

INFORME DEL COMITÉ CONSULTIVO DE LA CNMV AL PROYECTO DE CIRCULAR DE LA CNMV DE MODIFICACIÓN DE LAS CIRCULARES 1/2021, 1/2010, 5/2009 Y 1/2018

1.- Acerca de la Circular sometida a Audiencia Pública.

La CNMV, somete a Audiencia Pública un proyecto de Circular a través de la cual se modifican varias circulares de la CNMV, en concreto:

-Circular 1/2021 de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales y estados financieros de las Empresas de Servicios de Inversión y sus grupos consolidables, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de tipo cerrado.

- Circular 1/2010, de 28 de julio, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión.

- Circular 5/2009 de 25 de noviembre que regula el Informe Anual del Auditor sobre Protección de Activos de Clientes.

-Circular 1/2018, de 12 de marzo, sobre advertencias relativas a instrumentos financieros.

Las principales modificaciones en relación con la Circular 1/2021 se refieren a la incorporación al ámbito de aplicación de dicha Circular de los Proveedores de Servicios de Criptoactivos y las Empresas de Asesoramiento Nacionales (EAFN) que sean personas jurídicas.

También se modifican los desgloses de algunos modelos reservados y se eliminan alguno de ellos, entre los que se encuentra la eliminación de los Estados en que las Entidades Adheridas al Fondo General de Garantía de Inversiones (FOGAIN) remiten a CNMV para el cálculo de las aportaciones a este Fondo.

Se establece un nuevo Estado referido a la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Con respecto a la Circular 1/2010, se establece un modelo de estado reservado para que los proveedores de servicios de criptoactivos y en relación con los estados reservados se incorporan a los mismos las actividades sobre criptoactivos.

Respecto de la Circular 5/2009 de 25 de noviembre, se amplía el ámbito de aplicación de la revisión, que deben realizar los auditores de las entidades sujetas a esta Circular de determinadas las actividades- custodia y administración y gestión de carteras-

sobre criptoactivos. Y, de igual forma, se prevé que se pueda pedir dicho informe a los proveedores de servicios de criptoactivos.

-Por lo que respecta a la Circular 1/2018 se incorpora la obligación de proveer determinada información a los clientes también respecto de los depósitos estructurados y respecto de determinadas operativas con renta fija.

2.- Comentarios de carácter general.

El Comité Consultivo considera que las modificaciones que se plantean tienen un fundamento claro y como tal, en principio la valoración del Proyecto es positiva.

Por lo que respecta a la eliminación de los Estados con datos para el cálculo de la aportación anual al Fondo General de Garantía de Inversiones, (FOGAIN) - que las entidades deben remitir a la CNMV, hoy contenidos en la Circular 1/2021 - el Comité considera que, siendo este un tema relevante para el adecuado funcionamiento y financiación del sistema de garantía de inversiones establecido por el legislador, se debería establecer normativamente un sistema adecuado y eficiente, para garantizar que la información necesaria y correcta llega al gestor del Fondo en términos de igualdad entre sus entidades adheridas, permitiendo un marco normativo robusto y específico en esta materia.

3.- Comentarios concretos.

Adicionalmente a lo anterior, el Comité quiere realizar los siguientes comentarios concretos a las modificaciones propuestas:

-Circular 1/2021:

Respecto del Nuevo Estado de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el Comité quiere poner de manifiesto dudas acerca de la oportunidad de crear el nuevo estado reservado de PBCyFT para las entidades afectadas por este Proyecto de Circular, dado que significa unas exigencias de reporte superiores incluso a las que requiere el SEPBLAC, la Unidad de Inteligencia Financiera en España, para entidades con mayor perfil de riesgo.

Así, este Estado puede crear una situación de desigualdad, al menos en comparación con las obligaciones de reporting que tienen otros sujetos obligados de carácter financiero, ya que este nuevo reporte supone una carga administrativa adicional, siendo así que se debería intentar aligerar la carga que las entidades soportan en este sentido.

Este desequilibrio no se produciría para los PSC dado que su riesgo de PBCyFT sí se reconoce mayor por las propias autoridades mencionadas.

En concreto, en relación con los PSC, sujetos con potencialmente mayor riesgo de PBC/FT como se ha mencionado, en la redacción actual del borrador de Circular, el estado reservado solo debe prepararse por estos actores si la CNMV se lo requiere previamente, lo que supone un trato diferente y potencialmente más ligero que el del resto de entidades sujetas a la Circular.

Sería oportuno aclarar este aspecto en la redacción final de la Circular.

Adicionalmente, el Comité entiende que este Nuevo Estado debe adaptarse a la operativa propia de las entidades, a su estructura de grupo y a su acceso o no, a la necesaria información para su cumplimentación.

Así por lo que respecta a la SGIIC:

-Las SGIIC son sujeto obligado de la normativa de prevención de blanqueo de capitales (art 2 LPBC). Sin embargo, el artículo 8 LPBC¹ (y el correlativo desarrollo reglamentario del art 13 RPBC²) les permite descansar en un tercero para la aplicación de las medidas de diligencia debida, siempre que dicho tercero sea a su vez un sujeto obligado de la LPBC o de una legislación equivalente. Todo ello, sin perjuicio de que las SGIIC como sujeto obligado, mantengan la responsabilidad por el cumplimiento de la normativa de PBC/FT.

Conforme a este marco normativo aquellas SGIIC que no realizan directamente (o por medio de agentes) la comercialización de sus Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) recurren al distribuidor, que es una entidad autorizada y a su vez sujeto obligado de la normativa de PBC/FT, para que sea quien efectúe las medidas de diligencia debida respecto del cliente (partícipe de la IIC). Dado que el distribuidor es el que tiene la relación directa con el cliente, es el único que tiene la información para poder asignarle el nivel de riesgo. El distribuidor traslada a la SGIIC el resultado de la aplicación de las citadas medidas, esto es, si el cliente tras el análisis realizado por el distribuidor es apto para establecer una relación de negocio/realizar una operación (suscripción/reembolso de IIC), pero no le remite el riesgo asignado a ese cliente u otros detalles del análisis realizado.

La SGIIC a su vez aplica las medidas de diligencia debida respecto del distribuidor (incluyendo una asignación de nivel de riesgo al propio distribuidor) con carácter previo a su admisión como canal de distribución, y durante la relación de negocio con este.

¹ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

² Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

-Por otro lado, respecto de aquellas SGIIC que forman parte de un grupo bancario, tal y como recoge la normativa (art. 36 RFPF), los procedimientos y medidas de control interno se establecen a nivel de grupo. En estos casos, la entidad matriz suele ser una entidad bancaria, que es la que aplica todas las medidas de diligencia debida respecto de los clientes, dado que en la mayoría de los casos es la entidad que comercializa y mantiene la relación directa con los clientes.

Con carácter adicional a la aplicación de las medidas de diligencia debida respecto del distribuidor, la SGIIC aplica medidas de diligencia debida a sus clientes directos que serían, por ejemplo, (i) en el caso de que preste el servicio de gestión discrecional de carteras, los clientes de este servicio y (ii) los inversores que invierten por iniciativa propia en las IIC sin mediar la labor de distribución de un comercializador (normalmente los inversores institucionales, aunque puede darse el caso, poco frecuente, de algún cliente persona física).

-Por último, es preciso tener en cuenta el caso particular de las SICAV que se negocien en el antiguo MAB, actualmente el BME MTF Equity, en el segmento de IIC, y que el cliente haya suscrito desde una entidad con la que la SGIIC no tenga contrato de comercialización, ya que para este tipo de IICs el accionista puede solicitar la suscripción mediante una orden de compra de acciones de una SICAV a través de cualquier intermediario financiero que transmita órdenes al BME MTF Equity segmento de IIC, , y adicionalmente, en muchos de los casos existen entidades financieras distintas de la propia SGIIC que son las encargadas de llevar el libro registro de accionistas de las SICAVs. En este supuesto obtener la información solicitada en el anexo referida clientes (apartados B, C y D) resultaría muy complejo para la SGIIC.

-Si se traslada la operativa explicada en los párrafos anteriores al nuevo estado BCFT1 sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, los apartados B, C, y D referidos a información sobre riesgo de clientes, sólo se podrían cumplimentar por las SGIIC que comercializan directamente sus IIC y para el resto de SGIIC, esto es, las que comercializan sus IIC a través de distribuidores, sólo respecto a los clientes directos ya mencionados.

En el caso en que las SGIIC tuvieran que cumplimentar el nuevo estado con la información de clientes canalizados a través del distribuidor, tendrían que solicitar dicha información al distribuidor, lo que (i) sería de poca utilidad (no serviría de contraste, dado que se replicaría la información que ya tiene el distribuidor) y por ello resulta más eficiente solicitarla directamente al distribuidor y (ii) sería muy complicado para la SGIIC obtenerla, dado que el distribuidor, sobre todo en los casos en que sea una entidad competidora, será reticente a proporcionar información sobre sus clientes, salvo la ya mencionada del resultado del análisis realizado.

Así, es preciso tener en cuenta que los distribuidores, en tanto que entidades financieras, ya reportan la información solicitada en el nuevo Anexo al Banco de España y al SEPBLAC³. Por tanto, si se obligara a reportar esta información a las SGIIC, las SGIIC deberían establecer procedimientos y desarrollos informáticos para que los distribuidores les puedan trasladar parte de esta información con carácter anual, siendo de ningún valor añadido la información comunicada por las SGIIC al duplicarse respecto de la del distribuidor, y ser el nivel de riesgo asignado a estos clientes el asignado por los distribuidores, que ya incluyen la información de sus clientes en sus modelos de información al Banco de España y al SEPBLAC.

-En el caso de los apartados F y H la reflexión es la misma que para los apartados B, C, y D, en lo referido al riesgo de clientes, si bien las SGIIC que no comercializan directamente sus IIC sí podrían cumplimentar algunos epígrafes de los mismos:

- En el caso del apartado F, se podría incluir alguna alerta adicional/distinta a las que aplica el distribuidor o la matriz del grupo, que aplique la propia SGIIC respecto de sus clientes (tanto directos, como los que acceden a las IIC a través de un distribuidor). Así, por ejemplo, aunque la SGIIC no aplique directamente las medidas de diligencia debida sobre los clientes que canaliza del distribuidor, sí pueden existir alertas (las alertas derivadas de oficios judiciales, la UCO, o alertas basadas en información que sobre los clientes tiene el propio grupo, en el caso de SGIIC que pertenecen a grupo bancario) que se apliquen a todos los clientes. Estas alertas serán poco relevantes cuantitativamente.
- En el caso del apartado H, las SGIIC pertenecientes a un grupo tendrían que consignar las medidas de control existentes a nivel de grupo.

-Adicionalmente, respecto del apartado E referido a ingresos y retiradas de dinero, dado que las SGIIC no pueden tener cuentas de efectivo de clientes, y toda la operativa de suscripciones y reembolsos se canaliza a través de la entidad depositaria, en principio cabe interpretar que este apartado no aplicaría a las SGIIC. Si este es el caso, se debería establecer de manera expresa en la Circular. Si no es así y se aplica a las SGIIC se debería aclarar en qué términos aplica.

-Por último, respecto del apartado A es preciso tener en cuenta que las SGIIC que pertenecen a un grupo, tienen la obligación legal (artículo 36 RFPF) de establecer políticas y procedimientos a nivel de grupo, por lo que el OCI (órgano de control interno) se establece a nivel de grupo, y también tienen la obligación de designar un representante ante el SEPBLAC a nivel de grupo (artículo 26 ter LPBC), que suele ser un empleado de la entidad de crédito (matriz del grupo), no de la SGIIC. Por ello, en este

³ Todos los años el SEPBLAC solicita a las entidades bancarias una plantilla que les envía en Excel (denominado "requerimiento estructural de información") que recoge información de indicadores de clientes y otro tipo de información relativa a PBCFT de las entidades financieras, y en la que ya está incluida toda la información sobre PBCFT que nos piden en el nuevo modelo de información sobre PBCFT a las SGIIC

caso, las SGIIC que pertenecen a un grupo cumplimentarían el citado apartado A con referencia a la actividad del grupo, no de la SGIIC.

-Por todo lo anterior, se propone que se aclaren, bien en el texto de la Circular o mediante nota informativa en el anexo los siguientes aspectos:

- (i) Que los apartados B, C y D se han de cumplimentar (i) por las SGIIC que comercializan directamente sus IIC (o por medio de agentes) y (ii) para el resto de SGIIC, sólo respecto de sus clientes directos (clientes de servicio de gestión discrecional de carteras, en el caso en que se preste dicho servicio o clientes que invierten por su propia iniciativa sin que exista una labor de comercialización previa). Asimismo, establecer que no se aplican a los clientes de las SICAVs admitidas a negociación en el segmento de IIC de BME MTF Equity gestionadas por la SGIIC.
- (ii) Que el apartado F se cumplimentará sólo respecto de aquellas alertas, exámenes y comunicaciones que realicen directamente las SGIIC.
- (iii) Que el apartado H, en el epígrafe tipos de cliente, se refiere a clientes directos de la SGIIC en el sentido mencionado en el apartado (i) y que las SGIIC pertenecientes a un grupo consignarán las medidas de control existentes a nivel de grupo.
- (iv) Que se aclare que el apartado E no se aplica a las SGIIC o, en caso contrario, en qué términos se les aplica, teniendo en cuenta que las SGIIC no tienen cuentas de efectivo de clientes y
- (v) Que en el caso del apartado A, las SGIIC que pertenecen a un grupo darán la información a nivel de grupo.

-Circular 1/2010:

En relación con el Estado T12 de esta Circular, debería dejarse claro el régimen de los Derivados y si se deben netear los saldos por Tipo de instrumento, Vencimiento y Divisa, régimen actual, ya que el nuevo campo a incorporar en el T12, en la parte de derivados, denominado "*Sentido comprador (C) o vendedor (V)*", pudiese dar a entender que ya no se admite dicho neteo.

En cuanto al nuevo campo del estado T2, tabla A "Resto de servicios y actividades del mercado de valores", se plantea la duda de si se van a definir qué servicios y actividades incluye este nuevo apartado.

-Circular 1/2018:

-En relación con el nuevo apartado 1(d) de la Noma Cuarta de la Circular 1/2018, la inclusión de los depósitos estructurados en las advertencias de diferencias significativas respecto a su valoración actual, supone un requisito adicional de información para este tipo de instrumentos, con respecto a los ya previstos en el artículo 24 de MIFID II y en la versión actualmente vigente de dicha circular.

A este respecto el subapartado 12 del artículo 24 de MIFID II, establece que para imponer nuevos requisitos de información la CNMV deberá notificarlos a la Comisión Europea, al menos dos meses antes de su entrada en vigor. Además, la Comisión Europea deberá emitir un dictamen sobre la proporcionalidad y la justificación de los requisitos adicionales en relación con la protección del inversor o la integridad de mercado, en un plazo de dos meses a partir de su notificación y hacer públicos en su web, los nuevos requisitos.

Este procedimiento de notificación ya fue seguido por la CNMV en relación con la versión actualmente en vigor de la Circular 1/2018, mediante la notificación a la Comisión Europea, de 14 de Mayo de 2018, con el fin de imponer requisitos de información adicionales para valores de renta fija, warrants, derivados OTC, contratos financieros y otros instrumentos previstos en la circular.

Entendemos que dado el literal del artículo 24.12 de MIFID II y por coherencia con el criterio ya seguido por la CNMV a la hora de imponer nuevos requisitos de información mediante la actual Circular 1/2018, es preceptiva la notificación a la Comisión Europea y su dictamen positivo, antes de imponer estos requisitos en la contratación de depósitos estructurados con minoristas.

-En relación con el apartado 1(a) de la Noma Cuarta de la Circular 1/2018, el Comité plantea que no es adecuada la propuesta de sujetar los servicios de ejecución de órdenes sobre valores de renta fija, warrants y otros instrumentos similares, a las advertencias sobre diferencias significativas de valor.

De acuerdo con el actual considerando III de la Circular 1/2018, la finalidad de las advertencias sobre diferencias significativas de valor, es ser transparentes con los clientes minoristas, sobre valor actual en el momento de adquisición de ciertos instrumentos y sobre los costes y gastos que incorporan ciertos tipos de productos.

Esto puede tener sentido en la negociación por cuenta propia de valores de renta fija, derivados OTC, contratos financieros y otros instrumentos, en la que el cliente minorista no tiene conocimientos suficientes para determinar si el valor actual que la entidad asigna a dicho instrumento y las comisiones aplicadas, están alineadas con los precios de mercado de dicho instrumento, aunque la entidad tenga igualmente ciertas obligaciones de comprobación de equidad del precio de acuerdo con el artículo 64.4 del Reglamento Delegado UE 565/2017

Sin embargo, al ejecutar órdenes en mercados regulados y sistemas multilaterales, es en el mercado o sistema y no por parte de la entidad que presta el servicio de ejecución, donde se forma el valor actual del instrumento, por la concurrencia de ofertas de compra y venta en un proceso competitivo y transparente. Es decir, La entidad no interviene en el proceso de formación de precio dado que no es parte en la compraventa del título, sino que ejecuta la orden como agente del cliente, al precio formado en el mercado.

-Adicionalmente, cuando una entidad presta un servicio de ejecución de órdenes a clientes minoristas, está obligada a obtener el mejor resultado posible en términos de consideración total, de acuerdo con el artículo 27.1 de MIFID II. Esto es, considerando el precio de ejecución real del instrumento en los distintos centros disponibles y todos los gastos contraídos por el cliente (tasas del centro, tasas de compensación y liquidación, etc). Por lo tanto, cabe interpretar que dichas tasas impuestas, entre otros, por los centros de ejecución y los sistemas de compensación y liquidación, forman parte intrínseca del valor actual de una orden ejecutada para un cliente minorista y que la única comisión realmente determinada y aplicada por la entidad que presta el servicio, es la comisión de ejecución previamente revelada, que el cliente puede comparar fácilmente entre distintas entidades al estar publicadas en sus respectivas páginas web. Por ello, una advertencia de la diferencia de valor entre el valor actual del instrumento y el total de comisiones aplicadas, incluidas las de los centros de ejecución, compensación y liquidación, tal y como se deduce del texto de la circular, podría ser engañoso para el cliente, induciéndole a pensar que estas comisiones son calculadas e incluso retenidas por la entidad.

-Por ultimo, las referencias que se realizan en la Norma Cuarta de esta Circular a la Ley de Mercado de Valores aprobada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, deberían realizarse a la Ley 6/2023, del 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.