



Derecho Financiero y Bancario

Boletín mensual - Enero 2016



I. Normativa

Unión Europea

1. Orientación (UE) 2016/65 del Banco Central Europeo, de 18 de noviembre de 2015, sobre los recortes de valoración que se utilizan en la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2015/35) (DOUE 21.01.2016)

Los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo recogen la posibilidad de que el Banco Central Europeo (“BCE”) y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (en adelante, los “BCN”) puedan realizar operaciones de crédito con entidades de crédito y demás participantes en el mercado basando los préstamos en garantías adecuadas. Las condiciones generales en virtud de las cuales el BCE y los BCN pueden realizar dichas operaciones de crédito se establecen en la Orientación (UE) 2015/510 del Banco Central Europeo (BCE/2014/60) (la “Orientación”).

A fin de proteger al Eurosistema frente al riesgo de pérdida financiera en caso de incumplimiento de una entidad de contrapartida, los activos admisibles que se utilicen como activos de garantía en operaciones de crédito del Eurosistema deben estar sujetos a las medidas de control de riesgos, de acuerdo con la Orientación. A este respecto, el Consejo de Gobierno del BCE ha decidido excluir de la referida Orientación las normas relativas a los recortes de valoración e implementarlas en un acto jurídico separado, adoptando, en consecuencia, la Orientación (UE) 2016/65 del BCE, de 18 de noviembre de 2015. El objetivo de ello es que los parámetros de control de riesgos se presenten de manera completa e independiente y se facilite la rápida aplicación de las modificaciones del marco pertinente una vez adoptadas las decisiones correspondientes del Consejo de Gobierno del BCE.

Estatal

1. Proyecto de Circular nº XX/2016, de XX de XX, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre las funciones de los depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva reguladas por la Ley 22/2014, y por la que se modifica la Ley 35/2003; y por la que se modifica la Circular 6/2008, de 26 de noviembre, de la CNMV, sobre la determinación del valor liquidativo y aspectos operativos de las Instituciones de Inversión Colectiva (anuncio CNMV 14.01.2016).

2. Proyecto de Circular n.º XX/2016, de XX de XX, del Banco de España, sobre el método de cálculo para que las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos sean proporcionales a su perfil de riesgo (anuncio BdE 22.12.2015)

El 14 de enero de 2016 el comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (la “CNMV”) acordó la audiencia pública del Proyecto de Circular sobre las funciones de los depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva y Entidades reguladas por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; así como por la que se modifica la circular 6/2008, de 26 de noviembre, de la CNMV, sobre la determinación del valor liquidativo y aspectos operativos de las Instituciones de Inversión Colectiva.

El Proyecto de Circular tiene como objetivo desarrollar el alcance de las funciones que tienen encomendadas los depositarios de instituciones de inversión colectiva, entidades de capital-riesgo y entidades de inversión colectiva cerradas, así como establecer los aspectos técnicos necesarios para que los depositarios puedan realizar sus funciones de manera adecuada.

Además de ello, se delimitan las funciones y los aspectos técnicos de las actividades de los depositarios de entidades de capital-riesgo y entidades de inversión colectiva cerradas y se modifica la Circular 6/2008 de la CNMV, con la finalidad de concretar el cálculo del coeficiente mínimo de liquidez de las Instituciones de Inversión Colectiva, así como las categorías de activos líquidos en las que se puede materializar.

El Proyecto de Circular desarrolla el método de cálculo que la Comisión Gestora del Fondo de Garantía de Depósitos deberá aplicar para que las aportaciones de las entidades de crédito al compartimento de garantía de depósitos del Fondo de Garantía de Depósitos sean proporcionales a su perfil de riesgo, en cumplimiento del mandato efectuado al Banco de España por el apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito¹, modificado por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (el “Método de Cálculo”).

¹ Apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto-ley 16/2011: “La Comisión Gestora determinará el importe de las aportaciones anuales de las entidades al compartimento de garantía de depósitos.

- Las aportaciones anuales se calcularán en función del importe de los depósitos garantizados de cada entidad y su perfil de riesgo.
- El Banco de España desarrollará los métodos necesarios para que las aportaciones sean proporcionales al perfil de riesgo de las entidades. A estos efectos, tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes factores:
 - a) La diferencia entre el nivel legal previsto para los principales indicadores derivados de la normativa de solvencia y el efectivamente mantenido por la entidad.
 - b) La diferencia entre el volumen de fondos propios y pasivos computables para el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles, exigido a la entidad de conformidad con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y el efectivamente mantenido por la entidad.
 - c) Las directrices que, en su caso, haya establecido al respecto la Autoridad Bancaria Europea en virtud del artículo 13.3 de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.
 - d) La fase del ciclo económico y el impacto de las aportaciones procíclicas.”

Los criterios en los que se basa el Proyecto de Circular para regular el Método de Cálculo son determinadas directrices publicadas por la Autoridad Bancaria Europea en virtud del artículo 13, apartado 3 de la Directiva 2014/49/UE. Estas directrices incluyen, entre otras, la fórmula de cálculo, categorías e indicadores de riesgo obligatorios y opcionales, así como las ponderaciones de riesgo asignadas a los indicadores. En consecuencia, el Método de Cálculo parte de la identificación de los indicadores de riesgo que deben tenerse en cuenta, clasificados en cinco categorías: capital, liquidez y financiación, calidad de los activos, modelo de negocio y modelo de gestión, y pérdidas potenciales para el Fondo de Garantía de Depósitos.

Adicionalmente, el Proyecto de Circular establece unas reglas mediante las cuales las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos deben ser objeto de ajuste, para tener en cuenta la fase del ciclo económico y el impacto de las aportaciones procíclicas.

3. Proyecto de Circular nº XX/2016, de XX de XX, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información e Riesgos (anuncio BdE 22.01.2016).

El principal objetivo del Proyecto de Circular presentado el pasado 22 de enero de 2016 es la actualización del anejo IX de la Circular 4/2004, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (la “Circular Contable”), para adaptarlo a los últimos desarrollos en la regulación bancaria, manteniendo su plena compatibilidad con el marco contable conformado por las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por los reglamentos de la Unión Europea (las “NIIF”).

El anejo IX de la Circular Contable desarrolla el marco general de gestión del riesgo del crédito en aquellos aspectos relacionados con la contabilidad. Así, en el seno, entre otras, de la nueva redacción del artículo 39.4 del Código de Comercio en relación a la amortización de activos intangibles², del RD 878/2015 que reforma el sistema de compensación, liquidación, y registro de valores negociables y del Reglamento de Ejecución (UE) de la Comisión nº 680/2014 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, la actualización del anejo IX de la Circular Contable persigue profundizar en la aplicación consistente del marco contable vigente, mediante el reforzamiento de: (i) las políticas, metodologías y procedimientos para la gestión del riesgo del crédito, (ii) la clasificación contable de las operaciones en función del riesgo del crédito y (iii) el uso de metodologías internas para las estimaciones de provisiones.

En este sentido, cabe destacar del Proyecto de Circular, el establecimiento de requisitos mínimos que deben cumplir las metodologías que desarrollen las propias entidades para la estimación individualizada o colectiva de provisiones. Dichos requisitos hacen referencia a la gobernanza, integración en la gestión, eficacia, simplicidad, documentación y rastreabilidad de dichas metodologías.

² Apartado 4 del artículo 39 del Código de Comercio: “Los inmovilizados intangibles son activos de vida útil definida. Cuando la vida útil de estos activos no pueda estimarse de manera fiable se amortizarán en un plazo de diez años, salvo que otra disposición legal o reglamentaria establezca un plazo diferente.”

II. Órdenes y Resoluciones

- 1. Orden ECC/2/2016, de 12 de enero, por la que se dispone la emisión de Obligaciones del Estado a diez años mediante el procedimiento de sindicación (la “Orden ECC/2/2016”) (BOE 13.01.2016).**

- 2. Resolución de 13 de enero de 2016, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se disponen determinadas emisiones de Letras del Tesoro a tres, seis, nueve y doce meses a realizar durante el año 2016 y el mes de enero de 2017, y se convocan las correspondientes subastas (BOE 14.01.2016).**

Asimismo, se modifican determinados requerimientos de información de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, con el fin de adaptarla a los cambios introducidos por el Proyecto de Circular.

En el marco de la Orden ECC/2847/2015, de 29 de diciembre, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2016 y 2017 y se autorizan las operaciones de gestión de tesorería del Estado, mediante la cual se establece que la emisión de Deuda del Estado se podrá efectuar por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera mediante el procedimiento de sindicación, la Orden ECC/2/2016 emite una nueva referencia que sustituye a la anterior (referencia *benchmark* a 10 años del Tesoro, cupón 2,15% y vencimiento en octubre de 2025) por contar con suficiente liquidez en el mercado.

Por consiguiente, en base a la Orden ECC/2/2016, se ha otorgado un mandato a seis entidades pertenecientes al grupo de Creadores de Mercado de Bonos y Obligaciones del Estado, para que lideren y organicen la emisión del primer tramo de una nueva referencia de Obligaciones del Estado a diez años mediante el procedimiento sindicación. Con ello se pretende mejorar la distribución entre los inversores finales al permitir acceso a inversores nuevos, con un perfil cualificado, y posibilitar que la nueva referencia alcance con rapidez un saldo de circulación suficientemente elevado como para garantizar su liquidez.

Adicionalmente y conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria, la Orden ECC/2/2016 establece que se podrá utilizar el sistema tradicional de subasta para la emisión de nuevos tramos de esta misma referencia.

La Orden ECC/2847/2015, de 29 de diciembre, ha autorizado a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera a emitir Deuda del Estado durante el año 2016 y el mes de enero de 2017 y ha regulado el marco al que deberán ajustarse las emisiones, recogiendo en su Disposición derogatoria única la vigencia de las Cláusulas de Acción Colectiva normalizadas, contenidas en el anexo de la Orden ECC/1/2014, de 2 de enero, aplicables a las nuevas referencias que se emitan con vida residual superior a un año (en adelante, la “Orden ECC/2847/2015”).

Con base a lo dispuesto en la Orden ECC/2847/2015, la Resolución establece las fechas de las subastas ordinarias y el plazo de las Letras del Tesoro a ofertar, considerando conveniente disponer las emisiones y convocar las subastas de forma simultánea con la publicación del calendario, si bien, el Tesoro podrá efectuar subastas adicionales a las que se convocan por la Resolución.

Durante 2016, se subastarán de forma regular y con periodicidad mensual Letras a tres, seis, nueve y doce meses. Como consecuencia de la introducción, a partir de 2013, de las Cláusulas de Acción Colectiva Normalizadas para las emisiones con vencimiento superior a un año, se ha considerado conveniente, al igual que en los tres años anteriores, no emitir Letras a dieciocho meses.

III. Jurisprudencia

1. Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo nº 533/2015, de 3 de diciembre de 2015.

Validez en la contratación telefónica de productos financieros. El pasado 3 de diciembre de 2015, la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretó, en relación con la contratación telefónica de un producto *swap* celebrado entre una entidad mercantil y una entidad financiera, los requisitos exigidos en la contratación de productos financieros por vía telefónica contenidos en el Real Decreto 217/2008, en concreto la necesidad de confirmación escrita y las consecuencias de la falta de esta confirmación.

Partiendo del principio de libertad de forma en la contratación, la Sala entiende que no existe previsión normativa alguna que impida la contratación de productos financieros por vía telefónica y que las exigencias de registro de las grabaciones y de confirmación escrita exigidos por la normativa sirven para acreditar tanto el consentimiento como el objeto del contrato, pero en ningún caso su ausencia determina la inexistencia o nulidad del negocio. Por tanto, la sentencia considera que este tipo de contratos se perfeccionan en el momento de la contratación telefónica, en el momento en el que concurren la oferta por parte de la entidad financiera y la aceptación por parte del cliente. Así, si se exigiera confirmación escrita para el perfeccionamiento del negocio, se estaría concediendo al cliente una facultad de desistimiento, que no cabe en el caso de comercialización a distancia de determinados servicios financieros destinados a consumidores, entre ellos, los contratos de permuta sobre el tipo de interés de referencia.

2. Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015.

Cláusulas abusivas en los contratos bancarios celebrados con consumidores. La Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó, el pasado 23 de diciembre de 2015, un recurso de infracción procesal y otro de casación interpuestos por dos entidades financieras en relación a una acción colectiva en la que se solicitaba la nulidad de múltiples cláusulas en diversos contratos bancarios de las entidades recurrentes.

El Alto Tribunal aprecia la nulidad, por abusivas, de las siguientes cláusulas:

- (i) Cláusula de vencimiento anticipado en virtud de la cual se facultaba a la entidad bancaria para exigir anticipadamente la devolución de la totalidad del préstamo por falta de pago de una parte de cualquiera de las cuotas. En virtud de la Sala, la referida cláusula no supera los estándares exigibles, pues no permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación y posibilita la resolución del préstamo de un solo plazo, incluso parcial. Respecto de los efectos de la abusividad, la Sala entiende que la nulidad de la cláusula no necesariamente

conlleva el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria.

- (ii) Cláusulas que imponen al consumidor todos los costes derivados de la contratación del contrato, de la intervención notarial y registral y del pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es la entidad financiera.
- (iii) Cláusulas que imponen al consumidor, en casos de incumplimiento de su obligación de pago, el pago de los gastos pre-procesales, procesales, honorarios de letrado y procurador contratados por la entidad prestamista.
- (iv) Cláusulas que impiden al prestatario variar el destino del inmueble sin la autorización expresa del banco.
- (v) Cláusulas que equiparan la aceptación por el cliente de una oferta telefónica a su firma manuscrita y a la asunción de las condiciones particulares del contrato.
- (vi) Cláusulas que establezcan el tipo de interés de demora en el 19%.
- (vii) Cláusulas suelo que no reúnan las exigencias de transparencia aplicables.

IV. Otras novedades

Supervisión Bancaria del Banco Central Europeo: Prioridades del Mecanismo Único de Supervisión para 2016.

El pasado 6 de enero de 2016, el Banco Central Europeo (“BCE”) publicó sus prioridades para el 2016 en relación con la supervisión de las entidades de crédito significativas de la zona euro. Las prioridades supervisoras para 2016 del Mecanismo Único de Supervisión (“MUS”) establecen cuatro áreas fundamentales que han sido definidas a partir de la valoración de los principales riesgos a los que se enfrentan las entidades de crédito supervisadas por el BCE y tienen en cuenta la evolución del entorno económico, regulatorio y supervisor:

- (i) Modelo de negocio y riesgo de rentabilidad: la supervisión se centrará en examinar si la rentabilidad de las entidades de crédito se logra, entre otros aspectos, mediante una relajación de las condiciones de concesión de crédito, una mayor dependencia de la financiación a corto plazo, o un incremento de las exposiciones no proporcionales al apetito de riesgo declarado de la entidad.
- (ii) Riesgo de crédito: la supervisión del MUS se centrará en la evaluación de la situación de las entidades con altos niveles de préstamos de morosos, concretamente en áreas como el sector inmobiliario se someterá a un escrutinio del supervisor más estricto.
- (iii) Adecuación de capital: los puntos fundamentales son la calidad y la consistencia de los procesos de evaluación de la adecuación del capital interno (ICAAP), incluida la capacidad de las entidades para llevar a cabo pruebas de resistencia internas y la realización de pruebas de resistencia supervisoras como las coordinadas por la

Autoridad Bancaria Europea a escala de la UE.

- (iv) **Gobernanza de los riesgos y calidad de los datos:** se evaluará atendiendo al contexto de baja rentabilidad y la búsqueda de beneficios, así como a la financiación abundante a bajo precio ofrecida por los bancos centrales. A este respecto, se espera que los consejos de administración de los bancos requieran y reciban información adecuada sobre los riesgos.
- (v) **Liquidez:** el MUS se centrará en la fiabilidad de los procesos de evaluación de la liquidez interna de las entidades, analizándose los progresos de las mismas en la aplicación y el mantenimiento de marcos adecuados para la gestión del riesgo de liquidez y financiación.



Más Información:

Javier Menchén
jmenchen@ramoncajal.com
+34 91 576 19 00

Idoya Arteagabeitia
iarteagabeitia@ramoncajal.com
+34 91 576 19 00

Cándido Pérez
cperez@ramoncajal.com
+34 91 576 19 00

Elena Tarragona
etarragona@ramoncajal.com
+34 93 494 74 82

www.ramonycajalabogados.com

Almagro, 16-18
28010 Madrid
T +34 91 576 19 00
F +34 91 575 86 78

Caravel•la La Niña, 12, 5ª planta
08017 Barcelona
T +34 93 494 74 82
F +34 93 419 62 90

Emilio Arrieta, 6 1º Derecha.
31002 Pamplona
T +34 94 822 16 01

© 2011 Ramón y Cajal Abogados, S.L.P.

En cumplimiento de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, usted queda informado y entendemos que presta su consentimiento expreso e inequívoco a la incorporación de sus datos, identificativos y de contacto -dirección, teléfono y dirección de correo electrónico-, en un fichero de datos personales cuyo responsable es Ramón y Cajal Abogados, S.L. con domicilio social en calle Almagro, 16-18, 28010-Madrid (España) con la finalidad de remitirle por correo postal y/o electrónico, las publicaciones de Ramón y Cajal Abogados, S.L. e informarle de los distintos servicios ofrecidos por ésta.

Entendemos que consiente dicho tratamiento, salvo que en el plazo de treinta días desde la recepción de esta comunicación electrónica nos indique lo contrario a través de la dirección de correo electrónico ramoncajal@ramoncajal.com, donde podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. También podrá ejercer sus derechos precitados dirigiéndose por escrito a nuestro Departamento de Marketing, calle Almagro, 16-18, 28010-Madrid (España).