la cobertura, que ahora queda como contrato principal y autónomo desapareciendo su inicial accesoriadad. En este caso cualquier reclamación sobre el derivado continuaría bajo la competencia del Banco de España.
- 10) Todas las reglas anteriores son de aplicación a los supuestos de coberturas de divisas, vinculadas a uno o varios productos bancarios concretos.