

## Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pagos (PSD2)

[The lights and shadows of the transposition of the Payment Services Directive (PSD2)]

FERNANDO ZUNZUNEGUI  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

### RESUMEN

*Este artículo analiza la transposición en España de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (mejor conocida como "PSD2"). Después de presentar los antecedentes de la regulación de los servicios de pago en España, se abordan las normas específicas de transposición de PSD2 establecidas en el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, sobre servicios de pago y las recogidas en sus desarrollos reglamentarios. El artículo aborda las excepciones nacionales, al tiempo que examina los matices técnicos de la transposición, en particular sobre el marco legal para las entidades de pago y sus requisitos de transparencia e información, así como sobre las normas aplicables a la autorización y ejecución de transacciones de pago. También repasa las normas sobre protección de datos, gestión de riesgos y autenticación, con una síntesis de la jurisprudencia sobre responsabilidad de los proveedores de servicios de pago, al tiempo que analiza los procedimientos alternativos de resolución de conflictos y el régimen sancionador. El artículo también revisa las reglas aplicables durante el período de transición y destaca la importancia que tienen los criterios del Banco de España en la aplicación del nuevo marco legal. Por último, el artículo ofrece algunas conclusiones sobre la opción de transponer PSD2 sin la necesaria adaptación a la legislación nacional. Todo lo que aporta la transposición son algunos matices al texto original de PSD2, excepto con respecto a dos cuestiones esenciales. Por un lado, el derecho a rescindir el contrato marco, con una regulación anticompetitiva que podría constituir una transposición incorrecta de lo previsto en la directiva. Por otro lado, no se desarrolla un sistema alternativo de resolución de disputas (ADR) con las características de autonomía e independencia que exige la directiva..*

**Palabras clave:** servicios de pago, PSD2, protección del cliente, autenticación, protección de datos, responsabilidad civil, seguridad jurídica, ADR.

### ABSTRACT

*This paper analyses the implementation in Spain of Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market (best known as 'PSD2'). After introducing the background to payment services regulation in Spain, the paper addresses the specific transposition rules of PSD2 stated in Royal Decree-Law 19/2018 of 23 November on payment services and its regulatory development. The paper deals with national exceptions, while examining the technical nuances on legal framework for payment institutions and their transparency and information requirements, as well as on the rules applicable to the authorisation and execution of payment transactions. It also goes over the rules on data protection, risks management, authentication and case-law doctrine on liability of payment service providers, while considering the alternative dispute resolution procedures and the rules concerning penalties. The paper also reviews the rules applicable during the transition period and considers the regulatory development and the importance of Bank of Spain's criterion. Lastly, the*

*paper provides some conclusions. Spain has opted to transcribe PSD2 without the necessary adaptation to domestic law. All that is added is a few nuances, except regarding two essential questions. On the one hand, the right to terminate the framework contract with an anti-competitive regulation that could constitute an incorrect transposition. On the other hand, there is no real alternative dispute resolution (ADR) system.*

**Keywords:** *payment services, PSD2, client protection, authentication, data protection, civil liability, legal certainty, ADR.*

**ÍNDICE:** I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES GENERALES. 1. Objeto. 2. Exclusiones. 3. Definiciones. 4. Reserva de actividad y de denominación profesional. III. MARCO LEGAL APLICABLE A LAS ENTIDADES DE PAGO. IV. REQUISITOS DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA. V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO. VI. PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. 1. Servicios de reclamaciones. 2. Resolución alternativa de conflictos. VII. RÉGIMEN SANCIONADOR. VIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La transposición de la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre, sobre servicios de pago (en adelante, PSD2) en España se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante RDL 19/2018),<sup>1</sup> por el Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (en adelante, RD 736/2019),<sup>2</sup> y por la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (en adelante, Orden ECE/1263/2019).<sup>3</sup> De tal modo que la completa transposición ha tenido lugar después de 13 de enero de 2018, fecha límite establecida en la PSD2.<sup>4</sup> **España se encuentra en el grupo de los últimos Estados miembros en transponer de forma completa PSD2.**<sup>5</sup>

El hecho de haber transpuesto la directiva principalmente a través de un real decreto-ley tiene relevancia. Lo aprueba el Gobierno, el Parlamento se ha limitado a convalidarlo. No se ha tramitado para su discusión parlamentaria. El resultado ha sido un «copia y pega» **sin efectiva**

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera; acuerdo de convalidación, por Resolución de 13 de diciembre de 2018. Transpone parcialmente la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre y junto a la transposición de otras dos directivas que quedan al margen del presente artículo. El proyecto de transposición fue objeto de una consulta previa cerrada el 3 de mayo de 2017 (disponible en: [https://www.tesoro.es/sites/default/files/2017\\_04\\_07\\_sleg\\_8131\\_consulta\\_publica\\_psd2.pdf](https://www.tesoro.es/sites/default/files/2017_04_07_sleg_8131_consulta_publica_psd2.pdf)) y audiencia pública de 16 de enero de 2018 (Disponible en: [https://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/levserviciospago\\_0.pdf](https://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/levserviciospago_0.pdf)).

<sup>2</sup> Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

<sup>3</sup> Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>4</sup> Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32015L2366>

<sup>5</sup> Con Malta and Romania, véanse las medidas nacionales de transposición vía <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32015L2366> and Payment services (PSD 2) - transposition status vía [https://ec.europa.eu/info/publications/payment-services-directive-transposition-status\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/payment-services-directive-transposition-status_en)

**transposición al Derecho interno.**<sup>6</sup> Como es sabido, la transposición es un procedimiento de acomodación, no es una mera formalidad técnica.<sup>7</sup> En nuestro caso, falta esa acomodación, lo cual puede crear distorsiones e inseguridad jurídica, en aquellos aspectos de la directiva que no son elegibles para el Derecho interno, es decir, que no encajan sin la debida adaptación en el ordenamiento español. Esta circunstancia nos va a permitir pasar muy por encima, de forma casi telegráfica, sobre la mayor parte del texto de transposición, al no presentar ninguna novedad o tratarse de meros matices sobre el contenido de PSD2, para detenernos en aquellos escasos extremos, aunque de gran relevancia práctica, en los que la norma de transposición se separa de la directiva.<sup>8</sup>

Como es sabido, en la Constitución hay una reserva de ley para regular el ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.<sup>9</sup> En este marco, el RDL 19/2018 transpone al derecho interno el título I y el IV de PSD2; y establece las bases para la transposición del título II, cuya transposición completa el RD 736/2019, y del título III, cuya transposición completa la Orden ECE/1263/2019. No obstante, el RDL 19/2018 se dicta **al amparo de los títulos competenciales que atribuyen al Estado las competencias exclusivas sobre legislación mercantil, bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.**<sup>10</sup> Esta pluralidad de títulos revelan que dicho real decreto-ley contiene tanto normas de Derecho privado como de Derecho público.

---

<sup>6</sup> En el pleno de convalidación, la norma fue presentada como "una ley de servicios de pago de nueva planta" (CALVIÑO), recibida como algo "amplísimo y muy complejo" (MARTÍNEZ OBLANCA), para recuperar "un inaceptable retraso" (BEL ACCENSI), que "traspone casi de forma literal, al pie de la letra, la directiva de la Unión Europea" (RAMÍREZ FREIRE), que de haber tenido un resumen "me hubiera ahorrado la tortura adicional de leerme el real decreto" (Monero Soler) [Véase DS. Congreso de los Diputados Núm. 171 de 13/12/2018 pp. 5-16, Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-171.PDF#page=5](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-171.PDF#page=5)]. Norma que se decidió tramitar como Proyecto de ley (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-36-1 21/12/2018), recibiendo una sola enmienda, sobre la transposición del artículo 42.1 PSD2 (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-36-2 05/03/2019). Iniciativa que a su vez expiró por disolución del Parlamento (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-519 27/03/2019). De tal modo que en este caso no se ha cumplido la función del parlamento nacional como mediador entre la Unión Europea y sus ciudadanos.

<sup>7</sup> Véase Wim VOERMANS, « Transposition of EU legislation into domestic law: Challenges faced by National Parliaments », *Briefing Requested by the JURI committee, European Parliament*, November 2018, p. 8. Disponible en: [http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/7d46f259-9481-469c-922b-8172803a15d2/IPOL\\_Briefing\\_Transposition\\_of\\_EU\\_legislation\\_into\\_domestic\\_law.pdf](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/7d46f259-9481-469c-922b-8172803a15d2/IPOL_Briefing_Transposition_of_EU_legislation_into_domestic_law.pdf)

<sup>8</sup> Existe una amplia bibliografía que analiza o describe PSD2 desde la perspectiva del ordenamiento español a la que nos remitimos, entre la que cabe destacar: ALONSO LEDESMA, C., "Los nuevos proveedores de servicios de pagos: una primera aproximación a la segunda Directiva de Servicios de pagos", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n. 1, 2018; CONESA, C, GORJÓN, S. and RUBIO, G., "Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2", *Financial Stability Review*, Issue 35, Banco de España, 2018, pp. 57-78. Disponible en: [https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/18/NOVIEMBRE/Un\\_nuevo\\_regimen\\_de\\_acceso\\_a\\_las\\_cuentas\\_de\\_pago\\_la\\_PSD2.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/18/NOVIEMBRE/Un_nuevo_regimen_de_acceso_a_las_cuentas_de_pago_la_PSD2.pdf); TAPIA HERMIDA, A.J., "The Second Payment Services Directive", *Financial Stability Review*, Issue 35, Banco de España, 2018, pp. 57-78. Disponible en:

[https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/18/NOVIEMBRE/La\\_segunda\\_Directiva\\_de\\_Servicios\\_de\\_Pago.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/18/NOVIEMBRE/La_segunda_Directiva_de_Servicios_de_Pago.pdf) Para acercamiento más integral de la norma de transposición véase TAPIA HERMIDA, A.J., "La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 155, 2019, pp. 9-36; y en particular sobre los proveedores de servicios de pagos: ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., "La transformación del tradicional sistema de pagos: los nuevos terceros proveedores tras el RDL 19/2018", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 156, 2019, pp. 73-106.

<sup>9</sup> Artículo 53.1, en relación con los artículos 33 y 38.

<sup>10</sup> Disposición final décima RDL 19/2018, que cita como títulos competenciales el artículo 149.1.6.ª, 11.ª y 13.ª de la Constitución Española.

En Derecho español los contratos bancarios son atípicos, carecen de régimen legal. No se abordan en los códigos ni existen leyes especiales, salvo las que son resultado de transposición de directivas comunitarias, como ocurre con el crédito al consumo y el crédito inmobiliario cuya transposición se ha realizado como si fueran normas de conducta de naturaleza administrativa, sin fijar con la debida claridad las consecuencias contractuales a su incumplimiento. Por ejemplo, no se concretan las consecuencias contractuales de incumplir las normas de evaluación de la solvencia del cliente por parte de la entidad prestamista. Con la transposición de las directivas de servicios de pagos, régimen ahora enriquecido con la transposición de PSD2, **por vez primera se regula un contrato bancario en Derecho español**, estableciendo los derechos y obligaciones de las partes y las consecuencias contractuales de los incumplimientos. Por esta razón, hay que estar muy pendientes de la aplicación de este marco legal y de su interpretación por el Tribunal Supremo, pues la determinación de la responsabilidad civil del banco en la prestación de servicios de pagos va a servir, por analogía, para determinar la responsabilidad del banco en la prestación de los demás servicios financieros.

Aunque el marco legal de los servicios de pagos se remonta a la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, de transposición de PSD1, lo cierto es que no existe todavía una doctrina sobre este tipo de contratos. **Hay escasa jurisprudencia y la literatura es descriptiva**, con enfoque preferentemente de Derecho administrativo. A su vez, la doctrina mercantilista sigue tratando los servicios de pagos desde la perspectiva de la «cuenta corriente bancaria», contrato atípico de construcción jurisprudencial.<sup>11</sup> Son los jueces de instancia quienes están empezando a aplicar el marco legal de los servicios de pagos, con diversas interpretaciones a la espera del pronunciamiento del Tribunal Supremo.<sup>12</sup>

Ante la falta de doctrina, **resultan de gran relevancia práctica los criterios del Banco de España** expresados a través de la memoria de reclamaciones que elabora el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones.<sup>13</sup> Estos criterios marcan las buenas prácticas bancarias que las entidades deben observar en la prestación los servicios bancarios y de pago a sus clientes. Son criterios seguidos por las entidades y los tribunales los utilizan para resolver las controversias. En marcos legales tan complejos y técnicos como el que rige para los servicios de pagos, salvo que las demandas judiciales vayan acompañadas de informes periciales, hay un problema de identificación del supuesto de hecho y de localización de la normativa aplicable. Los jueces

---

<sup>11</sup> “Lección 40, Los contratos bancarios (II), IV. La cuenta corriente bancaria”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. II, A. MENÉNDEZ y A. ROJO (dirs.), 17ª ed., 2019; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Capítulo 56, Los contratos bancarios (I), II. Las cuentas bancarias”, en *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, 37ª ed., 2015.

<sup>12</sup> El repertorio CENDOJ recoge 43 sentencias que aplican la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Un tema objeto de resolución jurisprudencial es la responsabilidad del banco que ejecuta una orden de pago atendiendo solo al identificador único de la cuenta de pago sin comprobar la coincidencia entre el destinatario señalado mediante un dato adicional y el titular de la cuenta individualizada mediante el indicador único. En principio, de conformidad con el marco legal, cuando la orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada y el proveedor no será responsable. Según dice el artículo 59.3 RDL 19/2018, transponiendo el artículo 88.5 PSD2, del mismo tenor que el artículo 44.3 Ley 16/2009, de transposición del artículo 74.3 PSD1: «Cuando el usuario de servicios de pago facilitara información adicional a la requerida por su proveedor para la correcta iniciación o ejecución de las órdenes de pago, el proveedor de servicios de pago únicamente será responsable, a los efectos de su correcta realización, de la ejecución de operaciones de pago de acuerdo con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago». Sin embargo, pese a la claridad del mercado legal, hay sentencias que hacen responsable al banco cuando «realizó alguna actuación añadida más que el aplicar la orden de pago a la cuenta designada que dejó a la vista su falta de diligencia, siquiera leve, pero suficiente atendiendo a su calificación como "comerciante experto" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011)» Ver, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5, 680/2019, de 17 de abril, con cita de otras anteriores.

<sup>13</sup> Véase Banco de España, *Memoria de Reclamaciones 2018*, disponible en [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00\\_Memoria\\_reclamaciones\\_completa.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf)

carecen de la especialización necesaria y del sosiego suficiente para realizar dicho análisis. Su carga de trabajo se lo impiden. Tienen que manejar múltiples fuentes, legales y reglamentarias, nacionales y comunitarias, incluyendo las normas técnicas de las autoridades y demás actuaciones de *soft law*. Ante este escenario encuentran en los criterios de buenas prácticas que publica el Banco de España una fuente de interpretación del marco legal muy útil para orientar sus resoluciones.<sup>14</sup> Lo que no es óbice para que expresen que dicho criterio «en modo alguno es vinculante a los efectos civiles».<sup>15</sup>

## II. PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES GENERALES

### 1. Objeto

De conformidad con PSD2, el RDL 19/2018 **se aplica a los servicios de pago que “se presten con carácter profesional en territorio español”**. PSD2 regula la prestación de servicios de pagos “con carácter profesional u ocupación principal”. El párrafo 24 de su preámbulo limita la aplicación de la directiva a “los proveedores de servicios que presten servicios de pago como ocupación o actividad empresarial habitual”. Estas son las características propias de una actividad profesional. El RDL 19/2018 deja fuera de su ámbito a quienes prestan servicios de pago con carácter no profesional, aunque sea como ocupación principal. Pero no parece que este matiz entrañe efectos prácticos. Si la ocupación es principal, vendrá asociada a la profesionalidad y se aplicará la norma. En el mercado de valores, en una norma que se puede aplicar por analogía a los proveedores de servicios de pagos, «concorre la nota de la profesionalidad cuando las actividades sean realizadas a clientes en general y de forma remunerada».<sup>16</sup> Las actuaciones profesionales se suelen asociar a la habitualidad. Hay habitualidad cuando las actividades vayan acompañadas de actuaciones comerciales, publicitarias o de otro tipo, tendentes a crear relaciones de clientela.

La norma de transposición incluye los servicios de pago contemplados en el anexo I de PSD2 en su artículo 1.2. No hay aquí diferencias. En relación con su ámbito territorial, el RDL 19/2018 se aplica a los “servicios de pago prestados dentro de España”. Hay que entender, por analogía con la regulación del mercado de valores, que **se aplica a todos los servicios de pagos «cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en territorio nacional»**.<sup>17</sup> Por lo demás, el RDL 19/2018 transpone el ámbito de aplicación atendiendo a la moneda de la operación de pago y a la situación del proveedor sin alterar el alcance de la directiva.<sup>18</sup> No exime de su

---

<sup>14</sup> STS 857/2020, de 13 de marzo, en la que se resuelve sobre la validez y licitud de la comisión de descubierto en cuenta corriente, utilizando como fuente principal de orientación los criterios del Banco de España; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, 418/2019, de 3 de octubre, en la que se resuelve sobre la licitud de unos cargos de Google en la cuenta de la apelante. Criterios utilizados en ocasiones como puerto seguro por las entidades, véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 5, 434/2019, 3 de diciembre de 2019.

<sup>15</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, 352/2017, de 25 de octubre, en un procedimiento de indemnización por responsabilidad del banco por incumplimiento de los deberes impuestos por Ley de Servicios de Pago, en relación con la gestión de cobro de efectos. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9, 15/2017, de 19 de enero, que cuestiona el criterio del Banco de España al considerar «recomendable» que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban para que puedan ejercer en plazo los derechos que la Ley les confiere para oponerse a su ejecución, pues « Esta Sala considera que se trata, no de algo recomendable, sino inexcusable, y que el Banco está obligado a notificar al cliente inmediatamente el embargo trabado en su cuenta».

<sup>16</sup> Ver artículo 8 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

<sup>17</sup> Aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley del mercado de valores.

<sup>18</sup> Artículo 2.1 RDL 19/2018.

aplicación al Instituto de Crédito Oficial, ni a ninguna de los organismos reseñados en el artículo 2.5 PSD2. Considera proveedores de servicios de pago, si bien cuando no actúen en su condición de autoridades públicas, al Banco de España, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.<sup>19</sup> Por lo demás, la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. puede prestar los servicios de pago para cuya prestación se encuentra facultada en virtud de su normativa específica.<sup>20</sup>

El RDL 19/2018 añade una **expresa prohibición de discriminación** en el acceso a las cuentas de pago de conformidad con el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>21</sup> Dicho artículo prohíbe toda discriminación y en particular por razón de nacionalidad. Es un mero recordatorio de una prohibición general.

## 2. Exclusiones

Las exclusiones se trasponen de forma literal, salvo una referencia expresa a las actividades de los **“Planes y Fondos de Pensiones y sus Gestoras”**.<sup>22</sup> Dado su volumen, se ha querido dejar claro que a estas actividades no se les aplica el régimen legal de los servicios de pagos.<sup>23</sup>

En relación con los **servicios basados en instrumentos de pago que solo se pueden utilizar de forma limitada** se han desarrollado las condiciones para hacer frente a posibles abusos.<sup>24</sup> En primer lugar se precisa el ámbito objetivo de la exclusión de estos instrumentos. La exclusión se aplica “a los vales-comida, tarjetas restaurante o cualquier otro instrumento de pago similar, entregado por el empleador a un empleado para el abono de una retribución en especie”.<sup>25</sup> En segundo lugar, se regula la forma y el contenido de la relación contractual entre el emisor y los proveedores incorporados a la red.<sup>26</sup> Los proveedores deben suscribir un contrato con el emisor. Dicho contrato debe recoger la obligación de aceptación del instrumento y los derechos de sus usuarios. Queda claro que el instrumento debe ser de uso exclusivo en la red. El uso general supone la suspensión de la excepción y la aplicación de la normativa reguladora de los servicios de pago. En tal caso, el emisor debe comunicar a los usuarios la conversión, previa solicitud de autorización y adaptación del contrato marco. Este régimen protege a los usuarios al dar continuidad a la prestación del servicio de pago. Pero en lugar de obligar al cese de la actividad cuando se dejan de cumplir los requisitos para que la actividad quede excluida, se opta por considerar el incumplimiento como si fuera una contingencia. De tal modo que dicha «contingencia» debe ser gestionada por el emisor quien debe, en su caso, solicitar la correspondiente autorización, con aplicación de la normativa de servicios de pagos, adaptando en lo necesario el contrato marco que vincula al emisor con los proveedores. Es una «conversión»

<sup>19</sup> Artículo 5.2 RDL 19/2018.

<sup>20</sup> Artículo 5.1.d) RDL 19/2018.

<sup>21</sup> Artículo 2.2 RDL 19/2018. PSD2 menciona en los párrafos 46 y 90 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero en cuestiones distintas al acceso a las cuentas. En el 46 para prevenir abusos o arbitrariedades en el ejercicio de sus potestades por parte de las autoridades competentes, y en el 90 para garantizar los derechos reconocidos, en particular el «respeto de la vida privada y familiar, a la protección de los datos de carácter personal, a la libertad de empresa, a la tutela judicial efectiva y a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito».

<sup>22</sup> Artículo 4, i) RDL 19/2018.

<sup>23</sup> Según datos de INVERCO, en España, en abril de 2020, los fondos de pensiones representaban 74.563 millones de euros con 7,49 millones de cuentas de partícipes, estadística disponible en [http://www.inverco.es//documentos/pension\\_mensual/2004\\_Abril%202020/PSIabril20.zip](http://www.inverco.es//documentos/pension_mensual/2004_Abril%202020/PSIabril20.zip)

<sup>24</sup> La crisis de la red limitada de tarjetas de Younique Money de 2015 ha servido de lección para evitar que se vuelvan a producir situaciones de este tipo. Ver la Resolución de 3 de febrero de 2015, del Banco de España, por la que se publican las sanciones de revocación y multa por infracciones muy graves y la sanción de amonestación pública por infracción grave, impuestas a Younique Money E.D.E., S.A.

<sup>25</sup> Artículo 25.4 RD 736/2019.

<sup>26</sup> Artículo 25.3 RD 736/2019.

que da continuidad a la actividad sin que el hecho de ampliar los servicios de pago más allá de una única red constituya una infracción a las normas de ordenación y disciplina de los servicios de pagos. No obstante, el incumplimiento del régimen de la conversión, manteniendo la prestación de servicios de pago, sí supondría una infracción a la reserva legal de los servicios de pagos.<sup>27</sup>

Respecto de la **exclusión de las operaciones de pago de un proveedor de redes o servicios de comunicación electrónica**, en el marco de una actividad benéfica o para el encargo, adquisición o validación de billetes o entradas, se incluyen los pagos de “billetes o entradas de servicios de transporte, entretenimiento, aparcamiento, espectáculos”,<sup>28</sup> así como los de “movilidad urbana, incluyendo los de uso compartido, así como de entradas a servicios de carácter cultural, tales como museos, exposiciones, y otros similares a las mencionadas, a juicio del Banco de España”.<sup>29</sup> Los deberes de notificación se transponen literalmente, siendo el Banco de España, como autoridad competente, la entidad destinataria de las notificaciones.<sup>30</sup> Esta autoridad debe valorar si el solicitante de una exención de servicios de pagos basados en instrumentos de pago que solo se pueden utilizar de forma limitada cumple los requisitos reglamentados y, en caso de no cumplirlos, lo comunicará de forma motivada al interesado.<sup>31</sup>

Es un régimen de exención tan exhaustivo que ha dado lugar al desinterés inicial por el mismo. De hecho, no hay registrada ninguna entidad de servicios de pagos exenta.<sup>32</sup>

### 3. Definiciones

Las definiciones, ordenadas por orden alfabético, se transponen sin cambios salvo los siguientes matices.

El primer matiz afecta a la definición de «proveedor de servicios de iniciación de pagos» que se sustituye por la definición de «**Entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas**». Estas entidades quedan circunscritas al «proveedor de servicios de iniciación de pagos» que, por dedicarse a prestar sólo el servicio que le da nombre, goza de una exención parcial de la normativa y es tratado como «entidad de pago».<sup>33</sup> De este modo, se delimita la actividad exclusiva y excluyente de este tipo de entidades. Así lo confirma el artículo 3 del RD 736/2019, que solo habilita a las «Entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas» a prestar actividades empresariales distintas de los servicios de pagos, y servicios operativos o auxiliares a su actividad principal. Es decir, queda claro que las «Entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas» no pueden prestar otros servicios de pagos.<sup>34</sup>

A su vez, el término «**dinero escritural**» se transpone como «dinero bancario», más impreciso, pero más habitual en el tráfico interno.<sup>35</sup> Esta opción terminológica no tiene implicaciones en la práctica, más allá de poner de relieve el carácter digital y desmaterializado del dinero bancario.

---

<sup>27</sup> Reserva establecida en el Artículo 5 RDL 19/2018.

<sup>28</sup> Artículo 4.k). 2º RDL 19/2018.

<sup>29</sup> Artículo 26.1 RD 736/2019.

<sup>30</sup> Artículo 6.1 inicial y 6.2 RDL 19/2018.

<sup>31</sup> Artículo 6.2 final RDL 19/2018.

<sup>32</sup> Visitado el 9 de mayo de 2020.

<sup>33</sup> Ver artículo 33 PSD2, transpuesto parcialmente en el artículo 15 RDL 19/2018.

<sup>34</sup> Solo hay una entidad registrada en el Banco de España como «Entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas», a 28 de abril de 2020.

<sup>35</sup> Utilizado en la definición de «fondos».

Por otro lado, la definición de la «autenticación reforzada de cliente», en lugar de ser concebida “de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación”, en la transposición pasa a ser concebida “de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de identificación”. **Se trata de una transposición incorrecta que crea inseguridad jurídica pues los «datos de autenticación» no coinciden con los «datos de identificación».** El artículo 98 de PSD2 diferencia entre «identificación» y «autenticación». La autenticación utiliza medios de identificación electrónica.<sup>36</sup> Comprende un proceso de identificación y comunicación con los usuarios. En dicho proceso, los proveedores de servicios de pago deben garantizar la identificación segura en las comunicaciones entre el dispositivo del ordenante y los dispositivos de aceptación del beneficiario.<sup>37</sup> En suma los «datos de autenticación» comprenden los «datos de identificación», pero también otros como las credenciales de seguridad personalizadas que se transmiten al usuario.

En relación con el «**día hábil**», la transposición precisa que en “cuentas de pago contratadas telemáticamente, se seguirá el calendario correspondiente a la plaza en la que esté ubicada la sede social del proveedor de servicios de pago con el que se hubieren contratado”.

Para la noción de «**grupo**» se añade una remisión al artículo 42 del Código de comercio, de este modo se integra el concepto.

Por lo demás, no se transponen las definiciones de «**marca de pago**» y de «utilización de marcas de pago compartidas», definiciones que solo se emplean en el parágrafo 13 de PSD2 para delimitar las actividades de pago de una red limitada excluidas de su ámbito. Dichas marcas de pago tampoco son mencionadas en el texto de la norma de transposición. Luego está justificada su falta de transposición.

#### 4. Reserva de actividad y de denominación profesional

La prohibición de prestar servicios de pago a quien no sea proveedor de dichos servicios o goce de una exclusión se instrumenta a través de una **reserva legal de la actividad**.<sup>38</sup> Esta es la forma habitual de enmarcar la regulación de las actividades financieras en Derecho interno.<sup>39</sup>

A su vez, la **denominación genérica** de «entidad de pago» queda reservada a las entidades de pago autorizadas. Pero no hay obligación de incluirla en la denominación que se utiliza en el tráfico. Pueden hacerlo, y tienen la exclusiva para hacerlo, pero no están obligadas a incluirla en su denominación.<sup>40</sup> El mismo régimen se aplica la denominación genérica de «entidad prestadora de servicios de información sobre cuentas». <sup>41</sup> Sin embargo no hay reserva legal de la denominación genérica de «entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas».

Constituye una infracción muy grave a las normas de ordenación y disciplina la prestación reiterada y con carácter profesional de algún servicio de pago, sin tener la condición de proveedor

<sup>36</sup> Ver Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

<sup>37</sup> Ver artículo 28.1 Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017.

<sup>38</sup> Artículo 31 RDL 19/2018.

<sup>39</sup> Ver, por todas, el artículo 3 sobre reserva de actividad y denominación, de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

<sup>40</sup> Frente a lo que ocurre para los bancos y demás entidades de crédito, quienes «utilizarán denominaciones genéricas propias» (artículo 3.2 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

<sup>41</sup> Artículo 8.5 RD 736/2019.



de servicio de pago, así como el empleo de alguna de las denominaciones reservadas sin haber sido autorizada o registrada.<sup>42</sup>

Las **normas de acceso** a los sistemas de pagos se transponen sin cambios, si bien se excluye de la prohibición de las normas discriminatorias o restrictivas a los sistemas cerrados en que un único proveedor actúe como proveedor del ordenante y del beneficiario y sea responsable exclusivo de la gestión del sistema.<sup>43</sup>

Se reconoce a las entidades de pago el acceso a cuentas abiertas en entidades de crédito en los términos establecidos en PSD2.<sup>44</sup> Si bien, la comunicación motivada de la denegación queda concretada. Se debe basar en un análisis de los riesgos específicos o en la falta de adecuación a los criterios publicados.<sup>45</sup>

A su vez, la **prohibición de captar depósitos** por parte de las entidades de pago también se transpone en los términos establecidos en PSD2.<sup>46</sup> Si bien, de conformidad con las bases recogidas en el artículo 11 del RDL 19/2018, el gobierno ha reglamentado el régimen de la autorización de las entidades de pago.<sup>47</sup> De acuerdo con la previsión reglamentaria, el Banco de España ha publicado una Guía para solicitantes de autorización.<sup>48</sup> Es una guía exhaustiva que facilita el acceso a mercado.

### III. MARCO LEGAL APLICABLE A LAS ENTIDADES DE PAGO

En el artículo 12 del RDL 19/2018 se detallan los **motivos por los que la solicitud de autorización puede ser denegada**.<sup>49</sup> Entre otras razones se denegará la solicitud por carecer de procedimientos que garanticen una gestión sana y prudente de la entidad, por falta de idoneidad de los accionistas que vayan a tener participación significativa, por falta de honorabilidad de los altos cargos, por existencia de obstáculos a la función de supervisión o por falta de capital social mínimo. El listado de motivos se cierra con una cláusula abierta que otorga un amplio margen de discrecionalidad técnica al Banco de España quien podrá denegar la solicitud cuando: “La información y las pruebas que acompañen a la solicitud no obtengan una valoración favorable respecto del cumplimiento de todos los requisitos establecidos”.<sup>50</sup>

En las normas de transposición se incorpora el régimen de **exención** del artículo 14 PSD2 siempre que, además de cumplir los demás requisitos previstos en este artículo, el valor total medio de las operaciones de pago ejecutadas en los 12 meses precedentes por la entidad no exceda de 3.000.000 euros mensuales.<sup>51</sup>

---

<sup>42</sup> Artículo 92.aa) Ley 10/2014.

<sup>43</sup> Artículo 8.3 RDL 19/2018.

<sup>44</sup> Artículo 9 inicial RDL 19/2018.

<sup>45</sup> Artículo 9 final RDL 19/2018.

<sup>46</sup> Artículo 10.2 RDL 19/2018.

<sup>47</sup> Ver artículo 2 RD 736/2019, dando cumplimiento a las Final Guidelines on Authorisations of Payment Institutions (EBA-GL-2017-09).

<sup>48</sup> Guía informativa para solicitantes de autorización de entidades de pago o de entidades de dinero electrónico, así como de registro de personas físicas o jurídicas prestadoras del servicio de información sobre cuentas o exentas a las que se refiere el artículo 14 del Real Decreto-Ley 19/2018, disponible en [https://sedeelectronica.bde.es/f/websede/INF/Comun/Relcionados/Guia\\_Informativa\\_para\\_Solicitantes.pdf](https://sedeelectronica.bde.es/f/websede/INF/Comun/Relcionados/Guia_Informativa_para_Solicitantes.pdf)

<sup>49</sup> Artículo 12 RDL 19/2018.

<sup>50</sup> Ver artículo 12.g) RDL 19/2018. Cláusula abierta que no se recoge en la regulación de las solicitudes de autorización de las entidades de crédito (ver artículo 7 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y artículo 6 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

<sup>51</sup> Artículo 14 RDL 19/2018, desarrollado por el artículo 4 RD 736/2019.

Las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas pueden ser **entidades híbridas** que desarrollen actividades empresariales distintas de la prestación de servicios de pago.<sup>52</sup> En cualquier caso, quedan habilitadas para prestar servicios operativos o servicios auxiliares estrechamente relacionados con la prestación del servicio de información sobre cuentas.<sup>53</sup> Está expresamente previsto que el régimen de registro de entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas se oriente al mantenimiento del mayor nivel posible de competencia en la prestación de servicios de pago.<sup>54</sup>

De conformidad con las previsiones de PSD2, el **registro** de los distintos tipos de entidades de pago está a cargo del Banco de España. Se trata de un registro público, actualizado y accesible a través de internet.<sup>55</sup> Hay además un registro de altos cargos de entidades de pago que tiene carácter confidencial. El Banco de España evalúa la idoneidad de los altos cargos que acceden al registro.

Las previsiones sobre **seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente** para prestar los servicios de información sobre cuentas o de iniciación de pagos se ajustan a las previsiones de PSD2. Aunque se habilite al Banco de España, que podrá determinar los criterios que deban utilizarse para estipular el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente, lo cierto es que la Guía informativa para solicitantes de autorización establece que dicha cobertura “debe cubrir, como mínimo, el importe monetario calculado de conformidad con las Directrices EBA GL/2017/08”.

Además de su régimen específico, a las entidades de pago les resulta de aplicación el régimen de las **participaciones significativas**, y de la correspondiente intervención y sustitución, de las entidades de crédito.<sup>56</sup>

La **revocación** puede referirse exclusivamente a alguno de los servicios de pagos objeto de la autorización.<sup>57</sup> Como causa adicional a las tasadas en PSD2, el Banco de España puede revocar la autorización como sanción.<sup>58</sup>

Se protegen de forma especial los **fondos asociados a la prestación de servicios de pagos** depositados en cuenta separada en entidad de crédito. Los usuarios de servicios de pago, en caso de concurso de la entidad de pago, gozan de un derecho absoluto de separación.<sup>59</sup>

Las entidades de pago responden de los **actos de sus empleados, agentes** o personas a las que haya externalizado sus actividades.<sup>60</sup>

Frente al mínimo de cinco años exigido por el artículo 21 PSD2, las entidades de pago deben **conservar los documentos** relativos a su cumplimiento normativo durante, al menos, seis años.<sup>61</sup>

---

<sup>52</sup> Artículo 3.3.b) RD 736/2019.

<sup>53</sup> Artículo 3.3.a) RD 736/2019.

<sup>54</sup> Artículo 51.3 RDL 19/2018.

<sup>55</sup> Hay registradas 44 entidades de pago, ninguna exenta y una entidad prestadora del servicio de información sobre cuentas. Visitado el 11 de mayo de 2020.

<sup>56</sup> Artículos 17.5 y 17.6 RDL 19/2018.

<sup>57</sup> Artículo 18. 1 final RDL 19/2018.

<sup>58</sup> Artículo 18.1.h) RDL 19/2018, al igual que ocurre para las entidades de crédito (artículo 8.1.e) Ley 10/2014).

<sup>59</sup> Artículo 21.1.a) final RDL 19/2018.

<sup>60</sup> Artículo 23.5 RDL 19/2018.

<sup>61</sup> Artículo 24 RDL 19/2018.

El **Banco de España es la autoridad designada** para el control e intervención de los proveedores de servicios de pagos.<sup>62</sup> Puede recabar cuanta información sea necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa. Puede emitir recomendaciones o guías. Los auditores de cuentas de las entidades de pagos deben comunicar al Banco de España cualquier hecho o decisión que pueda suponer una violación de la normativa o dar lugar a una salvedad.<sup>63</sup>

#### IV. REQUISITOS DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

La norma de transposición **amplía la protección de los consumidores a las microempresas** en relación con la transparencia y los derechos y obligaciones contractuales en los servicios de pago.<sup>64</sup>

Como permite PSD2, los **límites establecidos para considerar instrumentos de pago de escasa cuantía** a efectos de delimitar los requisitos de información se elevan al doble.<sup>65</sup>

Sin perjuicio de suministrar la información y condiciones a través de la orden de pago o del contrato marco, el proveedor de servicios de pagos debe poner a disposición de los usuarios un **folleto con la información y condiciones reglamentadas** para las operaciones de pago singulares o para las que se celebran al amparo de un contrato marco.<sup>66</sup> El folleto es la vía habitual de poner a disposición de la clientela la información precontractual.<sup>67</sup>

La información al usuario sobre las «medidas de salvaguardia y correctivas» se identifican como **medidas sobre «responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución»** sin que este cambio de título afecte a su contenido.<sup>68</sup>

El usuario del servicio de pago puede **resolver el contrato marco** en cualquier momento, sin necesidad de preaviso alguno,<sup>69</sup> lo que resulta más favorable a lo que dispone el artículo 55.1 PSD2 que permite pactar un preaviso de un mes. Tras recibir la solicitud, el proveedor debe proceder al cumplimiento de la orden de resolución en 24 horas. Debe poner a disposición del usuario el saldo que la cuenta presente a su favor y, a su vez, el usuario debe entregar al proveedor, para su inutilización, las tarjetas o instrumentos de pago asociados a la cuenta de pago. No se acaba de entender esta previsión, pues la inutilización del instrumento no depende de su entrega por el usuario. La tarjeta, como objeto material, una vez ha sido inutilizada, pierde su valor de uso.

No obstante, este derecho de resolución del contrato marco, **se condiciona a no tener contratados otros productos o servicios financieros asociados** a la cuenta.<sup>70</sup> En tal caso, el usuario no podrá resolver el contrato y el proveedor puede subir el coste de la cuenta cuando el

---

<sup>62</sup> Véase artículo 26 RDL 19/2018.

<sup>63</sup> Artículo 25.3 RDL 19/2018.

<sup>64</sup> Artículo 34.1 RDL 19/2018. No obstante, se exceptiona a las microempresas de la aplicación del derecho a ordenar la devolución de los adeudos domiciliados, por considerar que la atribución de tal derecho distorsionaría el sistema de gestión de los adeudos domiciliados, ocasionando a las microempresas perjuicios derivados del riesgo de crédito que tendrían que asumir los proveedores de servicios de pago en dicho periodo (Exposición de motivos RDL 19/2018).

<sup>65</sup> Artículo 5.3 Orden ECE/1263/2019, según permite el artículo 42.2 PSD2.

<sup>66</sup> Artículos 8.1 y 13.1 Orden ECE/1263/2019, que desarrollan la habilitación contenida en el artículo 29.3 RDL 19/2018.

<sup>67</sup> Véase Capítulo II, Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

<sup>68</sup> Véase artículo 13.e) Orden ECE/1263/2019.

<sup>69</sup> Artículo 32.1 RDL 19/2018.

<sup>70</sup> Artículo 32.2 II y III RDL 19/2018.

usuario la utilice como soporte de los otros productos o servicios financieros contratados con la entidad. Esta limitación a la resolución del contrato marco también se aplica a los casos en que el cliente, en principio, podría resolver por no aceptar una modificación del contrato marco comunicada por el proveedor.<sup>71</sup>

Este régimen especial, que limita el derecho de resolución del contrato marco por parte del usuario, tiene especial importancia en el tráfico. En España, existe un alto porcentaje de vivienda en propiedad adquirida en préstamos hipotecarios a largo plazo,<sup>72</sup> y es habitual tener domiciliado el pago de la cuota del préstamo hipotecario a la cuenta de pagos. Por lo demás, hay un régimen especial que permite vincular el préstamo hipotecario a diversos contratos de seguros y a otros productos y servicios financieros.<sup>73</sup> En particular, en lo que aquí nos interesa, el banco prestamista puede vincular el préstamo a la contratación de una cuenta de pago, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses del mismo o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago.<sup>74</sup> Estas vinculaciones condicionan el derecho de resolución del contrato marco. **El cliente vinculado pierde el derecho de resolución del contrato marco y queda obligado a mantener la cuenta de pagos** con poder de la entidad bancaria de variar unilateralmente el coste si el cliente como es habitual utiliza la cuenta para otros usos. **Esta situación es anticompetitiva y pudiera constituir una incorrecta trasposición** de PSD2. El artículo 55.6 permite que los Estados miembros prevean en relación con la resolución del contrato marco «disposiciones que resulten más favorables a los usuarios de servicios de pago». Sin embargo, las previsiones del artículo 32.2 del RDL 19/2018, son desfavorables para los usuarios. Condicionan el derecho de resolución al hecho de no tener contratados con el banco otros productos o servicios financieros. De este modo, en la práctica, queda excluido el derecho de resolución para la mayor parte de los usuarios vinculados con otros productos o servicios.

Esta limitación se extiende a aquellos casos en que el banco comunica que pretende modificar unilateralmente las condiciones del contrato marco, perdiendo el cliente su derecho a no aceptar en el plazo de preaviso la modificación optando por resolver el contrato marco. Con este régimen de *ius variandi*, el usuario que tiene contratado otros productos o servicios con el banco, como es lo habitual, queda atado con el banco y no puede rescindir el contrato marco, teniendo además que soportar el cambio de condiciones en favor del banco.

El régimen de resolución del contrato marco se aplica «sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil sobre los derechos de las partes a solicitar la declaración de nulidad del contrato marco. Asimismo, se aplican supletoriamente las previsiones del Código Civil sobre la resolución

<sup>71</sup> Artículo 33.1 inciso final RDL 19/2018.

<sup>72</sup> En diciembre de 2019 el saldo vivo del crédito hipotecario era de 643.585 millones de euros, lo cual supone aproximadamente el 57% del total del crédito otorgado al sector privado y cerca de un 52% del PIB (Asociación Hipotecaria Española, *Boletín Trimestral - Cuarto Trimestre 2019*, abril 2020, pág. 13).

<sup>73</sup> Aunque, de conformidad con lo previsto en MCD, el artículo 17.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, quedan prohibidas las prácticas de venta vinculada con préstamos hipotecarios, el régimen de excepciones es tan amplio que son muy habituales. La autoridad competente puede autorizar prácticas de ventas vinculadas cuando el banco prestamista pueda demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos acarrear un claro beneficio para los prestatarios, teniendo en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado. Esta autorización de ventas vinculadas ha sido calificada de verdadero «cajón de sastre» [Karolina LYCZKOWSKA, “Capítulo X.- Contratos vinculados”, en *Comentario a la ley de contratos de crédito inmobiliario*, Ángel Carrasco Perera (Director), 2019]. El banco puede exigir la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños.

<sup>74</sup> Artículo 17.4 de la Ley 5/2019, desarrollado por el artículo 32 sexies Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, añadido por Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

de las obligaciones contractuales». <sup>75</sup> Como hemos anticipado, no hay en derecho interno español un régimen codificado de los contratos bancarios. Son contratos atípicos, salvo las previsiones recogidas en el título III del RDL 19/2018, sobre «derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago». También tienen esa naturaleza las normas sobre resolución y modificación del contrato marco del título II del RDL 19/2018. <sup>76</sup> Dicha normativa se aplica sin perjuicio del régimen de la nulidad y resolución contractual recogido en el Código civil. <sup>77</sup> Desde esta perspectiva, la **limitación del derecho de resolución y la facultad del banco de elevar el coste de servicio de forma unilateral**, además de suponer una incorrecta transposición de PSD2, contraria al principio de efectividad, **puede resultar contraria al artículo 1256 del Código civil** que prohíbe dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

A lo anterior se añade que se permiten, y será lo habitual, que las **modificaciones del contrato marco se puedan facilitar en «soporte duradero»**, es decir mediante un instrumento digital de almacenaje, con la problemática de la «volatilidad de la información» desmaterializada, con un “elevado riesgo de «(ab)ius variandi tecnologia causa»: amparado en la tecnología, el proveedor puede alterar a su antojo los términos de la relación contractual con el usuario, llevando el contrato a un grado de indeterminación no tolerable por el Derecho de obligaciones y contrato”. <sup>78</sup> El *ius variandi* por parte del proveedor del servicios de pago debe ejercitarse conforme a las pautas armonizadas por PSD2 y que “debemos aplicar efectivamente si queremos mantener el valor de la autonomía de la voluntad”. <sup>79</sup>

## V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

Los beneficiarios de las operaciones de pago no pueden exigir al ordenante el pago de **gastos o cuotas adicionales** por la utilización de cualesquiera instrumentos de pago, una medida que el artículo 63.5 PSD2 permite “teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes”. <sup>80</sup>

Se reconoce a los usuarios el **derecho a recurrir a servicios de información** sobre cuentas en los términos establecidos en PSD2. <sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> Artículo 32.6 RDL 19/2018.

<sup>76</sup> De hecho, las normas sobre resolución y modificación del contrato marco se transponen en el RDL 19/2018, dedicado a la transposición de las normas de PSD2 que requieren norma de rango legal por afectar a los contratos, en lugar de haber dejado estos extremos al RD 736/2019, dedicado a las normas de transparencia de naturaleza administrativa.

<sup>77</sup> Véase arts. 1300 y 1124 Código civil.

<sup>78</sup> Pedro José BUESO GUILLÉN, “Capítulo 6. Cumplimiento telemático de la obligación de información previa a la modificación del contrato marco de servicios de pago: A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de enero de 2017 en el asunto C-375/15 «BAWAG vs. Vfbk»”, en *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Rafael MARIMÓN DURÁ y Jaime MARTÍ MIRAVALLES (directores), 2018, quien considera que el *ius variandi* por parte del proveedor del servicios de pago debe ejercitarse conforme a las pautas armonizadas por PSD2.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Sobre el carácter pro-competencia de PSD2 en el marco de Open Finance véase : ZUNZUNEGUI, F., «La digitalización de los servicios de pago », en *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*, Aurelio Gurrea Martínez and Nydia Remolina (dir.), 2020, pp. 174-206; “Digitalisation of Payment Services”, *Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper*, 5/2018. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3256281>

<sup>81</sup> Artículos 7 y 38 RDL 19/2018.

La **sustitución de una tarjeta tras el desbloqueo** solicitado por el usuario “se realizará sin coste alguno para el usuario”.<sup>82</sup> La sustitución puede “venir motivada por la incorporación al instrumento de pago de nuevas funcionalidades, no expresamente solicitadas por el usuario, siempre que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad y la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente”.<sup>83</sup>

Los proveedores de servicios de pago deben **conservar la documentación y los registros** que les permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones durante, al menos, seis años, con derecho del usuario a solicitar dicha documentación.<sup>84</sup> No obstante, deben conservar la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los servicios de pago **durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente** para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.<sup>85</sup> Esta norma responde a la experiencia adquirida en los numerosos contenciosos que se han planteado ante los tribunales tras la crisis financiera. Con cierta frecuencia el banco demandado, a quien corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, no ha conservado durante dicho plazo toda la documentación contractual. Esta falta de conservación de la documentación le coloca en una posición de debilidad ante las demandas de sus clientes. De este modo, adquiere rango legal un criterio jurisprudencial que había sido asumido por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España.<sup>86</sup>

No se han establecido **plazos máximos de ejecución** inferiores a los indicados en PSD2.<sup>87</sup>

La **indemnización por los gastos ocasionados por el proveedor en caso de no ejecución o de ejecución defectuosa o con retraso** se extienden a los casos de operaciones iniciadas por el ordenante a través de un servicio de iniciación de pagos.<sup>88</sup>

En cuanto a la protección de datos, el artículo 65 del RDL 19/2018 se limita a confirmar que el tratamiento y cesión de los datos relacionados con los servicios de pagos se encuentran sometidos a lo dispuesto en el GDPR.<sup>89</sup> No menciona el tratamiento de datos personales por los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago cuando sea necesario a fin de garantizar la prevención, la investigación y el descubrimiento del fraude en los pagos.<sup>90</sup> Tampoco menciona que los proveedores de servicios de pago únicamente pueden obtener, tratar y conservar los datos personales necesarios para la provisión de sus servicios de pago con el consentimiento expreso del usuario del servicio de pago.<sup>91</sup>

Este artículo 65 del RDL 19/2018, contiene un único párrafo. Sin embargo, es un párrafo que está numerado como primero, como si debieran seguirle otros que se han omitido. Lo cierto es que el anteproyecto de Ley de servicios de pago dedicaba a la protección de datos un artículo con

---

<sup>82</sup> Artículo 40.4 RDL 19/2018.

<sup>83</sup> Artículo 41.1.b) final RDL 19/2018.

<sup>84</sup> Artículo 44.4 primer inciso RDL 19/2018.

<sup>85</sup> Artículo 44.4 inciso final RDL 19/2018.

<sup>86</sup> Banco de España, *Memoria de Reclamaciones, 2018*, págs. 279 y 280.

<sup>87</sup> Como permite el artículo 86 PSD2.

<sup>88</sup> Artículo 62 RDL 19/2018, excluido de las normas de disciplina y ordenación a efectos sancionadores, según dispone el artículo 71.3.a) RDL 19/2018.

<sup>89</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>90</sup> Artículo 94.1 inicial PSD2.

<sup>91</sup> Artículo 94.2 PSD2.

tres apartados correlativamente numerados.<sup>92</sup> Al publicar el proyecto como decreto-ley, el Gobierno mantiene el primer apartado con su numeración, pero elimina los dos siguientes. El apartado segundo eliminado transponía el mismo apartado del artículo 94 PSD2. A su vez, el párrafo tercero transponía el inciso inicial del artículo 94.1 PSD2. Tal vez el Gobierno consideró que esos dos párrafos resultaban superfluos o irrelevantes en relación con el GDPR. Pero lo cierto es que **en materia de protección de datos la transposición de PSD2 resulta parcial**, lo que crea un riesgo legal en un ámbito muy delicado.

Según recoge la Guía informativa del Banco de España, las entidades de pago deben “tener en cuenta lo establecido en las Directrices EBA/GL/2019/04, sobre gestión de riesgos de TIC y de seguridad, de 28 de noviembre, de aplicación a partir del 30 de junio de 2020 y, hasta esa fecha, lo indicado al respecto en las Directrices EBA/GL/2017/17”.<sup>93</sup> Las entidades de pago deben disponer de un **mecanismo de notificación de incidentes** que “tenga en cuenta lo establecido tanto en las Directrices EBA/GL/2017/10, de 18 de diciembre, sobre la notificación de incidentes graves, como en el procedimiento para la remisión al Banco de España de tales incidentes, disponible en la Oficina Virtual del Banco de España.”<sup>94</sup> El Banco de España debe colaborar con el Instituto Nacional de Ciberseguridad con la finalidad de elevar la confianza digital y con este objetivo le debe “trasladar los incidentes de seguridad más frecuentes y significativos comunicados por los proveedores de servicios de pago”.<sup>95</sup>

Los proveedores de servicios de pago deben aplicar la **autenticación reforzada** de clientes en la forma, con el contenido y con las excepciones previstas en Reglamento Delegado relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada.<sup>96</sup> La entrada en vigor del citado reglamento, fijada para el 14 de septiembre de 2019, ha sido objeto de dictamen de EBA contemplando la posibilidad de que las autoridades nacionales aplicaran una moratoria de 15 meses.<sup>97</sup> De conformidad con esta habilitación, el Banco de España, en el «marco de la flexibilidad supervisora», ha asumido que **los planes de migración de los proveedores de servicios de pagos deberán completarse con anterioridad al 31 de diciembre de 2020**.<sup>98</sup> Dicha flexibilidad se condiciona a que el Banco de España apruebe el correspondiente plan de migración de conformidad con lo señalado en el dictamen de EBA. Esta medida se adopta para evitar posibles efectos negativos para los usuarios, ofreciendo un plazo para que los emisores de instrumentos de pago y los adquirentes de operaciones migren hacia soluciones que cumplan con los requisitos de la autenticación reforzada. Se trata de un plan de contingencia de cumplimiento normativo. Ante la situación incumplidora, sin llegar a suspender la vigencia de la autenticación reforzada, el Banco de España al amparo del dictamen de EBA, ofrece un puerto seguro a las entidades que presenten un plan de migración que cumpla las exigencias del dictamen de EBA, una vez sea aprobado por el propio Banco de España. Es una situación transitoria, que crea inseguridad jurídica. Tiene una finalidad práctica, a saber, forzar la adaptación de las prácticas

---

<sup>92</sup> Anteproyecto Sleg8419 11/07/2018 CdE, disponible en este enlace [https://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/20180711\\_sleg8419\\_apl\\_transposicion\\_psd2\\_cde.pdf](https://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/20180711_sleg8419_apl_transposicion_psd2_cde.pdf)

<sup>93</sup> Guía Informativa, pág. 14.

<sup>94</sup> Guía Informativa, pág. 13.

<sup>95</sup> Artículo 67.5 RDL 19/2018.

<sup>96</sup> Véase artículo 68.1 RDL 19/2018, que remite al Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros.

<sup>97</sup> Véase *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*, EBA-Op-2019-06, 21 June 2019; completada por la *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce cardbased payment transactions*, EBA-Op-2019-11, 16 October 2019.

<sup>98</sup> Véase la nota informativa del Banco de España de 18 de octubre de 2019 que actualiza la de 11 de septiembre de 2019.

del mercado a las nuevas exigencias de seguridad. No es algo exclusivo de España.<sup>99</sup> Se trata de lograr, tras este periodo transitorio, seguridad en la prestación de servicios de pagos, garantizado que la autenticación reforzada no sea utilizada como medida anticompetitiva, uno de los temas más controvertidos del nuevo marco legal.<sup>100</sup>

La autenticación reforzada es una medida de seguridad pero que **puede ser utilizada para limitar la competencia** por parte de las entidades gestoras de cuenta, es decir, por la banca. Por esa razón se prohíbe este tipo de abusos por parte de los proveedores de servicios de pago gestores de cuenta.<sup>101</sup> Durante el período anterior a la fecha de cumplimiento del Reglamento Delegado relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada, ningún proveedor de servicios de pago gestor de cuenta “podrá abusar de la situación de incumplimiento para impedir o dificultar la utilización de servicios de iniciación de pagos y servicios de información sobre cuentas en relación con las cuentas de cuya gestión se encargue”.

El Tribunal Supremo español, en un primer pronunciamiento sobre la **responsabilidad de un proveedor de servicios de pagos** en el marco del RDL 19/2018, considera que reproduce un sistema de responsabilidad a cargo del proveedor del servicio, que solo cede “en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave; que lo será solo en caso de actuación fraudulenta, cuando el proveedor no ha establecido el sistema de autenticación reforzada.”<sup>102</sup> Construye la responsabilidad civil del banco “a partir del deber objetivo de cuidado que la normativa específica impone a las entidades bancarias, como proveedoras de servicios de pago”. De este modo consolida una «cuasi-objetivación» de la responsabilidad del banco “basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de la actividad que lo genera (*cuius commoda eius incommoda*)”.<sup>103</sup>

El Tribunal Supremo, en su sentencia 16 de diciembre de 2009, ya se había pronunciado sobre el posible **carácter abusivo de determinadas condiciones generales incluidas en los contratos de servicios de pagos**, en particular mediante tarjetas.<sup>104</sup> Estima esta sentencia que la previsión contractual de que la comunicación del extravío o sustracción debe efectuarse “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello” es una fórmula adecuada de equilibrio contractual. Fórmula que se recoge en el artículo 41 de la vigente ley de servicios de pagos. Esta misma sentencia también se pronuncia sobre quien debe soportar el daño por la utilización indebida antes de la sustracción o extravío. Considera el alto tribunal que las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas “porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor”. Doctrina que se mantiene con PSD2. También se pronuncia sobre a quién corresponde la carga de probar la utilización indebida del PIN. Según dice esta sentencia, le corresponde al usuario titular de la tarjeta “porque en otro caso

---

<sup>99</sup> Al menos las autoridades nacionales competentes (NCAs) de 21 Estados miembros han aplicado la moratoria, y tras COVID-19 no se descarta una ampliación de la moratoria. Véase «Will PSD2 / SCA be delayed» vía <https://support.adyen.com/hc/en-us/articles/360008764900-Will-PSD2-SCA-be-delayed->.

<sup>100</sup> Según EBA: «The proposed Regulatory Technical Standards on strong customer authentication and secure communication are key to achieving the objective of the PSD2 of enhancing consumer protection, promoting innovation and improving the security of payment services across the European Union», vía <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/regulatory-technical-standards-on-strong-customer-authentication-and-secure-communication-under-psd2>, donde se recogen algunos antecedentes del debate mantenido con la Comisión Europea.

<sup>101</sup> Disposición transitoria octava RDL 19/2018.

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 332/2020, Sala de lo Penal, de 12 de febrero, al resolver de forma acumulada sobre la acción civil de responsabilidad subsidiaria del banco.

<sup>103</sup> En este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, sección 12, 418/2019, de 3 de octubre, considera que la Ley 16/2009 «establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva del proveedor de servicios de pago».

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala civil, 792/2009, de 16 de diciembre.



se crea para la entidad una situación de «*probatio diabólica*» atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo, de práctica imposibilidad probatoria”. En este punto, los requisitos de autenticación reforzada de PSD2, de conformidad con el correspondiente Reglamento Delegado, reducen la posibilidad de fraude y suponen una novedad respecto a la carga de la prueba. Corresponde al proveedor de servicios de pago probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave.<sup>105</sup> Cuando el usuario niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, “corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago”.<sup>106</sup> Estas normas, basadas en la autenticación reforzada, suponen un vuelco total en la carga de la prueba. Por lo tanto, debemos considerar que la doctrina jurisprudencial que consideraba «*probatio diabólica*» imponer al proveedor de servicios de pagos la utilización indebida del instrumento de pago ya no resulta de aplicación al ser contraria al vigente régimen legal.

## VI. PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

### 1. Servicios de reclamaciones

Los proveedores de servicios de pagos deben disponer de un **servicio de atención al cliente** para resolver las reclamaciones que presenten los usuarios en relación con los derechos y obligaciones en la prestación de dichos servicios, incluidas las normas de transparencia.<sup>107</sup> El plazo máximo para la respuesta definitiva a las reclamaciones “no excederá de un mes”, frente a los “treinta y cinco días hábiles” establecidos en el artículo 101.2 PSD2. Rige el principio de proporcionalidad y el Banco de España puede modular las obligaciones de las entidades en relación con su servicio de reclamaciones “atendiendo al tamaño y estructura de las entidades, así como a su naturaleza, dimensión y complejidad de las actividades que desarrollan”.<sup>108</sup>

El Banco de España ha adoptado como propias las **directrices de EBA y ESMA sobre la gestión de quejas y reclamaciones** para los sectores de valores y bancario, cuyo ámbito se ha extendido a los servicios de pagos.<sup>109</sup>

### 2. Resolución alternativa de conflictos

La resolución alternativa de conflictos corresponderá «cuando se cree» la entidad prevista en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017.<sup>110</sup> Dicha disposición plantea la creación de una

---

<sup>105</sup> Artículo 44.3 RDL 19/2018.

<sup>106</sup> Artículo 44.1 inicial RDL 19/2018, que se corresponde con el derogado artículo 30.1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, por lo demás referenciado con cierta incoherencia en el fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009.

<sup>107</sup> De conformidad con el artículo 69 RDL 19/2018, y subsidiariamente según lo dispuesto en el artículo 29 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, modificada por la disposición final 2.1 de la Orden ECE/1263/2019.

<sup>108</sup> Disposición adicional tercera de la Orden ECO/734/2004, añadida por disposición final 2.2 de la Orden ECE/1263/2019.

<sup>109</sup> Véase EBA, *Final report on the application of the existing Joint Committee Guidelines on complaints-handling to authorities competent for supervising the new institutions under PSD2 and/or the MCD*, JC 2018 35, 31 July 2018; adoptadas como propias por resolución de la Comisión Ejecutiva del Banco de España de 19 de marzo de 2020.

<sup>110</sup> Artículo 70.1 RDL 19/2018.

única entidad de resolución alternativa de conflictos para litigios de consumo en el sector financiero en un plazo de ocho meses, sin que hasta la fecha se haya cumplido esta previsión. Hay un borrador de Proyecto de ley de creación de la **Autoridad Administrativa Independiente de Protección del Cliente Financiero**, de 7 de marzo de 2019, presentado como solución regulatoria ante la «situación actual de litigiosidad en el sector financiero, unida a la judicialización de las controversias entre clientes y entidades financieras, en ocasiones con un carácter masivo».

De forma transitoria ha asumido las competencias de ADR financiero, en particular en materia de servicios de pagos, el Servicio de reclamaciones del Banco de España, Servicio encuadrado en el «**Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones**»,<sup>111</sup> que ha debido acomodar su funcionamiento y procedimiento para garantizar su independencia organizativa y funcional.<sup>112</sup> Aunque que se trata de un departamento del supervisor que **carece de la independencia e imparcialidad requerida para funcionar como ADR**.<sup>113</sup>

Cuando se cree la nueva autoridad, en su actuación de ADR financiero deberá resolver las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios de pagos que deriven de incumplimientos normativos, así como de los estándares o de las buenas prácticas y usos financieros. El artículo 102.1 PSD2 delimita el ámbito de ADR a la «resolución de litigios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de los títulos III y IV de la presente Directiva», entre los que se pueden incluir los estándares o normas técnicas de EBA. No hay referencia a «**buenas prácticas y usos financieros**». Esta ampliación del régimen aplicable puede cuestionar la efectividad del mecanismo. Como dice el Tribunal Supremo, «han de evitarse las extralimitaciones bancarias, aun cuando constituyan práctica generalizada».<sup>114</sup> La oscuridad contractual no puede justificarse por un «uso de carácter bancario».<sup>115</sup>

## VII. RÉGIMEN SANCIONADOR

El artículo 71 del RDL 19/2018 **remite al régimen sancionador de las entidades de crédito** para establecer el régimen sancionador de las entidades de pago, designando al Banco de España como autoridad competente. Dicho régimen se aplica tanto a las entidades autorizadas en España como a los agentes y sucursales de los proveedores autorizados en otro Estado miembro. Como novedad, el Banco de España ha establecido un procedimiento para que los usuarios y sus asociaciones puedan denunciar presuntas infracciones.<sup>116</sup> Los proveedores de servicios de pago

<sup>111</sup> Departamento que desde junio de 2013 centraliza las competencias del Banco de España de resolución de conflictos, no solo «con la pretensión de facilitar la resolución de conflictos individuales, sino también como un elemento de información crucial para implementar acciones regulatorias y supervisoras preventivas y tendentes a promover la correcta conducta de las entidades hacia sus clientes» (Banco de España, Memoria de reclamaciones 2013, pág. 18 ; disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/13/1.INTRODUCCION.PDF>).

<sup>112</sup> Véase la Disposición transitoria séptima del RDL 19/2018, según la cual dicho Servicio debe ajustar «su proceder en la resolución de las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios de pago a los principios de profesionalidad, adecuación, imparcialidad, efectividad e independencia organizativa y funcional».

<sup>113</sup> Véase artículo 102.1 PSD2 y artículo 1 Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 abril 1994.

<sup>115</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 28 junio 2001. En Italia es nulo el reenvío a los usos para la determinación de la contraprestación debida por el cliente (artículo 23.2 *Testo unico in materia di intermediazione finanziaria*, según el cual «*E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico*»).

<sup>116</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 71. 5 RDL 19/2018. Procedimiento ES\_BDE\_C797\_P234 de la Oficina Virtual del Banco de España, que también está a disponible para denunciar la denegación indebida de su derecho a acceder a cuentas de pago en entidades de crédito para permitir prestar sus servicios; procedimiento disponible en <https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/menu/institucionesfin/sistemas-de-pago/denuncia-de-presuntas.html>

deben comunicar al Banco de España las informaciones que entienda necesarias para el ejercicio de sus funciones de control.<sup>117</sup>

Otra novedad relevante es el **régimen especial para las infracciones que pueda cometer el Banco de España**, a cargo de un órgano *ad hoc* dentro de su estructura. Las resoluciones de este órgano deben ser comunicadas al Defensor del Pueblo como supervisor de la actividad de la Administración. Es una previsión extravagante que puede crear conflictos entre dos administraciones independientes que tendrán que ser resueltos por las Cortes Generales, a quienes rinden cuenta ambas instituciones.

## VIII. CONCLUSIONES

En España, se ha optado por transcribir el contenido de PSD2 sin la necesaria adaptación al Derecho interno. Tan solo se añaden algunos matices en la terminología utilizada, salvo en dos cuestiones esenciales. Por un lado, el derecho de resolución del contrato marco y el *ius variandi* de las comisiones a percibir del cliente. Este régimen resulta contrario a lo dispuesto en PSD2 y al artículo 1256 del Código civil que prohíbe dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. De otro, no existe un sistema alternativo de resolución de conflictos (ADR). Un departamento del Banco de España ha asumido las competencias de resolución de conflictos, pero carece de la independencia e imparcialidad requerida para funcionar como ADR.

Salvo estas dos excepciones, la transposición es literal, sin adaptar el texto de la directiva al Derecho interno, esta falta de adaptación al Derecho interno tiene dos lecturas. Por un lado, crea la apariencia de un derecho interno plenamente armonizado. En realidad, no hay diferencias sustanciales entre el texto de PSD2 y el recogido en Derecho interno en las normas de transposición. Pero esta armonización es algo aparente, pues al no haberse adaptado el texto de la directiva al ordenamiento interno, surgen dudas para los operadores jurídicos sobre la interpretación de las normas. En buena medida, quien está sirviendo de guía para localizar la norma aplicable al supuesto de hecho y su verdadero alcance es el Banco de España. Sus criterios, publicados cada año en el Informe de Reclamaciones, orientan la aplicación de las normas. Hay un problema de legitimidad, pues los criterios del Banco de España nos son fuente del Derecho. Además, hay un sesgo prudencial en sus soluciones, primando la protección de la solvencia sobre la buena conducta de las entidades. De hecho, el Fondo Monetario Internacional le ha pedido ser más proactivo en la aplicación de las normas de conducta.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Disposición adicional tercera RDL 19/2018.

<sup>118</sup> IMF (2017), IMF, *Spain: Financial Sector Assessment Program-Technical Note-Supervision of Spanish Banks*, November 2017, paragraph 177, p. 54. Disponible en: <http://www.imf.org/~media/Files/Publications/CR/2017/cr17345.ashx>.