

## Régimen legal del depositario bajo UCITS V

El pleno del Parlamento Europeo aprobó el 15 de abril de 2014 la Directiva UCITS V. Una vez que ésta entre en vigor, los Estados Miembros deberán transponerla en 18 meses.

UCITS V regula tres materias fundamentalmente: la política de remuneraciones de las sociedades gestoras, el régimen de sanciones y por último, el régimen legal de los depositarios el cual será el objeto de la presente nota.

Los principios inspiradores del nuevo régimen legal son los siguientes:

Cada UCITS nombrará a un único depositario con el que deberá firmar un contrato que regule el flujo de la información que el depositario necesita para cumplir con sus obligaciones.

Para evitar conflictos de interés no podrán ser depositarios las sociedades gestoras del UCITS. Bajo la Directiva 2011/61 relativa a gestores de fondos de inversión alternativos (AIFMD), además de las sociedades gestoras de fondos de inversión alternativos (FIAs), tampoco podrán ser depositarios los intermediarios principales salvo que cumplan con determinados requisitos.

La actuación del depositario se basará en los principios de honradez, equidad, profesionalidad, independencia y exclusivamente en interés del UCITS y deberá tener políticas para evitar conflictos de interés en su actuación.

### ¿Quiénes pueden ser depositarios?:

Podrán ser depositarios de UCITS las siguientes entidades:

- Bancos centrales nacionales.
- Entidades de crédito de la UE autorizadas bajo CRD IV.
- Otras entidades legales autorizadas por los Estados miembros para realizar las actividades de custodia bajo UCITS V que estén sujetas a los requisitos de capital, de regulación prudencial y supervisión permanente y que cumpla con los determinados requisitos (entre otros, contar con una infraestructura adecuada, con procedimientos contables, administrativos, de control internos, valoración de riesgos e informáticos y llevanza de los registros pertinentes).

A diferencia de la AIFMD, UCITS V añade como depositarios a los bancos centrales nacionales pero no recoge a las empresas de servicios de inversión, que sí pueden ser depositarios para FIAs bajo la AIFMD.

### Funciones del Depositario

UCITS V recoge tres funciones principales del depositario:

#### 1. Custodia de instrumentos financieros y activos del UCITS

- **Instrumentos financieros:** El depositario mantendrá la custodia de los instrumentos financieros que se puedan consignar en una cuenta abierta en el depositario (en cuyo caso la cuenta estará separada de modo que se pueda identificar que pertenecen al UCITS en todo momento), y de los instrumentos financieros que se entreguen físicamente al depositario. En relación con otros activos, el depositario comprobará que los activos son propiedad del UCITS, o de la sociedad gestora actuando por cuenta del UCITS y mantendrá un registro actualizado que demuestre dicha propiedad. Para ello se basará en la información que le de el UCITS o la sociedad gestora y en otros elementos externos de prueba. El depositario entregará a la sociedad gestora regularmente un inventario con todos los activos del UCITS.
- **Reutilización:** A diferencia de la AIFMD, UCITS V limita el régimen de reutilización de activos. El término "reutilización" incluye cualquier operación con los activos dados en custodia incluyendo, entre otros, transferencias, prendas, ventas y préstamos. Como principio general, los activos

datos en custodia no podrán ser reutilizados por el depositario o un tercero al que se haya delegado la función de custodia. Como excepción, los activos podrán ser reutilizados por el depositario únicamente si (i) la reutilización es por cuenta de UCITS, (ii) siguiendo las instrucciones de la sociedad gestora en nombre del UCITS, (iii) es en beneficio del UCITS y de los partícipes, y (iv) la operación se garantiza mediante la recepción por parte del UCITS de colateral de elevada calidad y liquidez bajo un contrato de cesión en garantía. En este caso, el valor de mercado del colateral tiene que ser en todo momento igual al valor de mercado de los activos reutilizados más un margen.

- **Insolvencia:** Los Estados Miembros se asegurarán de que en caso de insolvencia del depositario y/o de un tercero localizado en la Unión Europea en el que se haya delegado la custodia, los activos no estén disponibles para su reparto o realización en beneficio de los acreedores de tal depositario y/o tercero.

### 2. Garantizar los flujos de tesorería y consignarlos en una cuenta

El depositario debe garantizar que los flujos de tesorería del UCITS estén controlados y en particular se asegurará de que todos los pagos hechos por o en nombre de los inversores para la suscripción de las participaciones del UCITS han sido recibidos, y que todo el efectivo esté en una cuenta de tesorería abierta a nombre (i) del UCITS; o (ii) de la sociedad gestora actuando por cuenta del UCITS, o (iii) del depositario que actúe en nombre del UCITS; o (iv) o en otra entidad de las reguladas en el art 18.(1) (a), (b), y (c), de MiFID (Banco Central, entidad de crédito europea o de un tercer país) que cumplan con los principios de protección de activos recogidos en el artículo 16 de MiFID. Si las cuentas de efectivo se abren a nombre del depositario actuando en nombre del UCITS, no se consignará en dichas cuentas ni el efectivo de la entidad ni el del propio depositario.

### 3. Vigilancia y Supervisión

El depositario se asegurará de que la venta, emisión, recompra, reembolso y cancelación de las participaciones del UCITS y el cálculo del NAV, se realizan de conformidad con la legislación nacional aplicable y con el reglamento o documentos constitutivos del UCITS. Asimismo, ejecutará las instrucciones de la sociedad gestora salvo si son contrarias a la legislación nacional aplicable o al

reglamento o documentos constitutivos del UCITS. Por último, el depositario se asegurará de que en las operaciones relativas a activos, el UCITS recibe el contravalor en los plazos al uso y que los resultados del UCITS reciben el destino que establezca la legislación nacional aplicable, el reglamento del UCITS o los documentos de constitución.

### Delegación de funciones en un tercero

Bajo UCITS V al igual que bajo la AIFMD, la única función que se puede delegar en un tercero es la función de custodia. Dicha delegación está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos, que están en la misma línea que los exigidos por la AIFMD:

- a. no se podrán delegar funciones con el fin de eludir el cumplimiento de la Directiva UCITS V;
  - b. existirá una razón objetiva para delegación;
  - c. el depositario deberá actuar con diligencia en el nombramiento y selección del tercero, y lo supervise permanentemente; y
  - d. el depositario garantizará que el tercero:
    - i. tiene estructuras y conocimientos adecuados a la complejidad de los activos del UCITS o de la sociedad gestora que actúe por cuenta del UCITS;
    - ii. en la custodia de instrumentos financieros, el tercero está sujeto a una regulación y supervisión efectivas, incluido un capital mínimo obligatorio y a auditorías periódicas externas que permitan comprobar que estos instrumentos financieros están en su posesión;
- Si la legislación de un tercer país exige que ciertos instrumentos financieros se mantengan en custodia en una entidad local, se podrá delegar en dicha entidad local aunque no cumpla con estos requisitos, siempre que no haya una entidad que los cumpla y que se informe a los inversores del UCITS antes de la inversión de que la delegación se hace por exigencia legal, de las circunstancias que justifican la delegación y de los riesgos derivados de la misma y que el UCITS o su sociedad gestora encargue al depositario dicha delegación en este tipo de entidad local.
- iii. separe los activos de los clientes de los suyos propios para que sean fácilmente identificables;

- iv. tome las medidas necesarias para asegurar que en el caso de insolvencia del tercero los activos del UCITS mantenidos por dicho tercero no se distribuirán ni venderán en beneficio de los acreedores del tercero;
- v. cumple con las obligaciones y prohibiciones del artículo 22 apartados 2, 5 y 7 (existencia de un contrato escrito, custodia de instrumentos financieros y otros activos y reutilización) y del artículo 25 (principios de honradez, equidad, profesionalidad, independencia, etc.).

El tercero podrá a su vez subdelegar en otro tercero siempre que se cumplan las mismas condiciones. Por último UCITS V aclara que la prestación de servicios por los sistemas de liquidación de valores no se considerará delegación de las funciones de custodia.

### **Responsabilidad del Depositario**

El régimen de responsabilidad previsto en UCITS V difiere del señalado en la AIFMD toda vez que impone un régimen más estricto a los gestores de UCITS que a los de FIAs, no permitiéndoles la exención de responsabilidad en el supuesto de pérdida de activos por el tercero aunque prueben que delegaron correctamente, ni la transferencia de responsabilidad a dichos terceros contractualmente.

Bajo UCITS V el depositario responde ante el UCITS de la pérdida, por parte del mismo o del tercero, de los instrumentos financieros, obligándose a devolver sin demora al UCITS/sociedad gestora un instrumento financiero idéntico o la cuantía correspondiente.

Asimismo, el depositario también responderá ante el UCITS y sus inversores de las pérdidas sufridas por los mismos como consecuencia del incumplimiento doloso o negligente de sus obligaciones bajo la Directiva UCITS V.

Esta responsabilidad no se verá afectada por la delegación realizada a un tercero y no podrá ser excluida o limitada por contrato. Cualquier contrato que contravenga este principio será nulo.

Los inversores podrán reclamar responsabilidad al depositario bien directa o indirectamente a través de la sociedad gestora siempre que ello no implique una duplicación de la compensación o un trato desigual para los partícipes del UCITS.

El único supuesto en el que el depositario podría quedar exento de responsabilidad es si puede probar que la pérdida se ha producido por un acontecimiento externo que escape al control razonable, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables.

## Contactos

### **Clifford Chance Madrid**

Paseo de la Castellana, 110  
28046 – Madrid  
Tel.: +34 91 590 75 00

### **Natalia López Condado**

*Counsel, Banking & Finance*  
[natalia.lopez@cliffordchance.com](mailto:natalia.lopez@cliffordchance.com)

### **Cristina Armada**

*Lawyer, Banking & Finance*  
[cristina.armada@cliffordchance.com](mailto:cristina.armada@cliffordchance.com)

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain  
© Clifford Chance 2014  
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta\* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\*Linda Widyati & Partners en asociación con Clifford Chance.

21751-3-17028-v5.0

ES-0030