

Nueva versión del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF 2013) y obligaciones EMIR

El 16 de agosto de 2012 entró en vigor el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados extrabursátiles ("OTC"), las entidades de contraparte central y los registros de operaciones (en adelante, el "**Reglamento EMIR**"). Determinadas obligaciones derivadas de EMIR resultan de aplicación a cualquier entidad que opere con derivados, ya sea a través de un mercado regulado o bajo la forma de OTC y tanto si se trata de operaciones realizadas dentro como fuera del marco de la Unión Europea.

Las principales obligaciones que el Reglamento *EMIR* impone para las contrapartes que operen con derivados son:

- obligación de compensación a través de entidades de contraparte central ("ECCs"), aplicable a entidades financieras así como a no financieras que superen el umbral de compensación¹;
- implementación de técnicas de reducción del riesgo en la negociación de derivados no compensados a través de ECCs: obligación de confirmación oportuna, puesta en marcha de mecanismos para la conciliación de carteras, compresión de carteras, resolución de litigios y, por último, valoración diaria e intercambio de garantías y requerimientos de capital, y
- notificación a los denominados "registros de operaciones" ("ROs") de las operaciones de derivados que se contraten por todas las contrapartes financieras y no financieras.

Aunque la entrada en vigor de la obligación de compensación no está prevista hasta mediados de 2014, la mayor parte de las técnicas de reducción de riesgo ya tienen que haber sido implementadas por las partes (a saber, obligación de confirmar, reconciliación de carteras, indicación de los mecanismos de resolución de conflictos existentes al respecto, etc.).

La obligación de notificación a los ROs entra en vigor el 12 de febrero de 2014.

En relación con la obligación de notificación a los ROs es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- EMIR establece que la obligación de comunicación por una contraparte podrá ser delegada en la otra contraparte, en un tercero o en la propia ECC, aunque la contraparte delegante mantendrá, en cualquier caso, la responsabilidad sobre la comunicación. Con la finalidad de facilitar a sus clientes el cumplimiento de las obligaciones establecidas por EMIR, algunas contrapartes, fundamentalmente entidades financieras, ofrecen la prestación de este servicio de notificación.
- La información que las contrapartes han de comunicar a estos ROs viene recogida por, entre otros, el Reglamento Delegado (UE) N° 148/2013 de la Comisión por el que se completa el Reglamento EMIR en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los elementos mínimos de los datos que deben notificarse a los ROs (en adelante, el "**Reglamento Delegado 148/2013**"), entre los que se encuentra el denominado Identificador de Entidad Jurídica (en sus siglas en inglés, "**LEI**"), un código alfanumérico de 20 caracteres que permite a las contrapartes de un contrato de derivados quedar identificadas, de manera inequívoca y a nivel internacional. El pasado 24 de enero de 2014 se aprobó la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se determinan los registros mercantiles pilotos habilitados para emitir y gestionar en España el código LEI y se dan instrucciones, con carácter provisional, para la puesta en funcionamiento del sistema.

Contrato Marco de Operaciones Financieras de la Asociación Española de Banca 2013

En este contexto, la circular número 1.892 de la Asociación Española de Banca de fecha 4 de febrero de

2014, anunció la publicación de una nueva versión del Contrato Marco de Operaciones Financieras (el "CMOF 2013"). Los principales cambios introducidos corresponden con su adaptación al Reglamento EMIR. A estos efectos, el CMOF 2013 ofrece a las contrapartes herramientas para facilitar el cumplimiento de estas obligaciones. En concreto, cabe destacar lo siguiente:

- **Deber de Confirmar:** La nueva cláusula 7.4 del CMOF 2013 contiene disposiciones para precisar cómo cumplirán las partes con esta obligación de documentar las operaciones. Establece cómo determinar cuál de las partes será la primera en confirmar, cómo ha de responder la otra parte a esa confirmación y con qué plazo cuenta cada una para cumplir con su obligación.
- **Declaración de Estatus bajo EMIR:** La cláusula 24.1 del CMOF 2013 permite a las partes manifestar su estatus como contrapartes financieras, no financieras (que superan o no los umbrales de notificación) o contrapartes exentas. Esta misma cláusula prevé una obligación para las partes de cumplir con las consecuencias que puedan derivarse de un cambio de estatus en alguna de las partes.
- **Conciliación de Carteras y Resolución de Litigios:** El CMOF 2013, en su cláusula 24.2 sugiere métodos para dar cumplimiento a la obligación de prever mecanismos de conciliación de carteras y resolución de litigios. Las partes podrán optar por el método que más les convenga en el Anexo I al contrato marco.
- **Comunicación a ROs:** El CMOF 2013 contiene una autorización respecto de la revelación de información requerida para dar cumplimiento a dicha obligación en la cláusula 24.3.
- **Compresión de carteras:** El CMOF 2013 tan solo contiene una obligación genérica de las partes en relación con el cumplimiento de lo dispuesto por EMIR y su normativa de desarrollo al respecto en la cláusula 24.4.
- Por último, se han añadido tres nuevas Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas en relación con EMIR, siendo la primera de ellas la de no alcanzar los acuerdos precisos para el cumplimiento de las obligaciones adicionales derivadas de un cambio de estatus, la segunda la imposibilidad de compensación de alguna operación a través de una ECC y la tercera, la obligación de compensación sobrevenida a través de una ECC sobre una operación que pertenezca a una categoría que haya sido declarada sujeta a dicha obligación de compensar con posterioridad a su celebración.

Fuera del ámbito de implementación de EMIR, apuntar también que el CMOF 2013 contiene dos modificaciones relevantes que vienen a aclarar cierta discusión jurisprudencial y doctrinal en torno al tratamiento de los instrumentos financieros derivados en sede concursal:

- se añade un último párrafo a la cláusula segunda (OBJETO) del contrato marco, en el que se especifica que la naturaleza de acuerdo de compensación contractual se mantiene independientemente del número de operaciones que se encuentren en vigor a su amparo² y
- se añade un nuevo párrafo a la cláusula quinta (LIQUIDACIÓN POR SALDOS), que enfatiza la naturaleza sinalagmática de las obligaciones derivadas de las operaciones contratadas al amparo del contrato marco, aclarando el hecho de que la liquidación por saldos pactada no pretende sino dotar a las partes de un mecanismo que facilite la operativa de gestión de pagos bajo el contrato, y en modo alguno supone que solo una de las partes resulte obligada bajo la operación contratada, con el fin de evitar que ello conduzca a la interpretación de que el contrato marco o la operación en cuestión no es un contrato con obligaciones recíprocas³.

Notas

1 El umbral de compensación ex. Artículo 11 del Reglamento Delegado de la Comisión No 149/2013 de 19 de diciembre de 2012, sería a) 1.000 millones EUR de valor nocial bruto para los contratos de derivados extrabursátiles sobre crédito; b) 1.000 millones EUR de valor nocial bruto para los contratos de derivados extrabursátiles sobre renta variable; c) 3.000 millones EUR de valor nocial bruto para los contratos de derivados extrabursátiles sobre tipos de interés; d) 3.000 millones EUR de valor nocial bruto para los contratos de derivados extrabursátiles sobre divisas; e) 3.000 millones EUR de valor nocial bruto para los contratos de derivados extrabursátiles sobre materias primas y otros contratos de derivados extrabursátiles no especificados en las letras a) a d).

2 El objeto de esta inclusión está en línea con la modificación introducida por la Ley 7/2011, de 11 de abril en el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, al efecto de que no se deje de calificar a un contrato de compensación contractual como tal por el mero hecho de que solo exista una operación financiera amparada bajo el mismo en el momento de declararse el concurso de una de las partes.

3 El propósito de esta modificación es intentar contrarrestar la reciente doctrina judicial que interpreta que las permutas financieras no constituyen contratos sinalagmáticos a los efectos de la aplicación de lo previsto en los artículos 61.2 y 62.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Esta doctrina basa su argumento en que en este tipo de operaciones, el importe neto de los pagos, al efectuarse por una sola de las partes como consecuencia de la compensación efectuada, da lugar a una relación aleatoria no sinalagmática, por lo que no procede la aplicación de los artículos anteriormente referidos en caso de concurso de una de las partes, despreciando el hecho de que ambas partes están obligadas a efectuar pagos y el que una sola de las partes los realice se debe a la compensación efectuada.

Contacto



Juan Hormaechea

Socio del departamento de Derecho bancario y financiero

T: +34 91 364 9851

juan.hormaechea@ashurst.com



María Burgos

Asociada senior del departamento de Derecho bancario y financiero

T: +34 91 364 9898

maria.burgos@ashurst.com



Irian Martínez

Asociada del departamento de Derecho bancario y financiero

T: +34 91 364 9426

iriansaleta.martinez@ashurst.com

Esta nota es únicamente un resumen y no un análisis exhaustivo de las cuestiones objeto de la misma. Para más información, se ruega contacten con nuestras oficinas en Alcalá, 44, 28014 Madrid T: +34 91 364 9800 F: +34 91 364 9801/02 www.ashurst.com.

Ashurst LLP es una sociedad de responsabilidad limitada debidamente inscrita en el correspondiente registro de Inglaterra y Gales bajo el número OC330252 y forma parte del Grupo Ashurst. Se trata de un despacho de abogados regulado y autorizado por la Autoridad Regulatoria de la Abogacía (Solicitors Regulation Authority) de Inglaterra y Gales con el número 468653. El término "socio" se utiliza para referirse tanto a un miembro de Ashurst LLP como a un empleado o consultor de Ashurst LLP que cuente con idéntico status y titulación, así como, también, a una persona con status equivalente en alguno de los despachos asociados a Ashurst LLP. Pueden encontrar información adicional sobre Ashurst en www.ashurst.com.

© Ashurst LLP 2014 Ref:2174796 11 de febrero de 2014