



GUÍA TÉCNICA 2/2020 RELATIVA A LOS REQUISITOS
PARA CONSIDERAR COMO MEDIOS DE PAGO Y NO
COMO INSTRUMENTOS FINANCIEROS CIERTOS
DERIVADOS DE DIVISA

28 de septiembre de 2020

INDICE

Primero. Objeto.....	4
Segundo. Consideración como medios de pago.....	4
Tercero. Forma de realizar la comprobación.....	5
Cuarto. Acreditación de las comprobaciones realizadas.	7

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1.b) del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de 25 de abril, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, no tienen la consideración de instrumento financiero los instrumentos derivados relacionados con divisas que sean medios de pago (naturaleza que no tienen los contratos de opción y los swaps de divisas, como aclara el Considerando 13 del mismo Reglamento) y cumplan los siguientes requisitos:

- (i) deba liquidarse mediante entrega física, excepto por causa de impago u otro evento causante de rescisión,
- (ii) sea suscrito por, al menos, una persona que no sea una contraparte financiera en el sentido del artículo 2, apartado 8, del Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (1),
- (iii) sea suscrito con el fin de facilitar el pago de bienes identificables, servicios o inversiones directas,
- (iv) no se negocie en un centro de negociación.

Ello implica que estos instrumentos derivados, principalmente contratos a plazo o “forward” sobre divisas, dejan de estar sujetos a MIFID y a la supervisión de la CNMV, sin perjuicio de su sujeción, cuando proceda y en aquello que resulte de aplicación, a las normas de transparencia y protección de la clientela propias de la normativa bancaria y a las normas reguladoras de los servicios de pago.

La presente Guía tiene por objeto transmitir a las entidades que prestan servicios de inversión una serie de criterios, con base en la experiencia supervisora de la CNMV, en relación con el alcance y el modo en que debe ser comprobado que concurren los requisitos que determinan que un derivado sobre divisa deba ser considerado un medio de pago y no un instrumento financiero, en particular con el requisito de que sea suscrito con el fin de facilitar el pago de bienes identificables, servicios o inversiones directas.

Para la CNMV es importante que las entidades financieras, para considerar que los forwards de divisas que comercialicen entre sus clientes no son instrumentos financieros a efectos de MIFID, se cercioren de modo suficiente de que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 10.1.b) del Reglamento Delegado (UE) 2017/565, en particular el de que sean suscritos por el cliente con el fin de facilitar el pago de bienes identificables, servicios o inversiones directas, dotándose de procedimientos apropiados al efecto, aplicándolos de modo efectivo y dejando constancia de las actuaciones de comprobación realizadas.

La CNMV tiene previsto aplicar los criterios recogidos en esta Guía Técnica en sus actuaciones de supervisión.

En virtud de lo previsto en el artículo 21.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, la CNMV ha aprobado con fecha 28 de septiembre de 2020, previo informe de su Comité Consultivo, la presente Guía Técnica.

Primero. Objeto.

1. La presente Guía Técnica se refiere a determinados aspectos que deben ser tenidos en cuenta por las entidades que prestan servicios de inversión en relación con lo previsto en el artículo 10.1.b) del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de 25 de abril. Este artículo es de aplicación a contratos a plazo (“forwards”) sobre divisas pero no a contratos de opción o de permuta (“swaps”).

Segundo. Consideración como medios de pago.

2. Para no tener la consideración de instrumentos financieros debe tratarse de contratos liquidables mediante entrega física que se suscriban para facilitar el pago de bienes, servicios o inversiones directas identificables. En consecuencia, debe tratarse de contratos a plazo o forwards que tengan por finalidad realizar o recibir pagos en

divisas de bienes, servicios o inversiones directas concretas por parte del cliente que los contrata, por lo que el importe y plazos contratados deben corresponderse con la operativa comercial real o con inversiones directas realizadas por el cliente.

3. El cumplimiento de este requisito puede ser compatible con casos en los que el contrato no sea finalmente aplicado a operaciones concretas por motivos justificados, de índole comercial o de otra naturaleza, así como con diferencias menores en el importe utilizado respecto del contratado, al ser admisible que los contratos se convengan con base en una estimación razonable del importe a satisfacer.
4. También se considera admisible cierta flexibilidad, siempre que sea limitada y esté justificada teniendo en cuenta la operativa comercial real del cliente o las circunstancias de la inversión directa, en la fecha de uso de los forwards (esto es, anticipos o prórrogas).

Tercero. Forma de realizar la comprobación.

5. La comprobación del cumplimiento del requisito al que se refiere el apartado anterior puede realizarse:
 - a. recabando del cliente, antes de la contratación de cada derivado o conjunto de derivados, información descriptiva de la operación u operaciones comerciales relacionadas o de las inversiones directas a las que se destinará, incluyendo importes y fechas aproximadas, que permitan analizar su relación con los correspondientes instrumentos derivados;
 - b. o, como alternativa en el caso de clientes cuya actividad sea suficientemente conocida por la entidad, recabando de ellos simplemente una declaración expresa en soporte duradero en el sentido de que el derivado o los derivados se suscriben o suscribirán exclusivamente con el fin de facilitar el pago de bienes identificables, servicios o inversiones directas.

6. En los dos casos anteriores, las entidades deben realizar, además, revisiones ex post al menos con periodicidad trimestral sobre muestras de operaciones dirigidas a comprobar que efectivamente las operaciones han tenido por finalidad facilitar el pago de bienes identificables, servicios o inversiones directas. Las revisiones incluirán petición de documentación relativa a las operaciones y deberán referirse a muestras suficientemente representativas de los clientes, operaciones e importes.
7. De detectar en estas revisiones incumplimientos del requisito mencionado de vinculación del instrumento con operaciones determinadas, las entidades deberán aplicar a las nuevas operaciones del cliente las reglas de MIFID, salvo comprobación documental anticipada caso por caso del cumplimiento del requisito, o dejar de realizar operaciones de esta naturaleza con dicho cliente. La entidad podrá volver a aplicar lo previsto en la letra 5.b) a los clientes afectados una vez cuente con evidencia suficiente de que el cliente haya comprendido y reiterado la declaración a la que se refiere dicha letra.
8. Tratándose de personas físicas que no operen en ejercicio de actividades empresariales o profesionales debe aplicarse siempre el procedimiento descrito en la letra a), y no será suficiente descansar en una declaración previa del cliente. Se recomienda que este procedimiento se aplique también en el caso de empresas personas jurídicas de muy reducida dimensión y personas físicas que operen en ejercicio de actividades empresariales o profesionales por importes reducidos.
9. El sistema de comprobación previsto en la letra b) anterior no deberá aplicarse cuando la entidad tenga información o concurren circunstancias que indiquen o permitan deducir razonablemente que la operación u operaciones pueden no corresponderse con el pago o cobro de bienes identificables, servicios o inversiones directas del cliente.

10. En sus revisiones periódicas las entidades deben prestar especial atención a las operaciones con plazos de ejecución largos en los que los clientes realicen anticipos o prórrogas frecuentes, no justificados por incidencias comerciales, ya que ello sería indicativo de una falta de ajuste entre los forwards y la operativa de la entidad que impediría seguir considerándolos como medios de pago exentos.
11. En casos dudosos o cuando haya indicios de que los clientes pueden estar usando los forwards sin un ajuste suficiente a los pagos o cobros por operaciones comerciales o por inversiones directas, la entidad deberá optar por un enfoque prudente y aplicar la normativa MIFID. A este respecto se recuerda que en relación con las operaciones con instrumentos financieros sometidos a MIFID deben cumplirse, entre otras, obligaciones de gobernanza de producto (por ejemplo, no sería adecuado contratar una operación sobredimensionada con respecto a las necesidades del cliente en plazo o en cantidad que implicase la asunción de mayores costes).

Cuarto. Acreditación de las comprobaciones realizadas.

12. Las entidades deberán estar en condiciones de acreditar ante la CNMV las comprobaciones realizadas teniendo en cuenta los criterios contenidos en esta Guía Técnica.