

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MIFID BORRADOR

31 DE OCTUBRE DE 2007

Introducción

Tal y como dispone el artículo 1.1, la MiFID se aplica a las empresas de inversión (ESI en España) y a los mercados regulados. El artículo 4.1.1) define las empresas de inversión como *“toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros”*.

El apartado 2 del artículo 1 extiende la aplicación de la norma a las entidades de crédito, si bien con dos matizaciones. En primer lugar, se sujeta a la condición de que tales entidades *“presten uno o varios servicios o realicen una o varias actividades de inversión”*. En segundo término, su aplicación es parcial y se limita a una serie de disposiciones que se detallan más adelante.

Sobre la base de estas consideraciones, cabría afirmar que las entidades de crédito quedan configuradas como entidades mixtas, en la medida en que prestan servicios bancarios (y en tal sentido quedan sometidas al ordenamiento jurídico bancario, recogido básicamente en la Directiva 2006/48/CE) y pueden prestar o realizar servicios y actividades de inversión (en cuyo caso, estarán sujetas a la MiFID).

Las entidades de crédito, en la medida en la que pueden prestar servicios y actividades de inversión, se encuentran sujetas parcialmente a la MiFID.

- (i) No les resulta de aplicación toda la Directiva, sino sólo los apartados de la MiFID establecidos en su artículo 1.2.
- (ii) La aplicación se restringe a la prestación de los concretos servicios de inversión.

Convergen en las entidades de crédito dos regímenes jurídicos diferentes, el bancario y el propio de la MiFID, cada uno de ellos sometido a sus particularidades.

1. ¿Cuándo resulta de aplicación la MIFID a las entidades de crédito? ¿Cuáles son los conceptos clave para determinar si una entidad de crédito está o no sujeta a la MiFID?

El concepto clave a estos efectos es el de servicios o actividades de inversión. A tenor del artículo 4.1.2) de la Directiva son servicios y actividades de inversión los enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I.

Por tanto, una entidad de crédito sólo está sometida a la MIFID en tanto preste servicios de inversión y sólo en relación a ellos. Ello, con independencia de que por razones estratégicas, comerciales o de otra índole una entidad de crédito decidiera extender el régimen de protección de la MIFID a sus clientes de productos u operaciones bancarios tal como se señala en la pregunta nº 3, respetando, además, las normas específicas de protección a la clientela bancaria establecidas respecto a dichos productos u operaciones.,

2. ¿En base a qué parámetros deben clasificar sus clientes las entidades de crédito en MiFID y No MiFID?

Los conceptos “*cliente MiFID*” y “*cliente no MiFID*” son muy útiles para terminar de clarificar el alcance de la MiFID para las entidades de crédito, pues completa la definición de los escenarios ante los que puede encontrarse una entidad de crédito.

Serán “*clientes MiFID*” aquellos a los que se preste un servicio de inversión o auxiliar referido a un instrumento financiero. Serán “*clientes no MiFID*” aquellos a los que únicamente se presten u oferten servicios bancarios. Estos clientes, que pueden considerarse estrictamente bancarios no estarían sometidos al régimen de protección previsto en la MiFID (sino, en todo caso, al diseñado específicamente para ellos en nuestro ordenamiento jurídico). Las reglas de MiFID relativas a la relación con clientes no resultarían aplicables en estos casos.

Y adicionalmente, serán “*clientes potenciales MiFID*” aquellos a los que, no siendo ya clientes MIFID, se les oferte o soliciten un servicio de inversión o auxiliar.

Las entidades de crédito, en sus operaciones con “*clientes no MiFID*” (así considerados, porque no se les preste ni se les ofrezcan servicios de inversión) no estarán sometidas a las normas de esta Directiva que regulan las relaciones con clientes, sino a las normas sobre protección del cliente bancario. Al mismo tiempo, las reglas MiFID sobre relaciones con clientes sólo resultan aplicables a las operaciones realizadas con clientes MiFID.

3. ¿Pueden las entidades de crédito clasificar a todos sus clientes como MiFID?

Las entidades de crédito, por razones de simplicidad, eficiencia, estratégicas, comerciales o de otra índole pueden implantar íntegramente el régimen de protección de sus clientes establecido en la MIFID, en la medida que sea ya que es compatible con las normas bancarias correspondientes, sin perjuicio de las Normas de Transparencia y Protección correspondientes que sean de aplicación.

4. ¿Qué disposiciones de la MIFID son de aplicación a las entidades de crédito que presten servicios de inversión?

La aplicación de la MIFID a las entidades de crédito es parcial, y se limita a las siguientes disposiciones:

- La excepción prevista en el apartado 2 del artículo 2 del título I: prestación de servicios en calidad de contraparte en operaciones realizadas por organismos públicos o por miembros del Sistema Europeo de Bancos Centrales.
- Los artículos 11, 13 y 14 del capítulo I del título II: adhesión a un sistema de indemnización de los inversores autorizado; requisitos de organización; y proceso de negociación y conclusión de operaciones en un SMN.

- El capítulo II del título II: condiciones de funcionamiento (excepto el párrafo 2º del apartado 2 del artículo 23, relativo a agentes vinculados).
- El capítulo III del título II: derechos (excepto los apartados 2 a 4 del artículo 31, relativos a la libre prestación de servicios y a las actividades de inversión, y los apartados 2 a 6, 8 y 9 del artículo 32, relativos al establecimiento de sucursales).
- Los artículos 48 a 53, 57, 61 y 62 del título IV, relativos a las autoridades competentes.
- El apartado 1 del artículo 71 de las disposiciones finales, relativo a la autorización para la prestación de servicios de inversión.

Por tanto, es necesario apuntar la existencia de dos bloques diferenciados dentro de la MiFID:

Los requisitos organizativos (que giran básicamente en torno a las previsiones del artículo 13 de la Directiva de Nivel I y sus normas de desarrollo). Estas reglas son de obligado cumplimiento por parte de todas las entidades que prestan servicios de inversión y, en el caso de las entidades de crédito, en relación con los servicios de inversión que presten..

Las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión. Estas normas, que figuran básicamente en el artículo 19 de la Directiva de Nivel I, y en los artículos 28 a 43 de la Directiva de Nivel II, y que tienen objeto regular la relación entre el cliente y la entidad que presta servicios de inversión, sólo son exigibles cuando se trata de un cliente MiFID.

5. ¿Cómo se debe actuar frente al cliente cuando se prestan servicios que abarcan tanto instrumentos financieros que caen bajo el ámbito de MiFID como productos “no MiFID”?

Los productos “*no MiFID*” (no incluidos en la Sección C del Anexo I de la Directiva) cuando puedan ser ofrecidos de forma alternativa o conjunta con productos MiFID por la misma entidad.

Se trata de una cuestión práctica que se puede dar con frecuencia y que conviene analizar atendiendo a las diversas modalidades en que puede presentarse, que son básicamente cuatro: asesoramiento de inversión, gestión de carteras, recepción y transmisión de participaciones de IIC y sólo ejecución.

- a) Asesoramiento de inversión. Cuando exista una relación de prestación de asesoramiento de inversión sobre instrumentos financieros MiFID a un cliente no existe controversia alguna, pues el asesoramiento es un servicio de inversión. Por lo tanto, en estos casos, el cliente debe estar protegido por la regulación MiFID.

En los casos en los que, dentro de una misma relación contractual, el asesoramiento se refiera tanto a instrumentos financieros MiFID como a otros productos no MiFID (“asesoramiento mixto”) se produce un efecto expansivo de la MiFID y por tanto, la actividad de asesoramiento mixto queda sometida a sus reglas.

Gestión de carteras. La Directiva la define como la gestión discrecional e individualizada de carteras según mandato de los clientes, cuando las carteras incluyan uno o más instrumentos financieros. En consecuencia, bastaría la inclusión en la cartera de un solo instrumento MiFID para que toda la actividad de gestión caiga en su ámbito.

c y d) Otros servicios de inversión y sólo ejecución. A diferencia de en los casos anteriores, en los servicios de recepción y transmisión y sólo ejecución, nos encontraremos, en cada caso singular, dentro o fuera de la MiFID según el concreto producto/instrumento vendido o intermediado caiga o no dentro de la MiFID.

Aplicación de la MIFID a las SGIIC o gestoras

La aplicación a las Gestoras de IIC de la MiFID deriva de su sujeción a la Directiva 85/611, y se limita a la prestación de servicios distintos a la actividad típica de las SGIIC. Por tanto, una SGIIC sólo estará sometida a la MIFID en tanto preste servicios de inversión y sólo en relación a ellos. Dichos servicios serían los de gestión discrecional de carteras, asesoramiento y custodia y administración de participaciones.

6¿Será la MiFID aplicable a las SGIIC que además de gestión y administración de IIC, realicen asesoramiento en materia de inversión en participaciones de organismos de inversión colectiva?

La MIFID se aplicará a cualquier entidad que preste servicios de inversión a clientes.

7¿Pueden las SGIIC clasificar a todos sus clientes como MiFID?

Las SGIIC, por razones de simplicidad o eficiencia, estratégicas o comerciales o de otra índole pueden implantar íntegramente la MiFID en toda su estructura.

En principio, con excepción de las IIC gestionadas, los demás clientes de la SGIIC serán clientes MIFID pues son aquéllos a los que se presta algún servicio de inversión o auxiliar.

8.¿Se considera actividad MiFID la gestión Fondos de Pensiones por las SGIIC?

La gestión de Fondos de Pensiones por una Gestora de Fondos de Pensiones no está sujeta a la MiFID, como tampoco está la gestión de Instituciones de Inversión Colectiva por una Gestora de IIC. Sin embargo, si la gestión del Fondo de Pensiones la realiza una Gestora de IIC, la MiFID incluye esta actividad en su ámbito de aplicación, pues la gestión discrecional de carteras de cualquier cliente, incluidos los Fondos de Pensiones, es uno de los servicios sometidos a la MIFID