



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 3.7.2012
COM(2012) 350 final

2012/0168 (COD)

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

(Texto pertinente a efectos del EEE)

{SWD(2012) 185 final}

{SWD(2012) 186 final}

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DE LA PROPUESTA

1.1. Observaciones generales

Desde la adopción de la Directiva relativa a los OICVM, en 1985, las normas que esta establece con respecto a los depositarios no han sufrido variación: consisten en una serie de principios de orden general que fijan las obligaciones de aquellos. La norma fundamental aplicable a los OICVM es que todos los activos de un fondo OICVM deben confiarse a un depositario. Este será responsable de las pérdidas sufridas por incumplimiento de sus obligaciones, de acuerdo con la normativa nacional aplicable. La Directiva OICVM establece un criterio basado en la negligencia y, por lo demás, se remite a las normativas nacionales para precisar el contenido de esas obligaciones. Esta remisión deja un amplio margen a interpretaciones divergentes sobre el alcance de las obligaciones de los depositarios y su responsabilidad en caso de negligencia. Como resultado de ello, existen en la Unión Europea distintos enfoques, de tal modo que los inversores en OICVM se hallan frente a diferentes niveles de protección según el país de que se trate.

Las posibles consecuencias de las divergencias nacionales en cuanto al nivel de responsabilidad quedaron patentes a raíz de la quiebra de Lehman¹ y el fraude Madoff. En particular, las consecuencias del fraude Madoff han sido especialmente acusadas en algunos Estados miembros de la UE. En un caso, un determinado fondo que actuaba como fondo subordinado para Madoff perdió alrededor de 1 400 millones EUR. El fraude a gran escala de Madoff pasó básicamente desapercibido durante un largo periodo por el hecho de que el depositario había delegado la custodia de los activos en una entidad gestionada por Bernard Madoff, la sociedad de inversión estadounidense «Bernard Madoff Investment Securities». Al mismo tiempo, Bernard Madoff era, a la vez, el gestor y el agente responsable de adquirir instrumentos financieros por cuenta del fondo. El caso Madoff planteó diversos extremos importantes en relación con los fondos OICVM. En primer lugar, se trata de saber exactamente en qué condiciones puede un depositario que actúe por cuenta de un fondo OICVM delegar la custodia de los activos en un subcustodio. La vigente Directiva OICVM no se pronuncia sobre las condiciones exactas en las que puede delegarse la custodia.

El caso Madoff plantea también el problema de los conflictos de intereses. Más concretamente, ¿hasta qué punto el gestor de un fondo de inversión debe poder pertenecer al mismo grupo societario que el subcustodio en el que se haya delegado la custodia? ¿Cabe realmente suponer que un gestor de fondos actuará siempre de acuerdo con los intereses de los inversores de esos fondos si dicho gestor es también el subcustodio de los activos en los que invierten? Por lo que atañe a los conflictos de intereses que pueden plantearse en relación con la independencia del depositario, la Directiva OICVM se limita a establecer el principio general de que una sociedad no puede gestionar un fondo OICVM y, al mismo tiempo, ser su depositario. Esa Directiva no contiene disposición alguna sobre los conflictos de intereses que

¹ Una de las consecuencias de la crisis financiera fue la quiebra de Lehman Brothers International Europe, la entidad de Lehman en el Reino Unido que se hundió en 2008. Esta entidad recibió, en calidad de subcustodio, activos de algunos fondos de inversión colectiva (aunque no se trataba de fondos OICVM, el modelo normativo era similar al de los OICVM en lo que atañe a las normas aplicables a los depositarios).

pueden surgir si la función de gestor y la de depositario se delegan en un solo y mismo tercero.

Por último, el caso Madoff ha puesto también de relieve cierta incertidumbre general en el marco normativo aplicable a los OICVM, especialmente por lo que se refiere a la responsabilidad del custodio principal en caso de delegación de la custodia en un subcustodio. Al no establecer la Directiva OICVM disposiciones tajantes sobre la responsabilidad en caso de delegación, los distintos Estados miembros abordan este supuesto de diferente manera.

El caso Madoff dejó patente un hecho esencial en el ámbito de los OICVM: al tiempo que las disposiciones en el ámbito de los OICVM aplicables a los depositarios no han variado, el entorno de inversión de aquellos sí ha evolucionado. Actualmente, los OICVM pueden invertir en una gama más extensa de activos financieros, que pueden ser más complejos y pueden emitirse y custodiarse fuera de la UE (por ejemplo, en mercados emergentes); las carteras de los fondos son cada vez más variadas e internacionales.

Por ello, la tenencia de activos a través de acuerdos de subcustodia, para adecuarse a las estrategias de inversión de los fondos, es cada vez más frecuente. El fraude Madoff ha demostrado que los riesgos conexos al uso de redes de subcustodios delegados no siempre son insignificantes. Los activos pueden perderse cuando se hallen en poder de un subcustodio, entre otras cosas por fraude, negligencia o quiebra del propio subcustodio. La vigente normativa aplicable a los OICVM no precisa con nitidez las obligaciones de los depositarios a la hora de seleccionar y vigilar al subcustodio. Existe, por tanto, inseguridad jurídica sobre hasta qué punto deben los depositarios responder por las pérdidas sufridas en el nivel de la subcustodia.

Procede señalar que, el 12 de julio de 2010, la Comisión propuso hacer extensivos los sistemas de indemnización de los inversores a quienes invierten en OICVM. Las modificaciones de la Directiva 97/9/CE tenían por objeto regular las situaciones en las que un depositario es responsable de la pérdida de activos de un OICVM pero no puede hacer frente a sus responsabilidades. Esto sería una forma adicional de aumentar la protección de quienes invierten en OICVM. Sin embargo, por el momento, esta propuesta no ha sido aceptada por el Consejo y es aún objeto de negociaciones.

Asimismo, la crisis financiera puso de relieve que los propios sistemas de remuneración y de incentivos habitualmente aplicados en las entidades financieras estaban acentuando los efectos y la magnitud de esa crisis. Las políticas remunerativas contribuían a la adopción de decisiones cortoplacistas y generaban incentivos para la asunción de un riesgo excesivo.

Por último, el análisis de los regímenes sancionadores efectuado por la Comisión, junto a los Comités de Supervisores (actuales Autoridades Europeas de Supervisión) indica una serie de divergencias y deficiencias que pueden incidir negativamente en la adecuada aplicación de la legislación de la UE, la eficacia de la supervisión financiera y, en última instancia, la competencia, la estabilidad e integridad de los mercados financieros y la protección del consumidor. En consecuencia, en su Comunicación de 9 de diciembre de 2010, «Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros»², la Comisión propuso establecer criterios mínimos comunes en la UE en relación con determinados aspectos esenciales, a fin de favorecer la convergencia y el refuerzo de los regímenes sancionadores nacionales. La Comisión ha incluido esos criterios comunes, adaptados a las características de

² COM(2010) 716 final.

los sectores considerados, en todas sus recientes propuestas de revisión de la pertinente legislación sectorial de la UE (DRC IV, MiFID, Directiva de abuso de mercado, Directiva de transparencia). Hacerlo extensivo al marco normativo de los OICVM es un paso adicional lógico dentro de este proceso.

La propuesta forma parte de un paquete legislativo más amplio que persigue restablecer la confianza del consumidor en los mercados financieros, y que comprende dos partes. En primer lugar, una extensa revisión de la Directiva 2002/92/CE, sobre la mediación en los seguros, destinada a garantizar que los clientes gocen de una elevada protección cuando adquieran productos de seguro. La última parte de dicho paquete tiene por objeto dotar de mayor transparencia a los mercados de inversión minorista (propuesta de Reglamento sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión).

1.2. Consulta de las partes interesadas y evaluación de impacto

1.2.1. Consulta de las partes interesadas

El 3 de julio de 2009, la Comisión abrió un proceso de consulta sobre los depositarios de OICVM. A ello siguió un documento recapitulativo de las respuestas en noviembre de ese mismo año³. Los resultados de la consulta, junto con la contribución técnica de la AEVM, se recogen debidamente en el informe de evaluación de impacto.

El 9 de diciembre de 2010, los servicios de la Comisión emprendieron una segunda consulta pública sobre la función de depositario de OICVM y la remuneración de los directivos, cuyo plazo de respuesta terminó el 31 de enero de 2011. Se recibieron un total de 58 contribuciones, que, en su mayoría, apoyaban ampliamente la iniciativa de revisión, en especial por lo que atañe a la aclaración de las funciones de depositario y la simplificación de la normativa como consecuencia de la propuesta de armonización con la Directiva sobre los gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA)⁴. En cambio, las opiniones fueron más críticas en relación con la responsabilidad de los depositarios⁵. Los documentos recapitulativos de las respuestas a estas dos consultas figuran en el anexo 2 de la evaluación de impacto.

En cuanto a las sanciones administrativas, el informe tiene en cuenta las respuestas a un cuestionario *ad hoc* preparado por los servicios de la Comisión y enviado al Comité Europeo de Valores (CEV), así como a la AEVM. En el anexo 7 de la evaluación de impacto figura un resumen de las respuestas de los Estados miembros al cuestionario.

1.2.2. Evaluación de impacto

La evaluación de impacto abordó cinco aspectos: requisitos aplicables a los depositarios, requisitos aplicables para la delegación de la custodia, responsabilidad por la pérdida de instrumentos financieros mantenidos en custodia, remuneración de los directivos de OICVM y sanciones por infracción de las disposiciones aplicables a los OICVM.

³ Disponible en:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/ucits/feedback_statement_en.pdf

⁴ Respondieron a la consulta: entidades corporativas y sus organizaciones sectoriales (46), autoridades públicas de los Estados miembros (11) y organizaciones de consumidores (1).

⁵ Dos consultas públicas figuran, respectivamente, en:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/ucits/feedback_statement_en.pdf

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/fin_supervision/summary_en.pdf

Requisitos aplicables a los depositarios

El actual marco normativo de los OICVM no arroja mucha claridad sobre qué entidades pueden actuar de depositarios de fondos OICVM. De acuerdo con el artículo 23, apartado 3, de la Directiva OICVM, los Estados miembros gozan de amplia discrecionalidad en cuanto a las entidades consideradas aptas para actuar como depositarios de OICVM, a condición de que las entidades satisfagan lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2 (esto es, que estén sujetas a normas prudenciales y a supervisión permanente).

Ello ha dado lugar a diferentes enfoques en los distintos Estados miembros: de los diecisiete Estados miembros que exigen que los depositarios sean entidades de crédito, doce imponen requisitos de capital específicos solo por realizar actividades de custodia u otras actividades conexas a las funciones de depositario de OICVM. En los Estados miembros que permiten que otras entidades que no sean entidades de crédito actúen de depositarios de OICVM, solo tres de ellos exigen que los depositarios satisfagan requisitos de capital adicionales.

Las divergencias nacionales sobre qué entidades pueden actuar de depositarios de fondos OICVM pueden ser fuente de inseguridad jurídica y dar lugar a diferentes niveles de protección del inversor. Por otra parte, autorizar que entidades distintas de las entidades de crédito o las empresas de inversión actúen de depositarios sin aplicar requisitos de capital mínimos expone los recursos de que disponen esas entidades a un importante riesgo.

De cara a armonizar la gama de entidades que se considera que ofrecen garantías suficientes, en cuanto a las normas prudenciales y los requisitos de capital que les son aplicables, para desempeñar la función de depositario, quedaron de manifiesto tres opciones. En la evaluación de impacto se llega a la conclusión de que tanto las entidades de crédito como las empresas de inversión reguladas ofrecen garantías suficientes, en términos de normativa prudencial, requisitos de capital y supervisión efectiva, como para desempeñar la función de depositario de OICVM. Otras entidades (como, por ejemplo, despachos de abogados o notarías) se estima que no ofrecen tales garantías, por lo que, si desearan actuar de depositarios de OICVM, tendrían que convertirse en empresas de inversión reguladas. Como la mayoría de los depositarios de OICVM ya son entidades de crédito o empresas de inversión reguladas, la opción seleccionada solo tendría repercusiones en una pequeña minoría de proveedores de servicios que no gozan de autorización. Como es obvio, las notarías y los despachos de abogados estarían autorizados a continuar actuando dentro de su ámbito tradicional de depositarios de fondos distintos de los OICVM, tales como pequeños fondos de capital riesgo y de capital inversión, que rara vez invierten en valores cotizados.

Delegación de la custodia

Las modificaciones introducidas en la Directiva OICVM en 2001 ampliaron las categorías de activos en que pueden invertir los OICVM a nuevos tipos de activos⁶. Como resultado, los gestores de OICVM invierten ahora en muchos más países y en instrumentos más complejos que en 1985. A medida que surgen más posibilidades de inversión en diferentes terceros países, aumenta la necesidad de designar subcustodios en ellos.

⁶ Tales como instrumentos del mercado monetario, fondos vinculados a índices, entre ellos los fondos cotizados (ETF, por sus siglas en inglés), fondos de fondos, derivados (opciones, permutas, futuros/instrumentos a plazo, u otros derivados negociados en mercados no organizados). Cabe remitirse a la Directiva 2007/16/CE, consultable en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:079:0011:0019:ES:PDF>

Pese a ampliar la gama de instrumentos aptos para inversión, la Directiva OICVM no define las condiciones aplicables en caso de que un depositario delegue la custodia en un subcustodio. La falta de claridad afecta tanto a las condiciones en las que puede tener lugar una delegación (p.ej., razones objetivas para delegar, nivel de competencia exigido en la selección de subcustodios, intensidad de la vigilancia continua de los subcustodios), como a las condiciones en las que, excepcionalmente, la custodia podría delegarse en custodios de terceros países que no satisfagan los criterios aplicables en materia prudencial y de supervisión.

Con arreglo a la evaluación de impacto, la delegación de custodia ha de regirse por normas de diligencia en la selección y designación del subcustodio, y de vigilancia continua de las actividades de este. En los remotos supuestos en que la estrategia de inversión del OICVM suponga invertir en instrumentos financieros emitidos en países que impongan la obligación de custodia a nivel local y en los que no opere ningún custodio que pueda cumplir los requisitos sobre delegación y normas prudenciales anteriormente mencionados, la delegación debería, no obstante, permitirse en circunstancias muy precisas.

Responsabilidad

De acuerdo con el artículo 24 de la Directiva OICVM, la responsabilidad por pérdida de un instrumento financiero mantenido en custodia solo existe en caso de «ausencia injustificada de ejecución» o «ejecución incorrecta» de las obligaciones. Estas expresiones jurídicas han dado lugar a diferentes interpretaciones en los Estados miembros y, por tanto, a diferencias en la protección de los inversores. Algunos Estados miembros aplican un régimen de responsabilidad definido como «estricto», en el que el depositario tiene la obligación inmediata de restituir el activo perdido al OICVM, al tiempo que otros consideran que la pérdida de activos no siempre implica que el depositario haya faltado injustificadamente a la ejecución de sus obligaciones y que, por tanto, este incurra en responsabilidad. Así pues, el criterio de responsabilidad no es idéntico en todos los Estados miembros.

El tema de la responsabilidad es particularmente importante cuando se delega la custodia. Según el artículo 22, apartado 2, la responsabilidad del depositario *«no se verá afectada por el hecho de que confíe a un tercero la totalidad o parte de los activos de los que tiene la custodia»*. La Directiva OICVM no contiene ninguna otra disposición que regule la responsabilidad por la pérdida de instrumentos financieros cuando la custodia se haya delegado en terceros. Se aplica a este aspecto el principio general expresado en el artículo 22, apartado 2, que deja un amplio margen de interpretación a los Estados miembros. Por ejemplo, algunos Estados miembros solo imponen la obligación de vigilar al subcustodio, lo que significa que el depositario no será responsable en caso de pérdida si demuestra que ha desempeñado su deber de vigilancia correctamente (criterio basado en la negligencia). En cambio, otros Estados miembros imponen la obligación de restituir los activos, se haya o no incumplido el deber de vigilancia. El caso Madoff demostró la diferencia fundamental existente entre una responsabilidad estricta y los criterios de negligencia.

La evaluación de impacto llega a la conclusión de que un criterio de «responsabilidad estricta» que obligue a los depositarios a restituir los instrumentos en custodia perdidos, con independencia de toda falta o negligencia, permite, por una parte, garantizar un alto grado de protección de los inversores y, por otra, implantar criterios uniformes en toda la UE. De acuerdo con las necesidades de los inversores minoristas, la responsabilidad en caso de pérdida de un instrumento mantenido en custodia debería basarse en un criterio uniforme para toda la UE, que implique la «responsabilidad estricta» de restituir los instrumentos perdidos, a

cargo del custodio principal, sin que este tenga opción alguna de quedar exento de responsabilidad en caso de delegación de custodia.

Remuneración

La remuneración de los gestores de OICVM se basa, al menos en parte, en el rendimiento del fondo, lo que supone un incentivo para aumentar el nivel de riesgo de la cartera del fondo con el fin de elevar el rendimiento potencial. Ahora bien, un mayor nivel de riesgo expone a los inversores del fondo a pérdidas potenciales mayores de las que cabría esperar del perfil de riesgo comunicado del fondo. Las estructuras de remuneración podrían tener un sesgo tal que los directivos participen en los rendimientos que se materialicen, pero no en las pérdidas que se materialicen, creando así nuevos incentivos para la adopción de estrategias de riesgo más elevado. Por otra parte, las estructuras de remuneración rara vez se describen en los documentos de oferta del fondo, de modo que los gestores, en gran medida, no tienen que rendir cuentas a los inversores por lo que atañe a la determinación de la remuneración de los directivos según el rendimiento del fondo.

Se prevé introducir la obligación de que las sociedades de gestión de OICVM implanten políticas de remuneración acordes con una gestión prudente del riesgo del fondo OICVM y cumplan una serie de principios mínimos de remuneración. Las sociedades de gestión tendrían también que publicar el importe a que ascienden las remuneraciones en el ejercicio, detallando la información pertinente en el informe anual del fondo OICVM.

Sanciones

El análisis que la Comisión ha efectuado de las normas nacionales que regulan las sanciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva OICVM ha revelado tres hechos principales: i) la existencia de diferencias en el importe de las sanciones pecuniarias (es decir, las multas) que se aplican a unas mismas categorías de infracciones; ii) la aplicación de distintos criterios de determinación del importe de las sanciones administrativas; y iii) la existencia de variaciones en el nivel de recurso a las sanciones.

La opción de actuación elegida es la de lograr una armonización mínima de los regímenes sancionadores, estableciendo para ello: i) un catálogo mínimo de sanciones y medidas administrativas (incluida la armonización del límite inferior de los importes máximos de las multas administrativas), ii) una lista mínima de criterios sancionadores, y iii) la obligación de que las autoridades competentes y las sociedades de gestión establezcan mecanismos de denuncia. Este régimen sancionador se aplicaría a un catálogo de infracciones de las principales salvaguardias previstas en la Directiva OICVM para la protección de los inversores.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA

2.1. Normas sobre las funciones de los depositarios

En relación con las funciones esenciales del depositario, a saber, la custodia y verificación, el proyecto propone modificar el artículo 22 de la Directiva OICVM como a continuación se indica.

El artículo 22, apartado 1, especifica que cada fondo OICVM deberá tener un solo depositario designado. Se trata de evitar que un fondo tenga varios depositarios.

El artículo 22, apartado 2, prevé que se deje constancia de la designación de un depositario mediante contrato escrito.

El artículo 22, apartado 3, recoge una lista de funciones de vigilancia uniformes de los depositarios de OICVM establecidos mediante contrato y OICVM constituidos en sociedad. Esas funciones consisten en verificar el cumplimiento de las normas aplicables cuando las participaciones de los OICVM sean vendidas, emitidas, recompradas, reembolsadas y anuladas; verificar que todo posible ingreso se remita al OICVM en los plazos normales; verificar que los ingresos de la sociedad de inversión se asignen con arreglo a la ley y a los documentos constitutivos, para garantizar que el valor de las participaciones de los OICVM se calcule de conformidad con la legislación nacional aplicable y el reglamento del fondo; y ejecutar las instrucciones de la sociedad de gestión o la sociedad de inversión.

El artículo 22, apartado 4, establece disposiciones detalladas sobre el control del efectivo. El propósito de este apartado es que el depositario tenga una visión de todos los activos de los OICVM, incluido el efectivo. Garantiza, asimismo, que no se abra ninguna cuenta de efectivo conexa a las operaciones del fondo sin conocimiento del depositario. El objetivo es impedir que se realicen transferencias de efectivo fraudulentas. Este apartado introduce también la obligación de separación, de tal modo que todo instrumento financiero que figure en la cartera que el depositario mantiene por cuenta de un OICVM pueda diferenciarse de los propios activos del depositario e identificarse en todo momento como perteneciente al OICVM; esta obligación persigue dotar al inversor de un nivel adicional de protección en caso de hallarse el depositario en situación de impago.

El artículo 22, apartado 5, establece una distinción entre: 1) las funciones de custodia conexas a instrumentos financieros que pueden ser mantenidos en custodia por el depositario y 2) funciones de verificación de la propiedad por lo que atañe a los demás tipos de activos. No se considera necesario hacer referencia a la custodia de activos físicos, tales como bienes inmuebles y materias primas, ya que estos activos no son habitualmente aptos para figurar en la cartera de un OICVM.

El nuevo apartado 2 del artículo 25 establece una serie de disposiciones habituales en materia de conducta y de evitación y gestión de conflictos de intereses.

En este contexto, el artículo 26 *ter* introduce nuevas disposiciones de ejecución que describen pormenorizadamente las condiciones para el ejercicio de las funciones de verificación y custodia del depositario, entre otras: i) el tipo de instrumentos financieros que entrará en el ámbito de las funciones de custodia del depositario; ii) las condiciones en las que el depositario puede ejercer sus funciones de custodia en relación con los instrumentos financieros registrados ante un depositario central de valores; y iii) las condiciones en las que el depositario debe custodiar los instrumentos financieros emitidos en forma nominativa y registrados ante un emisor o un registrador.

2.2. Normas sobre delegación

El artículo 22, apartado 7, define las condiciones en las que las funciones de custodia del depositario pueden delegarse en un subcustodio. En esencia, las condiciones y requisitos que han de satisfacerse para que el depositario de un OICVM pueda confiar sus funciones de custodia a un tercero se armonizan con las establecidas en la Directiva GFIA.

El artículo 26 *ter* delega en la Comisión el poder de adoptar actos delegados que definan con mayor precisión las obligaciones de diligencia debida que, inicial y permanentemente,

incumben al depositario, entre otras cosas en relación con la selección y designación de un subcustodio.

2.3. Normas sobre los requisitos para actuar de custodio de un OICVM

Dada la divergencia existente entre los criterios de aptitud que actualmente se aplican a nivel nacional a las actividades de los depositarios, el proyecto propone modificar el artículo 23, apartado 2, estableciendo una lista exhaustiva de las entidades aptas para actuar de depositarios. La opción elegida es la de que solo las entidades de crédito y las empresas de inversión estén autorizadas a actuar de depositarios de OICVM. El artículo 23 establece disposiciones provisionales con respecto a los OICVM que hayan designado a entidades que en adelante no puedan actuar de depositarios.

2.4. Normas sobre responsabilidad

El artículo 24, apartado 1, persigue clarificar la responsabilidad de los depositarios de OICVM en caso de pérdida de un instrumento financiero que custodien. De acuerdo con ese apartado, los depositarios de OICVM, en el caso de que un instrumento bajo su custodia se pierda, deberán restituir al OICVM un instrumento financiero de idénticas características, o bien la cuantía correspondiente. No se prevé ya ninguna exención de responsabilidad en caso de pérdida de activos, salvo si el depositario puede demostrar que la pérdida se debe a un «acontecimiento externo que escape a un control razonable». Asimismo, se aclara que, en caso de pérdida de activos, el depositario de OICVM tiene la obligación general de restituir al OICVM instrumentos financieros de idénticas características, o bien la cuantía correspondiente «sin demora indebida».

El artículo 26 *ter* prevé la adopción de las correspondientes disposiciones de ejecución destinadas a aclarar ciertos aspectos técnicos, por ejemplo, especificar las circunstancias en las que un instrumento mantenido en custodia puede considerarse perdido.

El artículo 24, apartado 2, establece la norma según la cual la responsabilidad del depositario, no se ve afectada por el hecho de que confíe a un tercero la totalidad o parte de sus funciones de custodia. En consecuencia, el depositario está obligado a restituir los instrumentos mantenidos en custodia que se pierdan, aun cuando la pérdida se haya producido en manos del subcustodio. Como se ha señalado antes, ya no se prevé ninguna exención de responsabilidad (ya sea legal o contractual) en caso de que un subcustodio pierda activos.

El artículo 24, apartado 2, frente a lo dispuesto en el artículo 21, apartado 12, de la Directiva sobre los gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA), dispone, por tanto, que el depositario es responsable de restituir el instrumento también en caso de delegación, sin que exista la posibilidad de eximir de responsabilidad por vía contractual. Este refuerzo de la responsabilidad en caso de delegación de la custodia se justifica por la base tan amplia de inversores de los OICVM y su naturaleza minorista. La introducción de un régimen que prevea la posibilidad contractual de que el depositario quede exento de responsabilidad, tal y como establece la Directiva GFIA, no se considera por completo procedente. Del mismo modo, sería también inadecuado establecer la posibilidad de que el depositario quede exento de responsabilidad si los activos se transfieren a un subcustodio que no cumple los criterios de delegación.

2.5. Reclamación

El artículo 24, apartado 5, se refiere a las reclamaciones contra el depositario. En este apartado se hacen concordar los derechos de los inversores de los OICVM constituidos en sociedad y los de los OICVM de naturaleza contractual, de manera que puedan invocar derechos derivados de la responsabilidad de los depositarios, ya sea directamente o indirectamente (a través de la sociedad de gestión), en función de la naturaleza legal de la relación entre el depositario, la sociedad de gestión y el partícipe.

2.6. Remuneración

Los artículos 14 *bis* y 14 *ter* propuestos reflejan la actual política de remuneración de los altos directivos, de quienes asumen los riesgos y de aquellos que ejercen las funciones de control. Estos principios deben aplicarse también a quienes gestionan un fondo OICVM, ya sean sociedades de inversión o sociedades de gestión.

2.7. Acceso a los registros telefónicos y de tráfico de datos

Los registros telefónicos y de tráfico de datos constituyen documentos importantes de cara a detectar y demostrar una vulneración de las disposiciones de la Directiva OICVM. En consecuencia, se modifica el artículo 98 para garantizar que las autoridades competentes puedan exigir dichos registros a los operadores de telecomunicaciones o los OICVM, las sociedades gestoras, las sociedades de inversión o los depositarios, siempre que exista la presunción razonable de que los registros de este tipo que guarden relación con el objeto de la inspección puedan resultar pertinentes para demostrar que se ha vulnerado la Directiva OICVM. En todo caso, sin embargo, debe quedar claro que esos registros no deben afectar al contenido de la comunicación a que se refieren.

2.8. Sanciones y medidas

Los artículos 99 *bis* a 99 *sexies* reflejan las actuales políticas horizontales del sector de servicios financieros en materia de sanciones y medidas. Establecen un planteamiento común con respecto a las principales infracciones de la Directiva OICVM. El artículo 99 *bis* establece una lista de las principales infracciones. Establece también una lista de sanciones y medidas administrativas que las autoridades competentes deberían poder aplicar en relación con las principales infracciones.

3. REPERCUSIONES PRESUPUESTARIAS

No habrá incidencia alguna en el presupuesto de la UE, ya que no se precisará ni financiación ni puestos adicionales para el desempeño de estas funciones. Las funciones previstas para la Autoridad Europea de Mercados y Valores entran dentro de las responsabilidades que ya competen a esta Autoridad y, por tanto, los recursos y el personal asignados en las fichas legislativas financieras aprobadas para esta Autoridad bastarán para facilitar la ejecución de esas funciones.

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

(Texto pertinente a efectos del EEE)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y, en particular su artículo 53, apartado 1,

Vista la propuesta de la Comisión Europea⁷,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Banco Central Europeo⁸,

Previa consulta al Supervisor Europeo de Protección de Datos,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario,

Considerando lo siguiente:

- (1) La Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁹ debe modificarse para atender a la evolución del mercado y a la experiencia adquirida hasta ahora por los participantes en el mercado y los supervisores, en particular a fin de solventar las divergencias entre las disposiciones nacionales en lo que atañe a las funciones y la responsabilidad de los depositarios, la política de remuneración y las sanciones.
- (2) A fin de subsanar el efecto perjudicial que pudieran tener unas estructuras remunerativas mal concebidas para la sana gestión del riesgo y el control de los comportamientos individuales de asunción de riesgos, resulta oportuno que las sociedades de gestión de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) tengan la obligación explícita de establecer y mantener, respecto de las categorías de empleados cuyas actividades profesionales tengan una incidencia significativa en el perfil de riesgo de los OICVM que gestionan, políticas y prácticas

⁷ DO C ... de ..., p. ...

⁸ DO C ... de ..., p. ...

⁹ DO L 302 de 17.11.2009, p. 32.

remunerativas adecuadas a una gestión eficaz y responsable del riesgo. Dichas categorías de empleados deben incluir al menos a los altos directivos, el personal que asume riesgos y el que ejerce las funciones de control, así como todo empleado que reciba una remuneración global que lo incluya en el mismo baremo salarial que el de los altos directivos y el personal que asume riesgos. Estas normas deben aplicarse también a los OICVM que sean sociedades de inversión y no designen a una sociedad gestora.

- (3) En los principios reguladores de las políticas de remuneración se debe reconocer que las sociedades de gestión de OICVM pueden aplicar esas políticas de diferentes maneras, en función de su tamaño y del tamaño de los OICVM que gestionan, su organización interna y la naturaleza, el alcance y la complejidad de sus actividades.
- (4) Los principios en materia de idoneidad de las políticas remunerativas establecidos en la presente Directiva deben ser coherentes con los principios en que se basa la Recomendación 2009/384/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2009, sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros¹⁰, y ser complementados con estos.
- (5) A fin de promover la convergencia de la labor de supervisión de las políticas y prácticas remunerativas, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), creada mediante el Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹, debe velar por la existencia de directrices sobre políticas remunerativas idóneas en el sector de gestión de activos. Procede que la Autoridad Bancaria Europea (ABE), creada mediante el Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo¹², ayude a la AEVM a elaborar tales directrices.
- (6) Las disposiciones en materia de remuneración deben entenderse sin perjuicio del ejercicio pleno de los derechos fundamentales garantizados por los Tratados, los principios generales del Derecho contractual y laboral nacional, la legislación aplicable por lo que atañe a los derechos y la participación de los accionistas y las responsabilidades generales de los órganos administrativos y de vigilancia de la entidad de que se trate, así como de los posibles derechos de los interlocutores sociales de celebrar y aplicar convenios colectivos con arreglo a las leyes y tradiciones nacionales.
- (7) A fin de garantizar el necesario grado de armonización de las disposiciones reglamentarias pertinentes de los Estados miembros, deben adoptarse normas adicionales que definan las tareas y funciones de los depositarios, determinen las entidades legales que pueden designarse como depositarios y aclaren la responsabilidad de estos en el caso de que los activos de los OICVM en custodia se pierdan o de que los depositarios no ejerzan adecuadamente sus funciones de vigilancia. Ese ejercicio inadecuado puede dar lugar a una pérdida de activos, pero también a una pérdida de valor de los activos, si, por ejemplo, un depositario tolera inversiones que no se ajustan al reglamento del fondo, y expone al inversor a riesgos imprevistos o previstos. Las normas adicionales deben también aclarar en qué condiciones pueden delegarse las funciones de depositario.

¹⁰ DO L 120 de 15.5.2009, p. 22.

¹¹ DO L 331 de 15.12.2010, p. 84.

¹² DO L 331 de 15.12.2010, p. 12.

- (8) Resulta necesario especificar que los OICVM deben designar a un solo depositario responsable de vigilar en general sus activos. Exigiendo que exista un solo depositario se garantiza que este disponga de una visión del conjunto de los activos del OICVM, y que tanto los gestores como los inversores del fondo tengan un único punto de referencia en caso de que surjan problemas en relación con la custodia de los activos o el ejercicio de las funciones de vigilancia. La custodia de activos incluye la tenencia de los activos bajo custodia o, cuando estos sean de tal naturaleza que no puedan mantenerse en custodia, la verificación de la propiedad de esos activos, y la llevanza de un registro de los mismos.
- (9) En el ejercicio de sus funciones, un depositario debe actuar con honestidad, equidad y profesionalidad, ser independiente y actuar teniendo en cuenta el interés del OICVM o de los inversores del OICVM.
- (10) En aras de un enfoque armonizado del ejercicio de las funciones de los depositarios en todos los Estados miembros, con independencia de la forma jurídica que adopten los OICVM, es necesario introducir una lista uniforme de las obligaciones de vigilancia que incumben a los OICVM, ya estén constituidos en sociedad (sociedades de inversión) o sean de naturaleza contractual.
- (11) El depositario debe responsabilizarse del adecuado control de los flujos de tesorería del OICVM y, en particular, de que el dinero de los inversores y el efectivo del OICVM se consignen correctamente en cuentas abiertas a nombre del OICVM o de la sociedad gestora que actúe por cuenta del OICVM, o a nombre del depositario que actúe por cuenta del OICVM. Por consiguiente, deben adoptarse disposiciones detalladas sobre el control del efectivo, a fin de garantizar niveles de protección del inversor eficaces y coherentes. Al asegurarse de que el dinero de los inversores se consigne en las cuentas de tesorería, el depositario debe tener en cuenta los principios enunciados en el artículo 16 de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva¹³.
- (12) De cara a evitar transferencias de efectivo fraudulentas, debe establecerse que ninguna cuenta de tesorería conexas a las operaciones del fondo pueda abrirse sin conocimiento del depositario.
- (13) Todo instrumento financiero custodiado por cuenta de un OICVM debe diferenciarse de los propios activos del depositario e identificarse, en todo momento, como perteneciente al OICVM; esta obligación debe dotar al inversor de un nivel adicional de protección en caso de hallarse el depositario en situación de impago.
- (14) Junto al deber de custodia de los activos pertenecientes al OICVM, procede distinguir entre los activos que pueden ser mantenidos en custodia y aquellos otros que no, en relación con los cuales debe llevarse un registro y verificarse la propiedad. Debe diferenciarse claramente el grupo de activos que pueden mantenerse en custodia, pues la obligación de restituir los activos perdidos solo debe aplicarse a esa categoría específica de activos financieros.

¹³ DO L 241 de 2.9.2006, p. 26.

- (15) Resulta necesario definir las condiciones en las que el depositario pueda delegar sus obligaciones de custodia en un tercero. Tanto la delegación como la subdelegación deben poder estar objetivamente justificadas y atenerse a requisitos estrictos sobre la idoneidad del tercero al que se confíe tal función, y sobre la competencia, el esmero y la diligencia que el depositario debe demostrar a la hora de seleccionar, nombrar y supervisar al tercero en cuestión. A fin de lograr condiciones de mercado uniformes y un mismo y elevado nivel de protección del inversor, esas condiciones deben concordar con las aplicables de acuerdo con 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) nº 1060/2009 y (UE) nº 1095/2010¹⁴. Deben adoptarse disposiciones destinadas a garantizar que los terceros dispongan de los medios necesarios para ejercer sus funciones y separen los activos de los OICVM.
- (16) Confiar la custodia de los activos al operador de un sistema de liquidación de valores a tenor de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores¹⁵, o confiar la prestación de servicios similares a sistemas de liquidación de valores de terceros países no debe considerarse delegación de las funciones de custodia.
- (17) Un tercero en quien se delegue la función de custodia de los activos debe poder llevar una cuenta «ómnibus», como cuenta separada común para múltiples OICVM.
- (18) Cuando se delegue la custodia en un tercero, debe garantizarse que este esté sujeto a requisitos específicos en cuanto a una regulación y supervisión prudencial efectivas. Además, para garantizar que los instrumentos financieros obren en poder del tercero en quien se haya delegado la custodia, deben realizarse auditorías externas periódicas.
- (19) A fin de que el inversor goce, en todo momento, de un elevado nivel de protección, deben adoptarse disposiciones en materia de conducta y de gestión de conflictos de intereses, que deben aplicarse en todas las situaciones, incluso en caso de delegación de las funciones de custodia. Esas disposiciones han de garantizar, en particular, una separación clara de las tareas y funciones del depositario, del OICVM y de la sociedad de gestión.
- (20) De cara a garantizar ese elevado nivel de protección del inversor y un nivel adecuado de regulación prudencial y supervisión permanente, es necesario establecer una lista exhaustiva de entidades aptas para actuar de depositario, autorizando solo a las entidades de crédito y las empresas de inversión a este respecto. Al efecto de que otras entidades anteriormente consideradas aptas, en su caso, para actuar de depositarios de fondos OICVM puedan convertirse en entidades aptas, deben establecerse disposiciones transitorias.
- (21) Resulta necesario especificar y clarificar la responsabilidad de los depositarios de OICVM en caso de pérdida de un instrumento financiero que mantengan en custodia. Si un instrumento financiero custodiado por un depositario se pierde, este debe restituir al OICVM un instrumento financiero de idénticas características, o bien la

¹⁴ DO L 174 de 1.7.2011, p. 1.

¹⁵ DO L 166 de 11.6.1998, p. 45.

cuantía correspondiente. No debe preverse ya ninguna exención de responsabilidad en caso de pérdida de activos, salvo cuando el depositario pueda demostrar que la pérdida se debe a «un acontecimiento externo que escape a un control razonable, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables pese a todos los esfuerzos razonables por evitarlas». En este sentido, un depositario no debe poder invocar determinadas situaciones internas, como un acto fraudulento por parte de un empleado, para eximirse de su responsabilidad.

- (22) Cuando el depositario delegue las tareas de custodia y se pierdan los instrumentos financieros mantenidos en custodia por un tercero, el depositario debe responder de ello. Asimismo, debe establecerse que, en caso de pérdida de un instrumento mantenido en custodia, el depositario debe entregar un instrumento financiero de idénticas características, o la cuantía correspondiente, aun cuando la pérdida se produzca en manos de un subcustodio. El depositario solo quedará exento de esa responsabilidad si puede demostrar que la pérdida se debe a un acontecimiento externo que escape a un control razonable y cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas. En este sentido, un depositario no debe poder invocar determinadas situaciones internas, como un acto fraudulento por parte de un empleado, para eximirse de su responsabilidad. No debe haber exención de responsabilidad, ya sea legal o contractual, en caso de que un depositario o subcustodio pierda activos.
- (23) Todo inversor en un fondo OICVM debe tener derecho a exigir la responsabilidad del depositario, ya sea directamente o indirectamente, a través de la sociedad de gestión. La reclamación contra el depositario no debe depender de la forma jurídica que adopte el fondo OICVM (societaria o contractual) o la naturaleza jurídica de la relación entre el depositario, la sociedad de gestión y los partícipes.
- (24) El 12 de julio de 2010, la Comisión propuso modificar la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores¹⁶. Es esencial complementar la propuesta del 12 de julio de 2010 aclarando las obligaciones y el alcance de la responsabilidad del depositario y los subcustodios de OICVM, a fin de ofrecer un elevado nivel de protección a los inversores de OICVM cuando el depositario no pueda cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la presente Directiva.
- (25) Es necesario garantizar que los depositarios estén sujetos a iguales normas sea cual sea la forma jurídica que adopte el OICVM. La coherencia en las normas se considera que aumentará la seguridad jurídica y la protección del inversor y contribuirá a crear condiciones de mercado uniformes. La Comisión no ha recibido ninguna notificación según la cual alguna sociedad de inversión se haya acogido a la excepción a la obligación general de confiar los activos a un depositario. Por ello, las disposiciones de la Directiva 2009/65/CE sobre el depositario de una sociedad de inversión deben considerarse superfluas.
- (26) De conformidad con la Comunicación de la Comisión «Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros»¹⁷, de 8 de diciembre de 2010, las autoridades competentes deben estar facultadas para imponer sanciones pecuniarias

¹⁶ DO L 84 de 26.3.1997, p. 22.

¹⁷ COM(2010) 716 final.

que sean lo suficientemente elevadas como para resultar disuasorias y proporcionadas, de modo que contrarresten los beneficios que se prevea obtener de conductas que infringen las normas.

- (27) A fin de que las sanciones se apliquen de manera coherente en los diferentes Estados miembros, a la hora de determinar el tipo de sanciones o medidas administrativas y el nivel de las sanciones pecuniarias administrativas, los Estados miembros deben velar por que las autoridades competentes tengan en cuenta todas las circunstancias pertinentes.
- (28) A fin de intensificar el efecto disuasorio sobre el público en general e informar a este de las infracciones de las normas que puedan ir en detrimento de la protección del inversor, las sanciones deben hacerse públicas, salvo en determinadas circunstancias muy específicas. En aras del cumplimiento del principio de proporcionalidad, las sanciones deben publicarse de forma anónima siempre que la publicación vaya a causar un perjuicio desproporcionado a las partes afectadas.
- (29) A fin de detectar posibles infracciones, conviene que las autoridades competentes posean las facultades de investigación necesarias y establezcan mecanismos eficaces que favorezcan la notificación de infracciones reales o potenciales.
- (30) La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones del Derecho de los Estados miembros en relación con los delitos y las sanciones penales.
- (31) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tal y como figuran consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- (32) Al objeto de garantizar el logro de los objetivos de la presente Directiva, la Comisión debe estar facultada para adoptar actos delegados, de acuerdo con el artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular, debe facultarse a la Comisión para adoptar actos delegados en los que se especifiquen las estipulaciones que deban figurar en el acuerdo normalizado entre el depositario y la sociedad de gestión o la sociedad de inversión, las condiciones para desempeñar las funciones de depositario, incluido el tipo de instrumentos financieros que deban incluirse en el ámbito de las obligaciones del depositario en materia de custodia, las condiciones en las que el depositario pueda ejercer sus obligaciones de custodia en relación con los instrumentos financieros registrados en un depositario central y las condiciones en las que el depositario deba custodiar los instrumentos financieros emitidos en forma nominativa y registrados ante un emisor o un registrador, las obligaciones del depositario en materia de diligencia, la obligación de separación, las condiciones y circunstancias en que los instrumentos financieros en custodia serán considerados perdidos, y lo que ha de considerarse acontecimiento externo que escapa a un control razonable y cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas. A la hora de preparar y elaborar los actos delegados, la Comisión debe velar por una transmisión simultánea, puntual y adecuada de los documentos pertinentes al Parlamento Europeo y al Consejo.

- (33) De conformidad con la Declaración política conjunta de los Estados miembros y de la Comisión sobre los documentos explicativos, de 28 de septiembre de 2011¹⁸, los Estados miembros se han comprometido a adjuntar a la notificación de sus medidas de transposición, cuando esté justificado, uno o varios documentos que expliquen la relación entre los elementos de una directiva y las partes correspondientes de los instrumentos nacionales de transposición. En lo que atañe a la presente Directiva, el legislador considera que la transmisión de tales documentos está justificada.
- (34) Los objetivos de las medidas a adoptar para mejorar la confianza de los inversores en los OICVM, mediante el refuerzo de los requisitos relativos a las obligaciones y la responsabilidad de los depositarios, las políticas de remuneración de las sociedades de gestión y las sociedades de inversión, así como mediante la elaboración de normas comunes en relación con las sanciones aplicables a las principales infracciones de lo dispuesto en la Directiva, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros actuando de manera independiente unos de otros. Solo la intervención a escala de la Unión Europea puede subsanar las deficiencias observadas y, por tanto, dichos objetivos pueden alcanzarse mejor a escala de la Unión, por lo que esta debe adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos.
- (35) Procede, por tanto, modificar en consecuencia la Directiva 2009/65/CE.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1

La Directiva 2009/65/CE queda modificada del siguiente modo:

- (1) Se insertan los artículos 14 *bis* y 14 *ter* siguientes:

«Artículo 14 *bis*

1. Los Estados miembros exigirán a las sociedades de gestión que establezcan y apliquen políticas y prácticas remunerativas que sean acordes con una gestión sana y eficaz del riesgo y propicien este tipo de gestión, y que no induzcan a asumir riesgos incompatibles con los perfiles de riesgo, el reglamento o los documentos constitutivos de los OICVM que gestionan.

2. Las políticas y prácticas remunerativas se referirán a los salarios y a los beneficios discrecionales de pensión.

3. Las políticas y prácticas remunerativas se aplicarán en relación con aquellas categorías de personal, incluidos los altos directivos, los responsables de asumir riesgos y los que ejercen funciones de control, y cualquier empleado que perciba una remuneración total que lo incluya en el mismo baremo salarial que el de los altos directivos y el personal que asume riesgos y cuyas actividades profesionales afecten

¹⁸ DO L 369 de 17.12.2011, p. 14.

significativamente a los perfiles de riesgo de las sociedades de gestión o los OICVM que gestionan.

4. De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo(*), la AEVM emitirá directrices dirigidas a las autoridades competentes que cumplan el artículo 14 *ter*. Las directrices tendrán en cuenta los principios en materia de solidez de las políticas de remuneración establecidos en la Recomendación 2009/384/CE de la Comisión(**), así como el tamaño de la sociedad de gestión y de los OICVM que gestiona, su organización interna y la naturaleza, el alcance y la complejidad de sus actividades. En el proceso de elaboración de las directrices, la AEVM cooperará estrechamente con la Autoridad Bancaria Europea (ABE), a fin de garantizar la coherencia con las disposiciones elaboradas para otros sectores de servicios financieros, en particular los de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

Artículo 14 *ter*

1. Al fijar y aplicar las políticas remunerativas a que se refiere el artículo 14 *bis*, las sociedades de gestión se atenderán a los principios que a continuación se indican, de manera, y en la medida, que resulte acorde con sus dimensiones, con su organización interna y con la naturaleza, el alcance y la complejidad de sus actividades:

- (a) la política remunerativa será acorde con una gestión sana y eficaz del riesgo, propiciará este tipo de gestión y no ofrecerá incentivos para asumir riesgos incompatibles con los perfiles de riesgo, el reglamento o los documentos constitutivos de los OICVM que gestionan;
- (b) la política remunerativa será compatible con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses de la sociedad de gestión y los OICVM que gestionan o de los inversores de estos, e incluirá medidas para evitar los conflictos de intereses;
- (c) el órgano de dirección de la sociedad de gestión, en su función supervisora, fijará los principios generales de la política remunerativa, los revisará periódicamente y será responsable de su aplicación;
- (d) al menos una vez al año se hará una evaluación interna central e independiente de la aplicación de la política de remuneración, al objeto de verificar si se cumplen las pautas y los procedimientos de remuneración adoptados por el órgano de dirección en su función supervisora;
- (e) los miembros del personal que participen en funciones de control serán remunerados en función de la consecución de los objetivos vinculados a sus funciones, con independencia de los resultados que arrojen las áreas de negocio por ellos controladas;
- (f) la remuneración de los altos directivos responsables de las funciones de gestión del riesgo y de cumplimiento estará supervisada directamente por el comité de remuneración;

- (g) cuando la remuneración esté vinculada a los resultados, su importe total se basará en una evaluación en la que se combinen los resultados de la persona y los de la unidad de negocio o el OICVM afectados y los resultados globales de la sociedad de gestión, y en la evaluación de los resultados individuales se atenderá tanto a criterios financieros como no financieros;
- (h) la evaluación de los resultados se llevará a cabo en un marco plurianual adecuado al ciclo de vida del OICVM gestionado por la sociedad de gestión, a fin de garantizar que el proceso de evaluación se base en los resultados a más largo plazo y que la liquidación efectiva de los componentes de la remuneración basados en los resultados se extienda a lo largo de un período que tenga en cuenta la política de reembolso del OICVM que gestiona y sus riesgos de inversión;
- (i) la remuneración variable solo podrá garantizarse en casos excepcionales, en el contexto de la contratación de nuevo personal y con carácter limitado al primer año;
- (j) en la remuneración total, los componentes fijos y los componentes variables estarán debidamente equilibrados, y el componente fijo constituirá una parte suficientemente elevada de la remuneración total, de modo que la política sobre los componentes variables de la remuneración pueda ser plenamente flexible, a tal punto que sea posible no pagar ningún componente variable de la remuneración;
- (k) los pagos por rescisión anticipada de un contrato se basarán en los resultados obtenidos en el transcurso del tiempo y se establecerán de forma que no recompensen los malos resultados;
- (l) en la medición de los resultados con vistas a calcular los componentes variables de la remuneración o conjuntos de componentes variables de la remuneración se incluirá un mecanismo completo de ajuste para integrar todos los tipos de riesgos corrientes y futuros;
- (m) a reserva de la estructura legal del OICVM y del reglamento del fondo o los documentos constitutivos, una parte sustancial, que será al menos el 50 % de cualquier remuneración variable, consistirá en participaciones del OICVM en cuestión, o intereses de propiedad equivalentes, o instrumentos vinculados a acciones, o instrumentos equivalentes distintos del efectivo, salvo si la gestión del OICVM representa menos del 50 % de la cartera total gestionada por la sociedad de gestión, en cuyo caso no se aplicará el mínimo del 50 %.

Los instrumentos a que se refiere la presente letra estarán sujetos a una política de retención apropiada destinada a alinear los incentivos con los intereses de la sociedad de gestión y los OICVM que gestiona y los inversores de los OICVM. Los Estados miembros o sus autoridades competentes podrán, si procede, imponer restricciones a los tipos y los diseños de esos instrumentos o prohibir determinados instrumentos. Esta letra será aplicable tanto a la parte del componente de remuneración

variable aplazada de conformidad con la letra n), como a la parte del componente de remuneración variable no aplazada;

- (n) una parte sustancial, que represente al menos el 40 % del componente de remuneración variable, se aplazará durante un periodo oportuno en función del ciclo de vida y de la política de reembolso del OICVM de que se trate y se adaptará adecuadamente a la naturaleza de los riesgos del OICVM de que se trate.

El período a que se refiere la presente letra será de entre tres y cinco años como mínimo, salvo si el ciclo de vida del OICVM en cuestión es más corto; la remuneración pagadera en régimen diferido se devengará como máximo a prorrata; en el caso de un componente de remuneración variable de una cuantía especialmente elevada, se diferirá como mínimo el 60 %;

- (o) la remuneración variable, incluida la parte aplazada, se pagará o devengará únicamente si resulta sostenible con arreglo a la situación financiera de la sociedad de gestión en su conjunto, y si se justifica con arreglo a los resultados de la unidad de negocio, del OICVM y de la persona de que se trate.

La remuneración variable total se contraerá generalmente de forma considerable cuando la sociedad de gestión o el OICVM obtengan unos resultados financieros mediocres o negativos, teniendo en cuenta la remuneración actual y la reducción de los pagos de los importes devengados anteriormente, incluso a través de disposiciones de penalización o recuperación;

- (p) la política de pensiones será compatible con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses a largo plazo de la sociedad de gestión y de los OICVM que gestiona.

Si el empleado abandona la sociedad de gestión antes de su jubilación, dicha sociedad retendrá en su poder los beneficios discrecionales de pensión por un período de cinco años, en forma de instrumentos como los definidos en la letra m). Si un empleado alcanza la edad de jubilación, se le abonarán los beneficios discrecionales de pensión en forma de instrumentos como los definidos en la letra m), sujetos a un periodo de retención de cinco años;

- (q) los miembros del personal se comprometerán a no hacer uso de estrategias de cobertura personal o de seguros sobre la remuneración y la responsabilidad con el fin de reducir los efectos de adecuación al riesgo inherentes a su régimen de remuneración;
- (r) la remuneración variable no se abonará mediante instrumentos o métodos que permitan eludir los requisitos que establece la presente Directiva.

2. Los principios indicados en el apartado 1 serán aplicables a cualquier tipo de remuneración que abonen las sociedades de gestión y a toda transferencia de participaciones o acciones de los OICVM en beneficio de aquellas categorías

de personal, incluidos los altos directivos, los responsables de asumir riesgos y los que ejercen funciones de control, y cualquier empleado que perciba una remuneración total que lo incluya en el mismo baremo salarial que los altos directivos y los responsables de asumir riesgos, cuyas actividades profesionales incidan de manera importante en su perfil de riesgo o en los perfiles de riesgo de los OICVM que gestionan.

3. Las sociedades de gestión importantes por razón de su tamaño o por el tamaño de los OICVM que gestionan, por su organización interna y por la naturaleza, alcance y complejidad de sus actividades, instituirán un comité de remuneraciones. Este comité se constituirá de manera que pueda evaluar con competencia e independencia las políticas y prácticas remunerativas y los incentivos establecidos para la gestión de riesgos.

El comité de remuneraciones se encargará de la preparación de las decisiones relativas a las remuneraciones, incluidas las que tengan repercusiones para el riesgo y la gestión de riesgos de la sociedad de gestión o del OICVM de que se trate y que deberá adoptar el órgano de dirección en su función supervisora. El comité de remuneraciones estará presidido por un miembro del órgano de dirección que no ejerza funciones ejecutivas en la sociedad de gestión de que se trate. Los miembros del comité de remuneraciones serán miembros del órgano de dirección que no ejerzan funciones ejecutivas en la sociedad de gestión de que se trate.

(*) DO L 331 de 15.12.2010, p. 12.

(**) DO L 120 de 15.5.2009, p. 22.».

(2) En el artículo 20, apartado 1, la letra a) se sustituye por el texto siguiente:

«a) el contrato escrito con el depositario a que se refiere el artículo 22, apartado 2; »

(3) El artículo 22 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 22

1. La sociedad de inversión y, para cada uno de los fondos comunes que gestione, la sociedad de gestión se asegurarán de que se designe un único depositario, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo.

2. El nombramiento del depositario se materializará mediante un contrato escrito.

El contrato regulará, entre otras cosas, el flujo de información que se considere necesario para permitir al depositario desempeñar sus funciones con respecto al OICVM del que haya sido nombrado depositario, tal como se establece en la presente Directiva y en otras disposiciones legales, reglamentarias o administrativas aplicables a los depositarios en el Estado miembro de origen del OICVM.

3. El depositario:

- (a) se asegurará de que la venta, la emisión, la recompra, el reembolso y la anulación de las participaciones del OICVM se realizan de conformidad con la legislación nacional aplicable y con el reglamento del fondo o los documentos constitutivos;
- (b) se asegurará de que el valor de las participaciones del OICVM se calcula de conformidad con la legislación nacional aplicable y el reglamento del fondo o los documentos constitutivos;
- (c) ejecutará las instrucciones de la sociedad de gestión o la sociedad de inversión, excepto si son contrarias a la legislación nacional aplicable o al reglamento del fondo o los documentos constitutivos;
- (d) se asegurará de que, en las operaciones relativas a los activos del OICVM, se le entrega al OICVM el contravalor en los plazos al uso;
- (e) se asegurará de que los ingresos del OICVM reciban el destino que establezca la legislación nacional aplicable y el reglamento del fondo o los documentos constitutivos.

4. El depositario garantizará que los flujos de tesorería del OICVM estén debidamente controlados y, en particular, que todos los pagos efectuados por los inversores o en su nombre en el momento de la suscripción de participaciones en el OICVM se hayan recibido y que todo el efectivo de los OICVM se haya consignado en cuentas de tesorería que reúnan las siguientes condiciones:

- (a) estén abiertas a nombre del OICVM o de la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM, o a nombre del depositario que actúe por cuenta del OICVM;
- (b) estén abiertas en una entidad de las contempladas en el artículo 18, apartado 1, letras a), b) y c), de la Directiva 2006/73/CE (*) de la Comisión, y
- (c) se mantengan con arreglo a los principios establecidos en el artículo 16 de la Directiva 2006/73/CE.

En caso de que las cuentas de tesorería se abran a nombre del depositario que actúe por cuenta del OICVM, no se consignará en dichas cuentas el efectivo de la entidad a que se refiere el párrafo primero, letra b), ni el efectivo del propio depositario.

5. Los activos del OICVM se confiarán al depositario para su custodia del modo siguiente:

- (a) En relación con los instrumentos financieros que se pueden tener en custodia, el depositario:
 - i) tendrá en custodia todos los instrumentos financieros que puedan consignarse en una cuenta de instrumentos financieros abierta en los libros del depositario y todos los instrumentos financieros que puedan entregarse físicamente al depositario;

- ii) garantizará que todos los instrumentos financieros que puedan consignarse en una cuenta de instrumentos financieros abierta en sus libros se consignen en los mismos en cuentas separadas, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 16 de la Directiva 2006/73/CE, abiertas a nombre del OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM, de modo que se puedan identificar claramente como pertenecientes al OICVM, de conformidad con la legislación aplicable, en todo momento.
- (b) En relación con otros activos, el depositario:
- i) comprobará si el OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta de este ostenta la propiedad de los activos, analizando para ello la información o los documentos facilitados por el OICVM o la sociedad de gestión y, en su caso, elementos externos de prueba;
 - ii) mantendrá un registro actualizado de los activos que considere que son propiedad del OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta de este.

6. Los Estados miembros velarán por que, en caso de insolvencia del depositario, los activos del OICVM que el depositario mantenga en custodia no puedan distribuirse a los acreedores del depositario, ni realizarse en beneficio de estos.

7. El depositario no delegará en terceros las funciones a que se refieren los apartados 3 y 4.

El depositario podrá delegar en terceros las funciones a que se refiere el apartado 5, siempre que:

- (a) no se deleguen dichas funciones con el fin de eludir el cumplimiento de los requisitos establecidos por la presente Directiva;
- (b) el depositario pueda demostrar que hay una razón objetiva para la delegación, y
- (c) el depositario haya actuado con toda la competencia, el esmero y la diligencia debidas en la selección y el nombramiento de todo tercero en que quiera delegar parte de sus funciones, y siga actuando con toda la competencia, el esmero y la diligencia debidas en la revisión periódica y la supervisión permanente de todo tercero en que haya delegado parte de sus funciones, y de las disposiciones tomadas por el tercero con respecto a las funciones que se hayan delegado en él.

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:

- (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;

- (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;
- (c) en relación con las funciones de custodia a que se refiere el apartado 5, letra a), esté sujeto a auditorías externas periódicas que permitan comprobar que los instrumentos financieros están en su posesión;
- (d) separe los activos de los clientes del depositario de los suyos propios y de los activos del depositario, de modo que se puedan identificar claramente en todo momento como pertenecientes a los clientes de un depositario concreto;
- (e) en caso de insolvencia del tercero, los activos de un OICVM que dicho tercero mantenga en custodia no puedan distribuirse a sus acreedores, ni realizarse en beneficio de estos;
- (f) respete las obligaciones y prohibiciones generales contempladas en el apartado 5 y el artículo 25.

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:

- (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;
- (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.

El tercero podrá, a su vez, subdelegar dichas funciones, siempre que se cumplan las mismas condiciones. En tal caso, se aplicará *mutatis mutandis* el artículo 24, apartado 2, a las partes pertinentes.

A efectos de los párrafos primero a quinto, la prestación de servicios a tenor de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo(**) por los sistemas de liquidación de valores designados a los efectos de la mencionada Directiva 98/26/CE, o la prestación de servicios similares por parte de sistemas de liquidación de valores de terceros países no se considerarán delegación de sus funciones de custodia.».

(*) DO L 241 de 2.9.2006, p. 26.

(**) DO L 166 de 11.6.1998, p. 45.».

(4) El artículo 23 queda modificado como sigue:

(a) El apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. El depositario será:

- (a) una entidad de crédito autorizada de conformidad con la Directiva 2006/48/CE;
- (b) una empresa de inversión sujeta a requisitos de adecuación del capital de conformidad con el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2006/49/CE, incluidos los requisitos de capital asociados a la cobertura de los riesgos operativos, y autorizada de conformidad con la Directiva 2004/39/CE, y que preste también el servicio auxiliar de administración y custodia de instrumentos financieros por cuenta de clientes que se contempla en el anexo I, sección B, punto 1), de la Directiva 2004/39/CE; en todo caso, dichas empresas de inversión deberán tener fondos propios equivalentes, como mínimo, al importe del capital inicial estipulado en el artículo 9 de la Directiva 2006/49/CE.

Las sociedades de inversión o las sociedades de gestión, por cuenta de los OICVM que gestionan, que, antes del [fecha: plazo de transposición previsto en el artículo 2, apartado 1, párrafo primero], hayan designado como depositario a una entidad que no reúna los requisitos establecidos en el presente apartado, designarán a un depositario que reúna tales requisitos antes del [fecha: un año a partir de que finalice el plazo previsto en el artículo 2, apartado 1, párrafo primero].».

(b) Se suprimen los apartados 3, 4, 5 y 6.

(5) El artículo 24 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 24

1. Los Estados miembros velarán por que el depositario responda ante el OICVM y los partícipes del OICVM de la pérdida, por parte del mismo o de un tercero en quien se haya delegado la función de custodia, de los instrumentos financieros custodiados con arreglo al artículo 22, apartado 5, letra a).

En caso de pérdida de los instrumentos financieros custodiados, los Estados miembros velarán por que el depositario restituya sin demora indebida al OICVM o la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM un instrumento financiero de idénticas características, o bien la cuantía correspondiente. El depositario no será responsable si puede probar que la pérdida se ha producido como resultado de un acontecimiento externo que escape a un control razonable y cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos por evitarlas.

Los Estados miembros velarán por que el depositario responda también ante el OICVM, y los inversores del OICVM, de cualquier otra pérdida sufrida como consecuencia de negligencia o incumplimiento intencionado de las obligaciones que le incumban en virtud de la presente Directiva.

2. La responsabilidad del depositario no se verá afectada por ninguna delegación de funciones que pueda efectuarse con arreglo al artículo 22, apartado 7.
3. La responsabilidad del depositario a que se refiere el apartado 1 no podrá excluirse o limitarse por acuerdo.
4. Todo acuerdo que contravenga lo dispuesto en el apartado 3 será nulo.
5. Los partícipes del OICVM podrán invocar la responsabilidad del depositario directamente o indirectamente a través de la sociedad de gestión.».

(6) En el artículo 25, el apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. La sociedad de gestión y el depositario, en el ejercicio de sus funciones respectivas, actuarán honesta, equitativa y profesionalmente, con independencia y en el interés del OICVM y de los inversores del OICVM.

Los depositarios no realizarán actividades que afecten al OICVM, o a la sociedad de gestión que actúe por cuenta del OICVM, que puedan generar conflictos de intereses entre el OICVM, los inversores del OICVM, la sociedad de gestión y el propio depositario, salvo si este último diferencia funcional y jerárquicamente el ejercicio de su tarea de depositario de sus restantes otras tareas que puedan ser fuente de conflicto, y si los posibles conflictos de intereses están adecuadamente identificados, gestionados y controlados, y se han dado a conocer a los inversores del OICVM.».

(7) El artículo 26 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 26

1. La legislación o el reglamento del fondo común de inversión definirán las condiciones de sustitución de la sociedad de gestión y del depositario y preverán normas que permitan garantizar la protección de los partícipes en el supuesto de tal sustitución.

2. La legislación o los documentos constitutivos de la sociedad de inversión definirán las condiciones de sustitución de la sociedad de gestión y del depositario y preverán normas que permitan garantizar la protección de los partícipes en el supuesto de tal sustitución.».

(8) Se insertan los siguientes artículos 26 *bis* y 26 *ter*:

«Artículo 26 *bis*

El depositario pondrá a disposición de sus autoridades competentes, las autoridades competentes del Estado miembro de origen de la sociedad de gestión y las autoridades competentes del Estado miembro de origen del OICVM, cuando las mismas así lo soliciten, toda la información que haya obtenido en el desempeño de sus funciones y que pueda resultar necesaria para que las autoridades competentes cumplan las funciones que les incumben en virtud de la presente Directiva.

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:
 - (a) las estipulaciones que deberán figurar en el contrato escrito a que se refiere el artículo 22, apartado 2;
 - (b) las condiciones para desempeñar las funciones de depositario de conformidad con el artículo 22, apartados 3, 4 y 5, en particular:
 - i) el tipo de instrumento financiero que deba incluirse en el ámbito de las obligaciones del depositario en materia de custodia, de conformidad con el artículo 22, apartado 5, letra a);
 - ii) las condiciones en las que el depositario pueda ejercer sus obligaciones de custodia en relación con instrumentos financieros registrados en un depositario central;
 - iii) las condiciones en las que el depositario deba custodiar los instrumentos financieros emitidos en forma nominativa y registrados ante un emisor o un registrador, de conformidad con el artículo 22, apartado 5, letra b);
 - (c) las obligaciones de diligencia del depositario previstas en el artículo 22, apartado 7, párrafo segundo, letra c);
 - (d) la obligación de separación prevista en el artículo 22, apartado 7, párrafo tercero, letra d);
 - (e) las condiciones y circunstancias en que los instrumentos financieros custodiados se considerarán perdidos a efectos del artículo 24;
 - (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.».
- (9) En el artículo 30, el párrafo primero se sustituye por el texto siguiente:

«Los artículos 13, 14, 14 *bis* y 14 *ter* se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las sociedades de inversión que no hayan designado una sociedad de gestión autorizada con arreglo a la presente Directiva.».
- (10) En el capítulo V, se suprime la sección 3.
- (11) En el artículo 69, apartado 3, se añade el párrafo segundo siguiente:

«El informe anual contendrá también:

 - (a) la cuantía total de la remuneración abonada por la sociedad de gestión y la sociedad de inversión a su personal, durante el ejercicio, desglosada en remuneración fija y variable, y el número de beneficiarios, y, cuando

proceda, las cantidades abonadas por el OICVM en concepto de participación en las plusvalías;

- (b) el importe agregado de la remuneración, desglosado entre altos directivos y empleados de la sociedad de gestión y, en su caso, de la sociedad de inversión, cuya actuación tenga una incidencia significativa en el perfil de riesgo del OICVM.

(12) El artículo 98 queda modificado como sigue:

- (a) En el apartado 2, la letra d) se sustituye por el texto siguiente:

«d) exigir los registros telefónicos y de tráfico de datos existentes, según se definen en el artículo 2, letra b), de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo(*), que obren en poder del OICVM, la sociedad de gestión, la sociedad de inversión o el depositario, cuando existan sospechas fundadas de que aquella de esa documentación que esté relacionada con el objeto de la inspección puede resultar pertinente para demostrar que el OICVM, la sociedad de gestión, la sociedad de inversión o el depositario han incumplido alguna de las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Directiva; no obstante, esos registros no afectarán al contenido de la comunicación a la que se refieran.».

(*) DO L 201 de 31.7.2002, p. 37.

- (b) Se añade el apartado 3 siguiente:

«3. Si la exigencia de los registros telefónicos y de tráfico de datos contemplada en el apartado 2, letra d), requiere la autorización de una autoridad judicial con arreglo a las disposiciones nacionales, se solicitará dicha autorización. Podrá solicitarse también dicha autorización como medida cautelar.».

(13) El artículo 99 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 99

1. Los Estados miembros dispondrán que sus autoridades competentes respectivas puedan imponer sanciones y medidas administrativas adecuadas en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo previsto en la presente Directiva, y tomarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones y medidas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Los Estados miembros velarán por que cuando se impongan obligaciones a los OICVM, las sociedades de gestión, las sociedades de inversión o los depositarios, en caso de infracción, puedan aplicarse sanciones o medidas a los miembros de su órgano de dirección y a las demás personas físicas responsables de la infracción con arreglo al Derecho nacional.

3. Se otorgarán a las autoridades competentes todas las facultades de investigación necesarias para el ejercicio de sus funciones. Al ejercer sus facultades sancionadoras, las autoridades competentes cooperarán estrechamente para garantizar que las sanciones o medidas ofrezcan los resultados deseados y coordinarán su actuación en los casos transfronterizos.».

(14) Se insertan los siguientes artículos 99 *bis*, 99 *ter*, 99 *quater*, 99 *quinqües* y 99 *sexies*:

«Artículo 99 *bis*

1. El presente artículo se aplicará en los siguientes casos:

- (a) cuando las actividades de OICVM se realicen sin autorización, infringiendo así el artículo 5;
- (b) cuando la actividad de una sociedad de gestión se realice sin autorización previa, infringiendo así el artículo 6;
- (c) cuando la actividad de una sociedad de inversión se realice sin autorización previa, infringiendo así el artículo 27;
- (d) cuando se adquiera, directa o indirectamente, una participación cualificada en una sociedad de gestión o se incremente tal participación cualificada en una sociedad de gestión, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior al 20 %, 30 % o 50 % o que la sociedad de gestión se convierta en filial (en lo sucesivo denominada la «adquisición prevista»), sin notificarlo por escrito a las autoridades competentes de la sociedad de gestión en la que se prevea adquirir o incrementar una participación cualificada, infringiendo así el artículo 11, apartado 1;
- (e) cuando se ceda, directa o indirectamente, una participación cualificada en una sociedad de gestión, o se reduzca la participación cualificada, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea inferior al 20 %, 30 % o 50 % o que la sociedad de gestión deje de ser filial, sin notificarlo por escrito a las autoridades competentes, infringiendo así el artículo 11, apartado 1;
- (f) cuando una sociedad de gestión haya obtenido la autorización por medio de falsas declaraciones o por cualquier otro medio irregular, infringiendo así el artículo 7, apartado 5, letra b);
- (g) cuando una sociedad de inversión haya obtenido la autorización por medio de falsas declaraciones o por cualquier otro medio irregular, infringiendo así el artículo 29, apartado 4, letra b);
- (h) cuando una sociedad de gestión, al tener conocimiento de una adquisición o cesión de participaciones en su capital cuyo resultado sea que se supere o deje de alcanzarse alguno de los umbrales mencionados en el artículo 11, apartado 10, de la Directiva 2004/39/CE, no informe de ello a las autoridades competentes, infringiendo así el artículo 11, apartado 1;

- (i) cuando una sociedad de gestión no comunique a las autoridades competentes, al menos una vez al año, la identidad de los accionistas y socios que posean participaciones cualificadas, así como la cuantía de dichas participaciones, infringiendo así el artículo 11, apartado 1;
- (j) cuando una sociedad de gestión no aplique los procedimientos y medidas exigidos por las disposiciones nacionales de aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a);
- (k) cuando una sociedad de gestión no cumpla los requisitos estructurales y organizativos exigidos por las disposiciones nacionales de aplicación del artículo 12, apartado 1, letra b);
- (l) cuando una sociedad de inversión no aplique los procedimientos y medidas exigidos por las disposiciones nacionales de aplicación del artículo 31;
- (m) cuando una sociedad de gestión o una sociedad de inversión no cumpla los requisitos conexos a la delegación de sus funciones en terceros, exigidos por las disposiciones nacionales de aplicación de los artículos 13 y 30;
- (n) cuando una sociedad de gestión o una sociedad de inversión no cumplan las normas de conducta exigidas por las disposiciones nacionales de aplicación de los artículos 14 y 30;
- (o) cuando un depositario no cumpla las funciones que le corresponden de conformidad con las disposiciones nacionales de aplicación del artículo 22, apartados 3 a 7;
- (p) cuando una sociedad de inversión y, para cada uno de los fondos comunes que administre, una sociedad de gestión, reiteradamente incumplan obligaciones relativas a las políticas de inversión de los OICVM establecidas por las disposiciones nacionales de aplicación del capítulo VII;
- (q) cuando una sociedad de gestión o una sociedad de inversión no utilicen un proceso de gestión de riesgos y un proceso para el cálculo preciso e independiente del valor de los derivados OTC con arreglo a las disposiciones nacionales de aplicación del artículo 51, apartado 1;
- (r) cuando una sociedad de inversión y, para cada uno de los fondos comunes que administre, una sociedad de gestión, reiteradamente incumplan las obligaciones relativas a la información que deba aportarse a los inversores establecidas por las disposiciones nacionales de aplicación de los artículos 68 a 82;
- (s) cuando una sociedad de gestión o una sociedad de inversión que comercialice participaciones de OICVM que gestiona en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen del OICVM incumpla el requisito de notificación establecido en el artículo 93, apartado 1.

2. Los Estados miembros velarán por que, en todos los casos a que se refiere el apartado 1, entre las sanciones y medidas administrativas aplicables se cuenten como mínimo las siguientes:

- (a) una declaración pública que indique la persona física o jurídica y la naturaleza de la infracción;
- (b) un requerimiento dirigido a la persona física o jurídica para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla;
- (c) cuando se trate de una sociedad de gestión o un OICVM, la revocación de la autorización de la sociedad de gestión o del OICVM;
- (d) la imposición de una prohibición temporal de ejercer funciones en esas sociedades a cualquier miembro del órgano de dirección de la sociedad de gestión o la sociedad de inversión o cualquier otra persona física que se considere responsable;
- (e) si se trata de una persona jurídica, la imposición de sanciones pecuniarias administrativas de hasta el 10 % de su volumen de negocios total anual en el ejercicio anterior; cuando la persona jurídica sea una filial de una empresa matriz, el volumen de negocios total anual pertinente será el volumen de negocios total anual resultante de las cuentas consolidadas de la empresa matriz última en el ejercicio anterior;
- (f) si se trata de una persona física, la imposición de sanciones pecuniarias administrativas de hasta 5 000 000 EUR, o, en los Estados miembros en los que el euro no es la moneda oficial, el valor correspondiente en la moneda nacional en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva;
- (g) la imposición de sanciones pecuniarias administrativas de hasta el doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas gracias a la infracción, en caso de que puedan determinarse.».

Artículo 99 *ter*

Los Estados miembros velarán por que toda sanción o medida que las autoridades competentes impongan por infracción de las disposiciones nacionales adoptadas para cumplir lo dispuesto en la presente Directiva se publique sin demora indebida, en particular la información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de las personas responsables de la misma, a menos que dicha publicación pudiera comprometer gravemente la estabilidad de los mercados financieros. Cuando la publicación pueda causar un daño desproporcionado a las partes implicadas, las autoridades competentes publicarán las medidas y sanciones de manera anónima.

Artículo 99 *quater*

1. Los Estados miembros velarán por que, a la hora de determinar el tipo de sanciones o medidas administrativas y el nivel de las sanciones pecuniarias administrativas, las autoridades competentes tengan en cuenta todas las circunstancias pertinentes, entre ellas:

- (a) la gravedad y duración de la infracción;
- (b) el grado de responsabilidad de la persona física o jurídica responsable;
- (c) la solidez financiera de la persona física o jurídica responsable, reflejada en el volumen de negocios total de la persona jurídica responsable o en los ingresos anuales de la persona física responsable;
- (d) la importancia de los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas por la persona física o jurídica responsable, en la medida en que puedan determinarse;
- (e) el nivel de cooperación de la persona física o jurídica responsable con la autoridad competente;
- (f) las infracciones anteriores de la persona física o jurídica responsable.

2. La AEVM emitirá directrices dirigidas a las autoridades competentes de conformidad con el artículo 16 del Reglamento (UE) n° 1093/2010 en relación con los tipos de medidas y sanciones administrativas y el nivel de las sanciones pecuniarias administrativas.

Artículo 99 *quinquies*

1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes establezcan mecanismos eficaces para alentar la notificación a las autoridades competentes de las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas para cumplir lo previsto en la presente Directiva.

2. Los mecanismos contemplados en el apartado 1 incluirán, como mínimo:

- (a) procedimientos específicos para la recepción de informes sobre infracciones y su seguimiento;[80030/11]
- (b) una protección adecuada de los empleados de las sociedades de inversión y las sociedades de gestión que denuncien infracciones cometidas en la sociedad;
- (c) la protección de los datos personales relativos tanto a las personas que denuncian infracciones como a la persona física presuntamente responsable de la infracción, de conformidad con los principios previstos en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo(*).

3. Los Estados miembros exigirán a las entidades que dispongan de procedimientos adecuados para que sus empleados puedan comunicar infracciones a nivel interno a través de un canal específico.

Artículo 99 *sexies*

1. Los Estados miembros facilitarán cada año a la AEVM información agregada relativa a las medidas o sanciones administrativas impuestas de conformidad con el artículo 99. La AEVM publicará esa información en un informe anual.

2. Cuando la autoridad competente haya divulgado públicamente una medida o sanción administrativa, notificará también esas medidas o sanciones a la AEVM. Cuando una medida o sanción administrativa publicada haga referencia a una sociedad de gestión, la AEVM añadirá una referencia a la medida o sanción publicada en la lista de sociedades de gestión establecida en virtud del artículo 6, apartado 1.

3. La AEVM elaborará proyectos de normas técnicas de ejecución con respecto a los procedimientos y formularios para la transmisión de la información contemplada en el presente artículo.

Se otorgan a la Comisión competencias para adoptar las normas técnicas de ejecución a que se refiere el párrafo primero de conformidad con el artículo 15 del Reglamento (UE) n° 1095/2010.

La AEVM presentará a la Comisión estos proyectos de normas técnicas de ejecución a más tardar el [insertar fecha].».

(*) DO L 281 de 23.11.1995, p. 31.».

(15) Se inserta el artículo 104 *bis* siguiente:

«Artículo 104 *bis*

1. Los Estados miembros deberán aplicar la Directiva 95/46/CE en el tratamiento de los datos de carácter personal que realicen en virtud de la presente Directiva.

2. En el tratamiento de los datos de carácter personal que la AEVM realice en virtud de la presente Directiva será de aplicación el Reglamento CE n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo(*).

(*) DO L 8 de 12.1.2001, p. 1.».

(16) En el artículo 112, el apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. Los poderes para adoptar los actos delegados a que se refieren los artículos 12, 14, 43, 51, 60, 61, 62, 64, 75, 78, 81, 95 y 111 se otorgan a la Comisión por un período de cuatro años a partir del 4 de enero de 2011. Los poderes para adoptar los actos delegados a que se refiere el artículo 50 *bis* se otorgan a la Comisión por un período de cuatro años a partir del 21 de julio de 2011. Los poderes para adoptar los actos delegados a que se refiere el artículo 26 *ter* se otorgan a la Comisión por un período de cuatro años a partir del [...]. La Comisión elaborará un informe sobre los poderes delegados a más tardar seis meses antes de que finalice el período de cuatro años. La delegación de poderes se prorrogará automáticamente por períodos de idéntica duración, excepto si el Parlamento Europeo o el Consejo la revocan con arreglo al artículo 112 *bis*.».

(17) En el artículo 112 *bis*, el apartado 1 se sustituye por el texto siguiente:

"1. La delegación de poderes a que se refieren los artículos 12, 14, 26 *ter*, 43, 50 *bis*, 51, 60, 61, 62, 64, 75, 78, 81, 95 y 111 podrá ser revocada en cualquier momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo.».

- (18) El anexo I se modifica con arreglo al anexo de la presente Directiva.

Artículo 2

1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el [...], las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a que se refiere el apartado 1 a partir del [...].

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 3

La presente Directiva entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 4

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el

Por el Parlamento Europeo
El Presidente

Por el Consejo
El Presidente

ANEXO

En el anexo I, el punto 2 del esquema A se sustituye por el texto siguiente:

«2. Información relativa al depositario:

2.1. Identidad del depositario del OICVM y descripción de sus funciones.

2.2. Descripción de toda posible función de custodia delegada por el depositario, identidad de la persona delegada y posibles conflictos de intereses a que pueda dar lugar esa delegación.».