



Asesoramiento técnico de ESMA a la Comisión Europea sobre la aplicación de sanciones administrativas y penales en el marco de MiFID II/MiFIR. Boletín Internacional de junio de 2021.

ESMA ha publicado un informe final con el asesoramiento técnico a la Comisión Europea (CE) sobre la aplicación de sanciones administrativas y penales de la Directiva 2014/65/UE (MiFID II) y el Reglamento (UE) 600/2014 (MiFIR) relativos a los mercados de instrumentos financieros. El informe ha sido publicado en la web de ESMA y enviado a la CE el 3 de marzo.

El artículo (art.) 90.1.e) MiFID II señala que la CE, previa consulta a ESMA, presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de sanciones administrativas y penales y, en particular, sobre la necesidad de una mayor armonización de las sanciones administrativas previstas para las infracciones de los requisitos contemplados en MiFID II/MiFIR.

ESMA recibió la solicitud formal (mandato) de la CE el 23 de mayo de 2019 para proporcionar asesoramiento técnico sobre varias cuestiones técnicas de MiFID II/MiFIR, incluidos temas de protección del inversor y, en concreto, sobre la aplicación de las medidas y sanciones administrativas y sanciones penales y sobre la necesidad de una mayor convergencia en la aplicación de las medidas y sanciones administrativas establecidas para las infracciones de MiFID II/MiFIR. El asesoramiento técnico incluye propuestas para: a) modificar el ámbito de la obligación de publicación y de notificación de medidas y sanciones administrativas; b) facilitar la comunicación de las Autoridades Nacionales Competentes (ANC) con las autoridades judiciales para recopilar información sobre sanciones penales; c) incluir poderes de transacción (*settlement powers*) como forma de resolución de procedimientos sancionadores en la lista de medidas y sanciones administrativas y d) modificar los requisitos vigentes en materia de medidas cautelares a adoptar por las ANC de los Estados Miembros de acogida.

1) Propuestas de ESMA sobre obligaciones y requisitos establecidos en MiFID II en materia de sanciones y medidas administrativas y sanciones penales que requieren la modificación del texto de nivel 1

1. Antecedentes: disposiciones relevantes de MiFID II

Marco sancionador para incumplimientos de MiFID II/ MiFIR. El art. 70 de MiFID II dispone que los Estados Miembros establecerán normas sobre las sanciones y medidas administrativas aplicables a todas las infracciones de MiFID II/MiFIR y tomarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación por las ANC. Las sanciones y medidas deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias y aplicarse a todas las personas físicas o jurídicas responsables de la infracción.

Publicación de medidas y sanciones administrativas impuestas por incumplimientos de MiFID

II/MiFIR y remisión de esta información a ESMA. El art. 71 de MiFID II establece que los Estados Miembros dispondrán que las ANC hagan pública cualquier decisión por la que se imponga una sanción o medida administrativa por infracción de MiFID II/MiFIR. Según el considerando 146, el propósito de esta publicación es asegurar que las decisiones tomadas por las ANC tengan un efecto disuasorio sobre el público en general, informar a los participantes del mercado sobre qué conductas se considera que contravienen MiFID II/MiFIR y promover, en un sentido amplio, una conducta adecuada entre los participantes en el mercado. La obligación de publicación no se extiende a las decisiones por las que se impongan medidas de carácter investigativo. La publicación se realizará sin demora indebida, después de que la persona a la que se impuso la sanción haya sido debidamente informada, en los sitios web oficiales de las ANC y deberá incluir, por lo menos, información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona responsable. Por razones de proporcionalidad o para la protección de datos personales, de la estabilidad de los mercados o de una investigación en curso, la ANC podrá aplazar la publicación, publicar de forma anonimizada o no publicar.

Ejercicio de las facultades de las ANC para la supervisión e imposición de sanciones. El art. 72 de MiFID II establece normas para el ejercicio de las facultades supervisoras -incluidas las de investigación y correctivas (art. 69)- y de las potestades sancionadoras (art. 70) y señala que los Estados Miembros están obligados a garantizar que las ANC tengan en cuenta una lista no exhaustiva de criterios (como la gravedad y duración o el grado de responsabilidad de la persona física/jurídica responsable de la infracción) al determinar el tipo y el nivel de las medidas o sanciones administrativas.

Denuncia de infracciones de MiFID II/MiFIR y derecho de recurso. El art. 73 de MiFID II señala que los Estados Miembros velarán porque las ANC establezcan mecanismos eficaces para posibilitar la notificación de infracciones potenciales o efectivas de MiFID II/MiFIR. El art. 74 de MiFID II indica que los Estados Miembros se asegurarán de que las decisiones adoptadas en virtud de MiFID II/MiFIR estén debidamente motivadas y puedan ser objeto de recurso judicial y de que ciertos organismos (públicos, de consumidores u organizaciones profesionales) puedan emprender acciones ante los tribunales u órganos administrativos competentes en interés de los consumidores para garantizar la aplicación de MiFID II/MiFIR.

2. Análisis y asesoramiento técnico de ESMA

ESMA solicitó información a las ANC acerca de sus experiencias y de sus propuestas sobre posibles cambios del marco sancionador MiFID II/MiFIR. Las respuestas concluían, en general, que MiFID II/MiFIR han supuesto un claro paso adelante en la aplicación del marco sancionador por la mayor concreción y desarrollo de su regulación (por ejemplo, por la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas o los importes máximos de las multas administrativas pecuniarias) que ha potenciado su efecto disuasorio y la presión para el cumplimiento normativo. Algunas ANC también destacaron que la falta de armonización de las normas sobre procedimientos administrativos sancionadores puede obstaculizar la aplicación eficiente del marco sancionador de MiFID II. ESMA comparte este comentario si bien el asesoramiento técnico sólo cubre posibles cambios de MiFID II/MiFIR y otras cuestiones a abordar a través de herramientas de convergencia, de forma que las diferencias existentes en el derecho administrativo sancionador nacional ponen un límite al nivel de armonización que se pueda lograr.

Diferencias en la comunicación de sanciones y medidas a ESMA en MiFID II y en otros actos legislativos sobre servicios financieros en los aspectos siguientes:

1) Información individual e información agregada de sanciones y medidas administrativas. La mayoría de disposiciones (MiFID II, la Directiva sobre UCITS (UCITS), el Reglamento relativo al abuso de mercado (MAR), la Directiva sobre la distribución de seguros (IDD), el Reglamento folletos y el Reglamento de PRIIPS) establecen la comunicación individual de cada una de las sanciones y medidas administrativas y de la información agregada relativa a las anteriores. Sin embargo, el Reglamento sobre la infraestructura del mercado (EMIR) no establece ninguna obligación de remisión de información a ESMA, el Reglamento de

índices sólo establece la obligación de remisión de información agregada y la Directiva relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos (AIFMD) establece la obligación de informar de las sanciones y medidas administrativas individuales únicamente.

2) Información de sanciones y medidas publicadas y no publicadas. MAR y el Reglamento de PRIIPS prevén la remisión de información sólo de sanciones y medidas administrativas que la ANC haya divulgado públicamente en contraste con MiFID II que establece la obligación de notificar a ESMA las medidas y sanciones administrativas publicadas así como las sanciones administrativas no publicadas.

3) Información individual sobre sanciones y medidas no publicadas. MiFID II, UCITS y el Reglamento sobre depositarios centrales de valores (CSDR) se refieren únicamente a sanciones administrativas no publicadas pero no a medidas administrativas mientras que el Reglamento de PRIIPs establece la remisión de información individual tanto de sanciones como de medidas administrativas no publicadas.

4) Terminología inconsistente que da lugar a que, aunque las obligaciones sean similares, no son idénticas en cada uno de los textos legales lo que produce confusión e inseguridad.

Propuesta: La CE debería considerar la posibilidad de alinear los requisitos relevantes para la publicación por las ANC y para la remisión de información a ESMA de información sobre medidas y sanciones administrativas en los distintos marcos legislativos.

Falta de consistencia en la obligación de las ANC de comunicar sanciones penales a las Autoridades Europeas de Supervisión (ESAs) en MiFID II y otros actos legislativos. MiFID II (al igual que UCITS y el Reglamento de folletos) establece la posibilidad de que cada Estado Miembro pueda optar por establecer sanciones penales en caso de infracción de un conjunto de artículos específicamente previstos pero no queda claro cuáles son las sanciones penales que están sujetas a comunicación: si cualquier sanción penal (derecho nacional penal) o solo las que se imponen cuando el Estado Miembro ha optado por establecer sanciones penales y no sanciones administrativas. MAR sí precisa esta obligación para el caso en que los Estados Miembros han decidido no establecer normas para las sanciones administrativas en las que las infracciones ya estaban sujetas a sanciones penales el 3 de julio de 2016. Por último, el Reglamento de PRIIPs no exige la remisión de información sobre sanciones penales si bien reconoce también el derecho de los Estados Miembros a imponer las mismas.

Propuesta: la CE debería aclarar el alcance de las obligaciones de las ANC de notificación de sanciones penales conforme a MiFID II, especificando si incluyen cualquier sanción penal impuesta en relación con infracciones de MiFID II/MiFIR o sólo a las sanciones penales impuestas por infracciones de MiFID II/MiFIR, en aquellos Estados Miembros que han optado por sanciones penales y no por sanciones administrativas para dichas infracciones.

Falta de consistencia de la obligación de las ANC de ponerse en contacto con las autoridades judiciales para recopilar información sobre sanciones penales en MiFID II y otros actos legislativos, lo que provoca falta de claridad sobre cuándo las ANC están obligadas a actuar de enlace con las autoridades judiciales (de sus jurisdicciones) para recibir información sobre sanciones penales. Además, la obligación en MiFID II resulta onerosa y difícil de implementar.

Propuesta: La CE debe aclarar el alcance de la obligación de las ANC de comunicarse con las autoridades judiciales para recopilar información sobre las sanciones penales impuestas en la jurisdicción, especificando: a) si esas obligaciones se aplican a cualquier sanción penal impuesta en relación con infracciones de MiFID II/MiFIR o a las sanciones penales impuestas por infracciones de MiFID II solo en aquellos Estados Miembros que han optado por establecer sanciones penales y no sanciones administrativas y b) si esas obligaciones se aplican a todas las sanciones penales (publicadas o no por la autoridad judicial) o solo a aquellas que la

autoridad judicial no ha publicado.

Propuesta de nueva medida administrativa para incrementar la eficiencia de los procedimientos sancionadores. ESMA considera que la lista no exhaustiva de sanciones y medidas administrativas del art. 70.6 de MiFID II debería ampliarse para incluir la transacción (*settlement powers*), con la que se puede poner fin a un procedimiento administrativo sancionador de forma más rápida y eficaz. A algunas ANC el derecho administrativo nacional les reconoce estas facultades de llegar a una transacción (acuerdo) con el infractor que han demostrado ser útiles para acelerar la conclusión de los procedimientos sancionadores. ESMA entiende que los *settlement powers* pueden proporcionar un enfoque alternativo a las ANC frente a los procedimientos sancionadores y contribuir a un mejor cumplimiento de MiFID II/MiFIR. La modificación de MiFID II en este punto no debe tener como objetivo incluir información granular acerca de estas facultades que, normalmente, están recogidas en el derecho administrativo nacional.

Propuesta: la CE debería ampliar la lista de tipos de sanciones y medidas establecidas en el art. 70.6 MiFID II y otorgar a las ANC facultades para la resolución de procedimientos sancionadores mediante una transacción con el infractor (settlement powers), que algunas ANC ya tienen explícitamente reconocida de conformidad con la legislación nacional.

Modificaciones del art. 86.1 de MiFID II sobre las medidas preventivas que han de adoptar los Estados Miembros de acogida sobre una empresa de servicios de inversión (ESI) que opera en su territorio en régimen de libre prestación de servicios. La experiencia reportada a ESMA por las ANC en la aplicación de estas medidas demuestra que: a) la carga de la prueba es alta ya que se exigen “motivos claros y demostrables” y las ANC de acogida no tienen ningún poder de supervisión y, por lo tanto, carecen de información para las infracciones; b) el procedimiento es, a menudo, prolongado y podría beneficiarse de plazos claros para que la solicitud de una ANC de acogida a una ANC de origen sea atendida de forma más rápida y eficiente y c)) ante las medidas preventivas, las ESI pueden decidir trasladar sus actividades a otro Estado Miembro en perjuicio de sus clientes. ESMA considera que podrían introducirse cambios para mejorar la cooperación en la supervisión transfronteriza, garantizar un mayor nivel de protección de los inversores de la Unión Europea (UE) y, en última instancia, aumentar la confianza en el mercado único de servicios de inversión.

Propuesta: la CE debería considerar la posibilidad de modificar el art. 86.1 de MiFID II en los aspectos siguientes: a) exigir que una ANC de acogida tenga que demostrar únicamente “motivos razonables” y añadir un considerando especificando que son motivos razonables la recepción de un número significativo de reclamaciones de inversores en relación con la misma ESI respaldada por suficientes documentos justificativos; b) incluir un plazo (por ejemplo, 60 días) para que la ANC de origen adopte las medidas o inicie el proceso de adopción de las mismas; c) especificar que, cuando una ANC de acogida adopte medidas, la ANC de cualquier otro Estado miembro de acogida puede adoptar las medidas preventivas con respecto a esa ESI si tiene motivos razonables para creer que existe una infracción de MiFID II y d) especificar que si una ESI está sujeta a medidas preventivas no debería poder presentar una nueva notificación de pasaporte durante un período determinado (por ejemplo, un año desde la adopción de las medidas cautelares) y, en cualquier caso, al menos hasta que la ANC de origen haya evaluado que la ESI ha adoptado las medidas adecuadas para abordar las infracciones que dieron lugar a medidas cautelares en uno o más Estados Miembros de acogida.

2) Cuestiones relacionadas con el marco sancionador de MiFID II que no requieren cambios legislativos en el texto de nivel 1 y que se pueden abordar a través de las distintas herramientas de convergencia supervisora

ESMA ha identificado otra serie de cuestiones para mejorar el marco sancionador de MiFID II que no requieren cambios legislativos en el texto del nivel 1 y que planea abordar a través de iniciativas de convergencia: a) falta de claridad en relación con los conceptos de “sanciones” y “medidas” de MiFID II/MiFIR; b) diferencias en la forma en la que las ANC publican sus decisiones sancionadoras (desde la publicación de la decisión completa

hasta un breve resumen o información anónima) y en la aplicación de las excepciones a la publicación, lo que puede reducir el efecto disuasorio; c) falta de claridad sobre las circunstancias y condiciones en las que las ANC imponen medidas administrativas en MiFID II/MiFIR (entre otros, en el caso de las órdenes de poner fin a una conducta y repetirla); d) falta de reglas sobre ciertos aspectos de la imposición de multas pecuniarias (por ejemplo, una metodología para la determinación del importe apropiado de las multas), lo que podría obstaculizar el adecuado cumplimiento de los requisitos de MiFID II/MiFIR y e) dificultades para el cobro de sanciones en otro Estado Miembro distinto de aquel en el que se ha impuesto debido a la falta de reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones administrativas entre los Estados Miembros de la UE en el marco de MiFID II/MiFIR.

Enlace de interés:

[Informe final con el asesoramiento técnico a la Comisión Europea sobre la aplicación de sanciones administrativas y penales en el marco de MiFID II/MiFIR](#)