

**DICTAMEN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO****de 11 de enero de 2013**

**sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones**

**(CON/2013/4)****(2013/C 96/04)****Introducción y fundamento jurídico**

El 19 de septiembre de 2012 el Banco Central Europeo (BCE) recibió del Parlamento Europeo una solicitud de dictamen sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones <sup>(1)</sup> (en adelante, la «directiva propuesta»).

La competencia consultiva del BCE se basa en el apartado 4 del artículo 127 y el apartado 5 del artículo 282 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues la directiva propuesta contiene disposiciones que afectan a la contribución del Sistema Europeo de Bancos Centrales a la buena gestión de las políticas que llevan a cabo las autoridades competentes con respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero, de conformidad con el apartado 5 del artículo 127 del Tratado. De acuerdo con la primera frase del artículo 17.5 del Reglamento interno del Banco Central Europeo, el presente dictamen ha sido adoptado por el Consejo de Gobierno.

**Observaciones generales**

El BCE celebra en general la directiva propuesta, que se propone reforzar el régimen de los OICVM específicamente en lo que atañe a: i) las políticas y prácticas retributivas de los altos directivos, de quienes asumen riesgos y de quienes ejercen funciones de control; ii) las normas sobre el nombramiento de los depositarios de los fondos OICVM y el desempeño de las funciones de depositario, incluido el régimen de responsabilidad correspondiente, y iii) el régimen de sanciones y medidas administrativas. El BCE considera que las nuevas normas pueden desempeñar un papel importante en la prevención de las malas prácticas y en la mejora de la confianza de los inversores. El BCE observa que el reforzamiento propuesto del régimen de los OICVM es una medida oportuna en vista de las mejoras ya introducidas en la regulación de los gestores de fondos de inversión alternativos mediante la Directiva 2011/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 1095/2010 <sup>(2)</sup> (en adelante, la «Directiva GFIA»).

**Observaciones particulares****1. Reutilización de activos por los depositarios de OICVM**

El BCE considera que la directiva propuesta debería prohibir expresamente que los depositarios de OICVM, o aquellos en quienes se delegue la custodia de fondos OICVM, reutilicen por cuenta propia los activos gestionados por ellos. Estas prácticas, debido al apalancamiento que de ellas resulta, pueden suponer riesgos para los inversores, además de desencadenar riesgos significativos desde el punto de vista de la estabilidad financiera. En este contexto, el BCE considera que el régimen de los OICVM debe ser más restrictivo al respecto que la Directiva GFIA, que permite la reutilización de activos a condición de que se obtenga previamente la autorización de los gestores del fondo. Esto se justifica por el hecho de que los productos OICVM tienen una distribución amplia entre los inversores minoristas, mientras que los fondos gestionados conforme a la Directiva GFIA se reservan por lo general a inversores profesionales.

<sup>(1)</sup> COM(2012) 350 final.

<sup>(2)</sup> DO L 174 de 1.7.2011, p. 1. Véase el Dictamen del BCE CON/2009/81, de 16 de octubre de 2009, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2004/39/CE y 2009/.../CE (DO C 272 de 13.11.2009, p. 1). Todos los dictámenes del BCE se publican en el sitio web del BCE <http://www.ecb.europa.eu>

## 2. Delegación

La directiva propuesta permite la delegación de las funciones de custodia de los depositarios en subcustodios bajo determinadas condiciones que, de acuerdo con la exposición de motivos, se ajustan a las exigidas por la Directiva GFA. A este respecto, el BCE considera que la protección de los inversores minoristas requiere de normas más estrictas para los depositarios de OICVM que para los nombrados por gestores de fondos de inversión alternativos. En particular, la delegación por un depositario de OICVM en un subcustodio situado fuera de la Unión Europea debe, en todos los casos, quedar sometida a salvaguardias adecuadas, tales como requisitos de capital mínimo y una supervisión efectiva en el país interesado. Finalmente, es preciso revisar el mantenimiento de las excepciones que permiten que entidades situadas en terceros países actúen como subcustodios de depositarios de OICVM pese a no cumplir las condiciones para la delegación establecidas por el derecho de la Unión.

## 3. Requisitos para actuar como custodio de un OICVM

El BCE apoya la introducción de requisitos de admisibilidad de acuerdo con los cuales solo las entidades de crédito y empresas de inversión pueden actuar como depositarios de un OICVM. Ello disminuirá el riesgo de fraude a los inversores derivado del nombramiento de depositarios de OICVM no sometidos a un nivel adecuado de regulación y supervisión. Además, debe revisarse si el régimen propuesto de requisitos de capital para entidades de crédito y empresas de inversión <sup>(1)</sup> aporta las salvaguardias adecuadas en relación con el ejercicio de las funciones de depositario de OICVM, dadas la magnitud y complejidad de los OICVM para los que estas funciones se ejercen y los riesgos de responsabilidad que estas funciones originan.

## 4. Responsabilidad

El BCE considera que debe especificarse con detalle en los actos delegados de la Comisión lo que deba entenderse por «acontecimiento externo que escapa a un control razonable» <sup>(2)</sup> y permite al depositario eximirse de responsabilidad contractualmente, haciendo referencia a las categorías de activos que pueden considerarse perdidos por razón de esos acontecimientos externos y a los tipos concretos de acontecimientos previstos.

En el anexo del presente dictamen figuran las propuestas de redacción específicas, acompañadas de explicaciones, correspondientes a las recomendaciones del BCE encaminadas a modificar la directiva propuesta.

Hecho en Fráncfort del Meno, el 11 de enero de 2013.

*El vicepresidente del BCE*

Vítor CONSTÂNCIO

---

<sup>(1)</sup> Véase la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero [COM(2011) 453 final], y la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión [COM(2011) 452 final].

<sup>(2)</sup> Véase el artículo 26 *ter*, letra f), de la Directiva 2009/65/CE, introducido por el apartado 8 del artículo 1 de la directiva propuesta.

## ANEXO

## Propuestas de redacción

Texto que propone la Comisión	Modificaciones que propone el BCE (1)
<b>1ª modificación</b> Apartado 3 del artículo 1	
<p>«(3) El artículo 22 se sustituye por el texto siguiente:</p> <p>“Artículo 22</p> <p>...</p> <p>5. Los activos del OICVM se confiarán al depositario para su custodia del modo siguiente:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>...</p> <p>7. El depositario no delegará en terceros las funciones a que se refieren los apartados 3 y 4.</p> <p>...</p> <p>El depositario únicamente podrá delegar las funciones a que se refiere el apartado 5 en un tercero que, en todo momento durante el desempeño de las funciones que le hayan sido delegadas:</p> <p>a) cuente con estructuras y conocimientos prácticos adecuados y proporcionados a la naturaleza y complejidad de los activos del OICVM, o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM, que se le hayan confiado;</p> <p>b) en relación con las funciones de custodia a que se refiere el apartado 5, letra a), esté sujeto a una regulación y supervisión prudenciales efectivas, incluido un capital mínimo obligatorio;</p> <p>...</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo tercero, letra b), cuando la legislación de un tercer país exija que ciertos instrumentos financieros sean mantenidos en custodia por una entidad local y no haya entidades locales que satisfagan los requisitos de delegación previstos en dicha letra b), el depositario podrá delegar sus funciones en esa entidad local solo en la medida que lo exija la ley del tercer país y únicamente mientras no existan entidades locales que satisfagan los requisitos de delegación, cumpliendo las siguientes condiciones:</p> <p>a) que los inversores del OICVM correspondiente sean debidamente informados antes de su inversión de que dicha delegación se requiere debido a las obligaciones jurídicas impuestas en la legislación del tercer país, y de las circunstancias que la justifican;</p>	<p>«(3) El artículo 22 se sustituye por el texto siguiente:</p> <p>“Artículo 22</p> <p>...</p> <p>5. Los activos del OICVM se confiarán al depositario para su custodia del modo siguiente:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p><b>5 bis. Los instrumentos financieros y demás activos mantenidos en custodia no se reutilizarán mediante gravamen o transmisión realizados por cuenta propia por el depositario o por cualquier otro en quien se haya delegado la función de custodia. Se invalidarán las disposiciones contractuales que permitan la reutilización.</b></p> <p>...</p> <p>7. El depositario no delegará en terceros las funciones a que se refieren los apartados 3 y 4.</p> <p>...</p> <p>El depositario únicamente podrá delegar las funciones a que se refiere el apartado 5 en un tercero que, en todo momento durante el desempeño de las funciones que le hayan sido delegadas:</p> <p>a) cuente con estructuras y conocimientos prácticos adecuados y proporcionados a la naturaleza y complejidad de los activos del OICVM, o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM, que se le hayan confiado;</p> <p>b) en relación con las funciones de custodia a que se refiere el apartado 5, letra a), esté sujeto a una regulación y supervisión prudenciales efectivas, incluido un capital mínimo obligatorio;</p> <p>...</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo tercero, letra b), cuando la legislación de un tercer país exija que ciertos instrumentos financieros sean mantenidos en custodia por una entidad local y no haya entidades locales que satisfagan los requisitos de delegación previstos en dicha letra b), el depositario podrá delegar sus funciones en esa entidad local solo en la medida que lo exija la ley del tercer país y únicamente mientras no existan entidades locales que satisfagan los requisitos de delegación, cumpliendo las siguientes condiciones:</p> <p>a) que los inversores del OICVM correspondiente sean debidamente informados antes de su inversión de que dicha delegación, <b>que no satisface plenamente los requisitos generales de delegación establecidos por el derecho de la Unión</b>, se requiere debido a las obligaciones jurídicas impuestas en la legislación del tercer país, y de las circunstancias que la justifican;</p>

Texto que propone la Comisión	Modificaciones que propone el BCE <sup>(1)</sup>
b) que el OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM encargue al depositario que delegue la custodia de dichos instrumentos financieros en tal entidad local.  ...” »	b) que el OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM encargue al depositario que delegue la custodia de dichos instrumentos financieros en tal entidad local.  ...” »

Explicación

El BCE considera que el régimen de los OICVM debe ser más restrictivo que el previsto en la Directiva GFIA y no permitir que un depositario reutilice activos en ninguna circunstancia. Esto se justifica porque: i) los productos OICVM tienen una amplia distribución entre los inversores minoristas, y ii) la reutilización de activos por el depositario puede desencadenar riesgos significativos desde el punto de vista de la estabilidad financiera, debido al apalancamiento que resulta de esta práctica.

Lo mejor sería que la delegación por un depositario de OICVM en un subcustodio situado fuera de la Unión quedara sujeta a las mismas salvaguardias, tales como requisitos mínimos de capital y una efectiva supervisión en el país interesado, que exige el derecho de la Unión. En los casos en que procedan exenciones, deberá informarse claramente de las mismas al inversor. A este respecto, la protección de los inversores minoristas requiere que las normas aplicables a los depositarios de OICVM sean más restrictivas que las aplicables a los depositarios nombrados por gestores de fondos de inversión alternativos.

2ª modificación

Apartado 8 del artículo 1

«(8) Se insertan los siguientes artículos 26 bis y 26 ter:  “Artículo 26 bis  ...  Artículo 26 ter  1. La Comisión estará facultada para adoptar, mediante actos delegados, de conformidad con el artículo 112 y en las condiciones establecidas en los artículos 112 bis y 112 ter, medidas que especifiquen:  ...  f) qué se considerará acontecimiento externo que escapa a un control razonable y cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas, de conformidad con el apartado 24, apartado 1.” »	«(8) Se insertan los siguientes artículos 26 bis y 26 ter:  “Artículo 26 bis  ...  Artículo 26 ter  1. La Comisión estará facultada para adoptar, mediante actos delegados, de conformidad con el artículo 112 y en las condiciones establecidas en los artículos 112 bis y 112 ter, medidas que especifiquen:  ...  f) qué se considerará acontecimiento externo que escapa a un control razonable y cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas, de conformidad con el apartado 24, apartado 1, <b>haciendo referencia a los tipos concretos de acontecimientos previstos y a las categorías de activos que pueden considerarse perdidos por razón de esos acontecimientos externos.</b> ” »
---	---

Explicación

Debe especificarse con detalle en los actos delegados de la Comisión lo que deba entenderse por «acontecimiento externo que escapa a un control razonable» y permite al depositario eximirse de responsabilidad contractualmente, haciendo referencia a las categorías de activos que pueden considerarse perdidos por razón de esos acontecimientos externos y a los tipos concretos de acontecimientos previstos.

<sup>(1)</sup> El texto en negrita indica las novedades que propone el BCE. El texto tachado es lo que el BCE propone suprimir.