

Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés

Mediante su cobertura, se pretende eliminar, o disminuir, el riesgo de tipo de interés asumido por la parte prestataria en las operaciones concertadas a tipo de interés variable. El tratamiento de las reclamaciones relativas a la contratación de instrumentos financieros derivados como cobertura de riesgos de tipo de interés exige establecer la delimitación de los casos en los que las competencias corresponden a los servicios de reclamaciones del Banco de España o de la CNMV.

Comercialización

En muchos casos, se ha detectado deficiente comercialización del producto, con importantes carencias, especialmente a la hora de acreditar documentalmente que se hubiera informado debidamente al cliente de las características y conveniencia del producto; entre otras, no ajustarse a la realidad de este, por ser la información facilitada insuficiente, o por impedir que el cliente pudiera valorar correctamente el producto.

Si la firma del derivado se hace de forma simultánea —o con pocos días o semanas de diferencia— con una operación de préstamo hipotecario objeto de cobertura, se exige la inclusión de la oferta del instrumento de cobertura —con descripción de sus características— en la información precontractual, u oferta vinculante, en su caso, de acuerdo con la normativa en vigor, o criterios de buenas prácticas bancarias, en los supuestos en los que no fuera preceptiva tal información, según la normativa vigente en el momento de su contratación.

Se considera que la falta de aportación de dicho documento, o la no inclusión comprobada de dicha información en aquel, respalda la versión del reclamante e implica una falta de transparencia informativa para con su cliente, considerada por el DCMR como contraria a las buenas prácticas bancarias, ya que le impide comprobar que la entidad cumplió con su deber de información, así como que ofreció a su cliente los instrumentos de cobertura disponibles en aquel momento.

Formalización del producto derivado

La entidad debe aportar la documentación contractual debidamente firmada por su cliente.

Si se hiciera referencia en el documento de orden de contratación del derivado o de confirmación de esta a las condiciones generales —por ejemplo, recogidas en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF)—, la entidad debe acreditar haber entregado a su cliente dicho contrato en el mismo acto o con carácter previo, mediante su firma.

Para las contrataciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, deberá aportar igualmente el correspondiente test de conveniencia debidamente cumplimentado.

Documentos de liquidación

Deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 8.3 y 24 de la Orden EHA/2899/2011. Por su parte, la Circular del Banco de España 5/2012 regula en su norma undécima las comunicaciones al cliente, señalando, en lo que aquí interesa, que «las entidades facilitarán a sus clientes, en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación en el que se expresarán con claridad y exactitud los aspectos que se mencionan en el artículo 8.3 de la Orden», remitiendo, además, a su anejo 4, «Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones», y en particular a su punto 5, «Instrumentos de cobertura».

Especial diligencia debe observar la entidad en caso de llevarse a cabo la cancelación anticipada, debiendo ofrecer al cliente una liquidación detallada y comprensible del origen de las variables utilizadas, así como la fórmula de cálculo utilizada; en caso contrario, no se puede comprobar, ni por el cliente ni por el DCMR, la adecuación de los cálculos realizados.

En aquellos casos en los que se produce la reestructuración de un derivado, cancelándose el primero y formalizándose un segundo a instancias de la entidad para ajustarse al nuevo escenario y a las nuevas expectativas de evolución de los tipos de interés, las entidades no suelen realizar liquidación alguna, lo que puede llevar al cliente a pensar que esta situación se puede replicar en cualquier momento, viéndose sorprendido el cliente por la exigencia de la entidad de pagar un coste de cancelación en los casos en que es él quien, llegado el momento, solicita la resolución anticipada del contrato.

En estos casos, el DCMR viene considerando como falta de transparencia no haber realizado una liquidación de la primera permuta, aunque luego la entidad decidiera no repercutirla al cliente, en el caso de resultar de ella un importe a favor de la entidad, indicando expresamente tal extremo, además de, en su caso, el carácter excepcional de tal circunstancia. También se han visto casos en los que, presumiblemente, la liquidación pudiera haber sido a favor del cliente por la situación del mercado en ese momento, sin que la entidad le hubiera practicado liquidación ni abono alguno, actuación igualmente considerada contraria a las buenas prácticas bancarias.

Cargos en descubierto

En la medida en que no se acredite que se hubiera pactado la forma de reclamar el cobro de las liquidaciones debidas, si estas no se realizan de la forma regularmente establecida mediante el cargo en cuenta con saldo suficiente para ello, entiende el DCMR que la entidad no se encuentra facultada para proceder a su adeudo en descubierto, salvo pacto expreso en contrario, con las consecuencias negativas en cuanto a devengo de intereses y comisiones que tiene dicha actuación. Las entidades, por lo tanto, deberán acreditar que se hallan facultadas para efectuar el cargo en descubierto de las liquidaciones que fueran cuestionadas.