

II

(Actos no legislativos)

REGLAMENTOS

REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2018/1618 DE LA COMISIÓN

de 12 de julio de 2018

por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 en lo que respecta a las obligaciones de los depositarios en materia de custodia

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,

Vista 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 ⁽¹⁾, y en particular su artículo 21, apartado 17,

Considerando lo siguiente:

- (1) Como resultado de las diferencias en las normas nacionales en materia de valores e insolvencia, que no están armonizadas a escala de la Unión, existe una divergencia en el nivel de protección de los instrumentos financieros mantenidos en custodia por terceros por cuenta de fondos de inversión alternativos («FIA») clientes frente a los riesgos de insolvencia. Con el fin de asegurar una protección sólida de los activos de clientes, en el sentido de la Directiva 2011/61/UE, y de permitir requisitos más robustos de legislación nacional en relación con los aspectos no armonizados, es necesario aclarar las obligaciones relativas a la custodia segura de activos previstas en la Directiva 2011/61/UE.
- (2) Actualmente, las autoridades competentes y la industria aplican los requisitos de separación de activos establecidos en el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 de la Comisión ⁽²⁾ de forma diferente. Mientras que los depositarios, que se encuentran en el primer nivel de la cadena de custodia, tienen la obligación de proporcionar una cuenta individual de mantenimiento de instrumentos financieros para cada FIA cliente, es necesario aclarar que, cuando la función de custodia se delega en un tercero, este último debe poder mantener activos de los clientes de un depositario, incluidos los activos por cuenta de FIA y de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en una cuenta ómnibus. Esta cuenta ómnibus debe siempre excluir los activos propios del depositario y los activos propios del tercero, así como los activos que pertenezcan a otros clientes del tercero. Del mismo modo, en los casos en que la función de custodia se delegue nuevamente, el subcustodio debe poder mantener activos de los clientes del custodio delegante en una cuenta ómnibus. La cuenta ómnibus debe siempre excluir los activos propios del subcustodio y los activos propios del custodio delegante, así como los activos pertenecientes a otros clientes del subcustodio. Esto es necesario para alcanzar un equilibrio adecuado entre la eficiencia del mercado y la protección de los inversores.
- (3) Para minimizar el riesgo de pérdida de los activos mantenidos en cuentas ómnibus de instrumentos financieros proporcionadas por terceros en los que se haya delegado la función de custodia, la frecuencia de las conciliaciones entre las cuentas de valores financieros y los registros del depositario de un FIA cliente y el tercero, o entre los terceros cuando la función de custodia se haya delegado en un nivel inferior de la cadena de custodia, debe

⁽¹⁾ 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.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010 (DO L 174 de 1.7.2011, p. 1).

⁽²⁾ Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las exenciones, las condiciones generales de ejercicio de la actividad, los depositarios, el apalancamiento, la transparencia y la supervisión (DO L 83 de 22.3.2013, p. 1).

garantizar que la información pertinente se transmite al depositario a su debido tiempo. Además, la frecuencia de esas conciliaciones debe depender de cualquier movimiento en esa cuenta ómnibus, incluidas las operaciones relacionadas con los activos pertenecientes a otros clientes del depositario mantenidos en la misma cuenta ómnibus que los activos del FIA.

- (4) El depositario debe poder continuar cumpliendo sus obligaciones de manera efectiva cuando la custodia de los activos pertenecientes a sus FIA clientes se delegue en un tercero. En consecuencia, procede exigir que el depositario mantenga, en la cuenta de instrumentos financieros que haya abierto en nombre de un FIA cliente o en nombre de un GFIA que actúe por cuenta del FIA, un registro que muestre que los activos mantenidos en custodia por un tercero pertenecen a un FIA cliente en particular.
- (5) Con objeto de reforzar la posición de los depositarios con respecto a los terceros en los que se delegue la custodia de los activos, esa relación debe documentarse mediante un contrato escrito de delegación. Dicho contrato debe permitir al depositario tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la custodia de los activos pertinentes se lleva a cabo correctamente y que el tercero cumple en todo momento el contrato de delegación y las obligaciones establecidas en la Directiva 2011/61/UE y el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013. Por otra parte, el depositario y el tercero deben acordar formalmente si el tercero puede a su vez delegar las funciones de custodia. En ese caso, el acuerdo o contrato entre el tercero delegante y el tercero en quien se delegan de nuevo las funciones de custodia debe ser objeto de derechos y obligaciones equivalentes a los establecidos entre el depositario y el tercero delegante.
- (6) Con objeto de permitir al depositario cumplir sus funciones, es necesario reforzar la vigilancia de los depositarios sobre los terceros, independientemente de que estén ubicados en la Unión o fuera de ella. Debe exigirse a los depositarios que verifiquen si los instrumentos financieros de los FIA están registrados correctamente en los libros del tercero y que los registros que se lleven sean suficientemente precisos para permitir identificar la naturaleza, ubicación y propiedad de los activos mantenidos en custodia. Para facilitar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de los depositarios, los terceros deben proporcionarles una declaración sobre cualquier cambio que afecte a los activos mantenidos en custodia por los FIA clientes de los depositarios.
- (7) Como parte de las obligaciones de los depositarios de actuar con la debida atención y diligencia en los casos de delegación de las funciones de custodia, antes de delegar esta función a un tercero ubicado fuera de la Unión el depositario debe obtener un dictamen jurídico independiente que examine las normas en materia de insolvencia del tercer país en el que ese tercero esté ubicado, lo cual incluye una evaluación del nivel de protección con el que cuentan los instrumentos financieros separados en esa jurisdicción. Debe considerarse aceptable el dictamen proporcionado para cada jurisdicción por las federaciones sectoriales o bufetes de abogados pertinentes en beneficio de varios depositarios. Además, el depositario debe velar por que el tercero ubicado fuera de la Unión le informe sobre cualquier cambio en las circunstancias o en las normas en materia de insolvencia de dicho tercer país que pueda afectar al estatuto de los activos de los FIA clientes del depositario.
- (8) Con objeto de dejar a los depositarios tiempo para adaptarse a las nuevas exigencias del presente Reglamento, la fecha de inicio de la aplicación de este debe retrasarse durante dieciocho meses a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- (9) Las medidas introducidas por el presente Reglamento se ajustan al dictamen de la Autoridad Europea de Valores y Mercados ⁽¹⁾.
- (10) Las medidas establecidas en el presente Reglamento se ajustan al dictamen del grupo de expertos del Comité Europeo de Valores.
- (11) Procede, por tanto, modificar en consecuencia el Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013.

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1

El Reglamento Delegado (UE) n.º 231/2013 se modifica como sigue:

- 1) El artículo 89 se modifica como sigue:
 - a) el apartado 1 se modifica como sigue:
 - i) la letra c) se sustituye por el texto siguiente:

«c) que se efectúen tan frecuentemente como sea necesario conciliaciones entre las cuentas y los registros internos del depositario y los de terceros en los que se hayan delegado, en su caso, funciones de custodia de conformidad con el artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE;»;

⁽¹⁾ Dictamen de la AEVM de 20 de julio de 2017, 34 45 277.

ii) se añade el párrafo segundo siguiente:

«En relación con la letra c) del párrafo primero, la frecuencia de las conciliaciones se determinará en función de lo siguiente:

- a) la actividad de negociación normal del FIA;
- b) cualquier negociación que se efectúe fuera de la actividad de negociación normal;
- c) cualquier negociación que se efectúe por cuenta de cualquier otro cliente cuyos activos mantenga el tercero en la misma cuenta de instrumentos financieros que los activos del FIA.»;

b) el apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. Cuando un depositario haya delegado sus funciones de custodia en un tercero con arreglo al artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE, seguirá estando sujeto a los requisitos previstos en el apartado 1, letras a) a e), del presente artículo. Asimismo, deberá asegurarse de que el tercero cumpla los requisitos previstos en el apartado 1, letras b) a g), y las obligaciones de separación establecidas en el artículo 99.».

2) En el artículo 98, se inserta el apartado 2 *bis* siguiente:

«2 *bis*. El contrato en el que el depositario designe a un tercero para mantener en custodia activos de los FIA clientes de dicho depositario contendrá, al menos, las disposiciones siguientes:

- a) una garantía del derecho del depositario a la información, la inspección y el acceso a los registros y cuentas pertinentes del tercero que mantiene activos en custodia, que posibilite que el depositario cumpla sus obligaciones en materia de vigilancia y diligencia debida y, en particular, permita al depositario:
 - i) identificar todas las entidades de la cadena de custodia,
 - ii) verificar que la cantidad de los instrumentos financieros identificados registrada en las cuentas de instrumentos financieros abiertas en los libros del depositario en nombre del FIA, o en nombre del GFIA que actúa por cuenta del FIA, se corresponde con la cantidad de los instrumentos financieros identificados mantenidos en custodia por el tercero para ese FIA registrada en la cuenta abierta en los libros del tercero,
 - iii) verificar que la cantidad de los instrumentos financieros identificados que estén registrados y mantenidos en una cuenta de instrumentos financieros abierta en el depositario central de valores del emisor o su agente, en nombre del tercero por cuenta de sus clientes, se corresponde con la cantidad de los instrumentos financieros identificados registrada en las cuentas de instrumentos financieros abiertas en los libros del depositario en nombre de cada uno de sus FIA clientes, o en nombre del GFIA que actúe por cuenta del FIA;
- b) los detalles de los derechos y obligaciones equivalentes acordados entre el tercero y otro tercero, en el caso de una nueva delegación de las funciones de custodia.».

3) El artículo 99 se modifica como sigue:

a) el apartado 1 se sustituye por el texto siguiente:

«1. Cuando las funciones de custodia se hayan delegado total o parcialmente en un tercero, el depositario velará por que el tercero en el que se hayan delegado funciones de custodia en virtud del artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE se atenga a la obligación de separación establecida en el artículo 21, apartado 11, letra d), inciso iii), de dicha Directiva, garantizando y verificando para ello que el tercero:

- a) registre correctamente todos los instrumentos financieros identificados en la cuenta de instrumentos financieros que se haya abierto en los libros del tercero con objeto de mantener en custodia los instrumentos financieros para los clientes del depositario, lo cual excluye los instrumentos financieros propios del depositario y del tercero y de los otros clientes del tercero, para posibilitar que el depositario logre la concordancia de la cantidad de los instrumentos financieros identificados registrada en las cuentas abiertas en los libros del depositario en nombre de cada uno de los FIA clientes o en nombre del GFIA que actúe por cuenta del FIA;
- b) lleve todos los registros y cuentas de instrumentos financieros necesarios para posibilitar que el depositario distinga, en todo momento y sin demora, los activos de los clientes del depositario de los activos propios del tercero, de los activos de los otros clientes del tercero y de los activos mantenidos para el depositario por cuenta propia;

- c) lleve los registros y cuentas de instrumentos financieros de forma que se garantice su exactitud, y en especial su correspondencia con los activos custodiados por cuenta de los FIA clientes del depositario, y que sobre su base el depositario pueda en todo momento determinar con precisión la naturaleza, la ubicación y el estatus de propiedad de dichos activos;
- d) proporcione al depositario una declaración periódicamente, y en cualquier caso siempre que se produzca un cambio en las circunstancias, en la que se detallen los activos de los FIA clientes del depositario;
- e) efectúe, tan frecuentemente como sea necesario, conciliaciones entre sus cuentas de instrumentos financieros y registros internos y los del tercero en el que haya delegado funciones de custodia de conformidad con el artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE.

La frecuencia de la conciliación se determinará con arreglo al artículo 89, apartado 1;

- f) adopte medidas organizativas adecuadas para minimizar el riesgo de pérdida o disminución del valor de los instrumentos financieros, o de los derechos relacionados con dichos instrumentos financieros, como consecuencia de una mala utilización de los mismos, fraude, administración deficiente, mantenimiento inadecuado de registros o negligencia;
 - g) si el tercero es alguna de las entidades a que se refiere el artículo 18, apartado 1, letras a), b) y c), de la Directiva 2006/73/CE, que esté sujeta a una regulación y supervisión prudenciales efectivas que tengan el mismo efecto que la legislación de la Unión y se apliquen de manera efectiva, el depositario tomará las medidas necesarias para asegurarse de que el efectivo del FIA se mantenga en una o varias cuentas de conformidad con el artículo 21, apartado 7, de la Directiva 2011/61/UE.»;
- b) se inserta el apartado 2 bis siguiente:

«2 bis. Cuando el depositario haya delegado sus funciones de custodia en un tercero ubicado en un tercer país de conformidad con el artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE, además de las obligaciones que impone el apartado 1 del presente artículo, el depositario velará por que:

- a) el depositario reciba asesoramiento jurídico de una persona física o jurídica independiente, que le confirme que la normativa aplicable en materia de insolvencia reconoce lo siguiente:
 - i) la separación de los activos de los clientes del depositario con respecto a los activos propios del tercero, a los activos de los otros clientes del tercero y a los activos mantenidos por el tercero por cuenta propia del depositario,
 - ii) que los activos de los FIA clientes del depositario no forman parte del patrimonio del tercero en caso de insolvencia,
 - iii) que los activos de los FIA clientes del depositario no están disponibles para su distribución entre, o su realización en beneficio de, los acreedores del tercero en el que se hayan delegado funciones de custodia de conformidad con el artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE;
- b) el tercero tome las medidas siguientes:
 - i) garantizar que las condiciones establecidas en la letra a) se cumplen en el momento de la celebración del acuerdo de delegación con el depositario y de forma continua mientras dure la delegación;
 - ii) informar de inmediato al depositario siempre que cualquiera de las condiciones contempladas en el inciso i) deje de cumplirse;
 - iii) informar al depositario de cualquier cambio en la legislación aplicable en materia de insolvencia, así como de su aplicación efectiva.»;
- c) el apartado 3 se sustituye por el texto siguiente:

«Los apartados 1, 2 y 2 bis se aplicarán *mutatis mutandis* cuando el tercero en el que se hayan delegado funciones de custodia, con arreglo al artículo 21, apartado 11, de la Directiva 2011/61/UE, decida delegar la totalidad o parte de sus funciones de custodia en otro tercero en virtud del artículo 21, apartado 11, párrafo tercero, de la Directiva 2011/61/UE.».

Artículo 2

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Será aplicable desde el 1 de abril de 2020.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 12 de julio de 2018.

Por la Comisión
El Presidente
Jean-Claude JUNCKER
