

LA SEGUNDA DIRECTIVA DE SERVICIOS DE PAGO

Alberto Javier Tapia Hermida (*)

(*) Alberto Javier Tapia Hermida es catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

Este artículo es responsabilidad exclusiva del autor y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España o del Eurosistema.

Resumen

Este estudio ofrece una visión panorámica y sintética, desde el punto de vista regulatorio jurídico, de la Directiva (UE) 2015/2366, sobre servicios de pago (DSP 2). Para ello, se comienza por exponer sus aspectos generales, ordenados en torno a su marco regulatorio temporal, sustancial y geográfico de referencia, junto con su finalidad de política legislativa y el contexto regulatorio en el que se inserta. A continuación, el estudio expone la estructura regulatoria de los servicios, de pago en la UE conforme a la DSP 2, que está integrada por los sujetos implicados en aquellos servicios que son los proveedores y los usuarios, de los que se ofrecen sendas tipologías; y por los servicios de pago tipificados, que se clasifican identificando los incluidos y los excluidos. El estudio se completa con la exposición del funcionamiento de los servicios de pago en la UE que dibuja la DSP 2, que debe partir de la identificación adecuada de los contratos derivados de aquellos servicios, para exponer, a continuación, el régimen de transparencia y el estatuto jurídico de las partes implicadas, integrado por sus derechos y obligaciones, con ocasión de la autorización y de la ejecución de las operaciones de pago.

1 Introducción: la DSP 2 dentro del «tsunami» regulatorio financiero de 2018

Este año 2018 —en particular, el mes de enero— ha sido especialmente prolífico en la aplicación de nuevas regulaciones europeas de diferentes aspectos del mercado financiero, que han tenido un impacto notable tanto en los intermediarios como en los clientes e inversores. En concreto, aquellas normas han impactado en el mercado bancario y, dentro de él, en los sistemas y mecanismos de pago.

Podemos clasificar los impactos regulatorios financieros en dos categorías:

- a) La regulación del mercado bancario se vio modificada de forma significativa por la entrada en vigor, el 25 de noviembre de 2017, de la normativa de cuentas bancarias y comparabilidad de comisiones establecida en la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas¹, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones².
- b) La regulación del mercado de valores se vio profundamente afectada por la entrada en vigor, el 3 de enero de 2018, de la normativa MiFID II, integrada por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II), y por el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (MiFIR). Esta normativa MiFID II ha sido parcialmente transpuesta en nuestro Derecho por el Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adap-

¹ DOUE de 28.8.2014.

² BOE n.º 287, de 25 de noviembre de 2017. Véase Tapia Hermida (2018), «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su trasposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 19/2017», *La Ley Unión Europea*, n.º 56, 28 de febrero.

tación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores³.

2 Aspectos generales

2.1 MARCO REGULATORIO TEMPORAL: LA APLICACIÓN DESDE EL 13 DE ENERO DE 2018 Y SU EVENTUAL EFECTO DIRECTO

El panorama que acabamos de describir de nuevas regulaciones europeas de diferentes aspectos del mercado financiero se completó con la aplicación —desde el 13 de enero de 2018— 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, y por la que se modifican las directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DSP 2 o, en acrónimo inglés, PSD 2)⁴. Su art. 115, dedicado a su transposición, estableció que «a más tardar el 13 de enero de 2018, los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva» y «aplicarán dichas disposiciones a partir del 13 de enero de 2018»⁵.

La importancia y el impacto directo de esta DSP 2 en el tráfico bancario cotidiano se pudieron verificar al comprobar cómo, durante las últimas semanas de 2017, los bancos españoles informaron a su clientela de los principales impactos de la inminente aplicación de aquella desde el 13 de enero de 2018. Al hilo de dicha constatación, y dado que esta DSP 2 no está plenamente incorporada a nuestro ordenamiento, es procedente plantear el eventual efecto directo que pueden tener algunas de sus disposiciones en caso de que, por ejemplo, algún ordenante o usuario o algún proveedor de servicios de iniciación de pagos o de información sobre cuentas de pago reclamara el derecho de acceso a aquellas cuentas o a la información sobre ellas en los términos establecidos en los arts. 66 y 67 de la DSP 2. En tal caso, habrá que confrontar, por una parte, el alcance de la eventual solitud del ejercicio del derecho de acceso y, por otra, la capacidad directamente ejecutiva de la norma.

2.2 MARCO REGULATORIO SUSTANCIAL: EL DOBLE ALCANCE ESTATUTARIO Y FUNCIONAL

La DSP 2 tiene un alcance regulatorio⁶ doble:

- a) Estatutario o subjetivo, porque tipifica seis categorías de proveedores de servicios de pago, que pueden agruparse en otras dos, que son: por una parte, las entidades que tienen un estatuto propio establecido en normas externas a la DSP (el ejemplo principal es el de las entidades de crédito); y, por otra parte, las entidades de pago cuyo estatuto específico —integrado por las condiciones de acceso y ejercicio de su actividad de servicios de pago— se establece en la DSP 2 (art. 1.1).

Interesa añadir que la DSP 2, además del estatuto específico de las entidades de pago (capítulo I del título II), establece una serie de dis-

3 BOE n.º 317, de 30 de diciembre de 2017. Véase Tapia Hermida (2018), «La aplicación de la normativa MIFID II desde el 3 de enero de 2018 y su trasposición al Ordenamiento español», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBB), n.º 149, pp. 187-202.

4 DOUE de 23.12.2015. Se trata de una directiva formal y materialmente extensa, que cuenta con 113 considerandos, 117 artículos y 2 anexos. Sobre sus aspectos generales, véase Alonso Ledesma (2018), «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*, 1, pp. 2 y ss.

5 El comunicado de la Comisión Europea de 12 de enero de 2018 «Servicios de pago: los consumidores se benefician de unos pagos electrónicos más baratos, seguros e innovadores» (IP/18/141) instaba a los Estados miembros que aún no hubieran transpuesto la directiva —entre los que se encontraba España— a «que lo hagan con carácter urgente».

6 Sobre la importancia de una regulación adecuada para la eficiencia de todo el sistema de pagos en la UE, se pronuncia el considerando 6 de la DSP 2.

Esta DSP 2 —también llamada «Directiva de Servicios de Pago revisada»— es la última de una serie de normas adoptadas por la UE para establecer unos servicios de pago modernos, eficientes y baratos, y reforzar la protección de los consumidores y, las empresas europeas. Incorpora y deroga la Directiva 2007/64/CE (Primera Directiva de Servicios de Pago o DSP 1), que sentó las bases jurídicas de la creación de un mercado único de servicios de pago en toda la UE. Esta DSP 2 adapta las normas previas de la DSP 1 para tener en cuenta los servicios de pago nuevos, incluidos los pagos por Internet y dispositivos móviles, garantizando un entorno más seguro para los consumidores¹.

Entre las novedades más destacables de esta DSP 2, la Comisión Europea ha señalado las siguientes: prohíbe los recargos, que son gastos adicionales por los pagos con tarjetas de crédito o débito de consumo, tanto en los establecimientos comerciales como en línea; abre el mercado de pagos de la UE a las empresas que ofrezcan servicios de pago, sobre la base de su acceso a la información sobre la cuenta de pago; introduce requisitos de seguridad estrictos en materia de pagos electrónicos y de protección de los datos financieros de los consumidores; y refuerza los derechos de los consumidores en numerosos ámbitos, tales como la reducción de la responsabilidad por los pagos no autorizados y la introducción de un derecho de devolución incondicional para los adeudos domiciliados en euros.

1 Véase Tapia Hermida (2018), «Las tecnofinanzas (FINTECH). Retos a la regulación y a la supervisión financieras», Revista Iberoamericana del Mercado de Valores (RIMV), n.º 54 (julio), pp. 1 y ss.

posiciones comunes a todo tipo de proveedores de servicios de pago (capítulo II del título II), que consagran: por un lado, el principio —propio de la regulación financiera— de reserva de la actividad de prestación de servicios de pago a favor de los proveedores autorizados, mediante la prohibición de prestar servicios de pago a toda persona física o jurídica que no sea proveedor de servicios de pago ni esté expresamente excluida del ámbito de aplicación de la DSP 2 (art. 37); y, por otro lado, el derecho de aquellos proveedores a acceder a los sistemas de pago en condiciones objetivas, no discriminatorias y proporcionadas (art. 35).

- b) Funcional u objetivo, porque establece normas comunes sobre transparencia y derechos y obligaciones tanto de los usuarios como de los proveedores de servicios de pago. Adviértase que estas normas comunes afectan a todas las categorías de proveedores en relación con la prestación de dichos servicios con carácter de profesión u ocupación habitual (art. 1.2).

Es relevante recordar, desde el punto de vista jurídico, que el pago es la primera de las formas de extinción de las obligaciones, prevista y regulada en los arts. 1156 y ss. del Código Civil.

2.3 MARCO REGULATORIO GEOGRÁFICO: LOS SERVICIOS DE PAGO PRESTADOS DENTRO DE LA UE Y LA ULTRA ACTIVIDAD PARCIAL

El ámbito geográfico general de aplicación de la DSP 2 abarca los servicios de pago prestados dentro de la UE (art. 2), sin perjuicio de que pueda tener, en algunos casos, una ultraactividad geográfica parcial, porque, por ejemplo, sus disposiciones sobre los requisitos de transparencia y de información aplicables a los proveedores de servicios de pago y sobre los derechos y las obligaciones asociados a la prestación y utilización de los servicios de pago deban aplicarse también, cuando corresponda, a las operaciones en las que uno de los proveedores de servicios de pago esté radicado fuera del Espacio Económico Europeo (EEE), a fin de evitar que los diferentes Estados miem-

bros adopten planteamientos divergentes, en detrimento de los consumidores. Además, cuando proceda, aquellas disposiciones deben hacerse extensivas a las operaciones en todas las monedas oficiales entre proveedores de servicios de pago radicados en el EEE⁷.

2.4 CONTEXTO REGULATORIO

La DSP 2 se inserta en un contexto regulatorio doble, en el que coexiste con regulaciones financieras europeas subjetivas y funcionales:

2.4.1 Regulaciones financieras subjetivas

Esta coexistencia se produce porque la DSP 2 incluye —dentro de las categorías de proveedores de servicios de pago que pueden legítimamente prestar servicios de pago en toda la UE—, junto con las entidades de pago, regulando su estatuto específico, las entidades de crédito que captan depósitos de los usuarios que pueden utilizarse para financiar operaciones de pago y que deben seguir sometidas a los requisitos prudenciales establecidos en la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; las entidades de dinero electrónico que emiten dinero electrónico que puede utilizarse para financiar operaciones de pago y que deben seguir sometidas a los requisitos prudenciales establecidos en la Directiva 2009/110/CE; y las instituciones de giro postal habilitadas para prestar servicios de pago conforme a la legislación nacional. Por ello, el ámbito específico subjetivo de la DSP 2 se limita a los proveedores de servicios que presten servicios de pago como ocupación o actividad empresarial habitual⁸.

2.4.2 Regulaciones financieras funcionales

La coexistencia regulatoria funcional de la DSP 2 se produce en varios ámbitos y por los siguientes motivos:

- a) Para proteger a los consumidores de las prácticas comerciales engañosas y desleales, la DSP 2 coexiste con las directivas 2005/29/CE, 2000/31/CE, 2002/65/CE, 2008/48/CE, 2011/83/UE y 2014/92/UE, por lo que las disposiciones de esas directivas siguen siendo aplicables⁹.
- b) Para garantizar el tratamiento adecuado de datos personales con ocasión de la prestación de servicios de pago por los prestadores de servicios de pago, la DSP 2 coexiste con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y con el Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁰.
- c) Para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en general y, en particular, el derecho al 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, la DSP 2 coexiste con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹.

⁷ Véase considerando 8.

⁸ Véase considerando 24.

⁹ Véase considerando 55.

¹⁰ Véase considerando 89.

¹¹ Véase considerando 90.

3 Estructura de los servicios de pago en la UE

La tipología de los proveedores de servicios de pago¹² se puede formular conforme a los dos criterios siguientes:

- 3.1 SUJETOS
- 3.1.1 Proveedores de servicios de pago (1). Tipología
- a) El estatuto jurídico de la entidad: en este sentido, la DSP 2 delimita su ámbito subjetivo de aplicación por referencia a seis categorías de proveedores de servicios de pago (art. 1), que pueden agruparse, a su vez, en las dos siguientes:
- a.1) Entidades con estatuto genérico propio establecido en normas externas a la DSP 2, que son las entidades de crédito (fundamentalmente, bancos), incluidas sus sucursales que estén ubicadas en la UE; las entidades de dinero electrónico; las instituciones de giro postal facultadas en virtud de la legislación nacional para prestar servicios de pago; el BCE y los bancos centrales nacionales cuando no actúen en su condición de autoridad monetaria u otras autoridades públicas; y los Estados miembros y sus autoridades regionales y locales cuando no actúen en su condición de autoridades públicas.
- a.2) Entidades con estatuto específico establecido en la DSP 2. Se trata de las entidades de pago, que son las personas jurídicas empresariales —diferentes de las entidades anteriores—, autorizadas para prestar y ejecutar servicios de pago en toda la UE (arts. 1.1.d, 4.4 y 11.1).
- b) El tipo de servicios de pago que presta: podemos diferenciar dos grandes categorías de proveedores de servicios de pago con consecuencias regulatorias trascendentales en materia de acceso a las cuentas de pago y a la información sobre ellas, según veremos más adelante. Se trata de las dos categorías siguientes:
- b.1) Proveedores de servicios de pago gestores de cuentas (fundamentalmente, bancos), que se definen como «un proveedor de servicios de pago que facilita a un ordenante una o varias cuentas de pago y se encarga de su mantenimiento» (art. 4.17).
- b.2) Proveedores de otros servicios de pago (que adoptan con frecuencia la forma de entidades *fintech*), y que, a su vez, pueden ser proveedores de servicios de iniciación de pagos, que se definen como un «servicio que permite iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago» (art. 4.15)¹³; o proveedores de servicios de información sobre cuentas, que se definen como «servicio en línea cuya finalidad consiste en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago, bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago» (art. 4.16)¹⁴.

¹² Véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 7 y ss.

¹³ Sobre su estatuto jurídico, véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 9 y ss.

¹⁴ Sobre su estatuto jurídico véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 25 y ss.

La relevancia regulatoria de esta distinción entre los diferentes tipos de proveedores de servicios de pago según los diversos tipos de servicios de pago que prestan se pone de manifiesto en dos aspectos vinculados a las condiciones exigibles para el ejercicio de su actividad, que son: por una parte, los fondos propios que resultaría desproporcionado imponer a estos nuevos agentes en el mercado, dado que ni los proveedores de servicios de iniciación de pagos ni los proveedores de servicios de información sobre cuentas, cuando prestan exclusivamente ese tipo de servicios y a diferencia de los gestores de cuentas, tienen en su poder fondos de clientes; por otra parte, las garantías que deben prestar en forma de seguro de responsabilidad civil profesional o de alguna garantía comparable para que puedan hacer frente a las responsabilidades que se deriven de sus actividades¹⁵.

3.1.2 Proveedores de servicios de pago (2). Referencia especial al estatuto de las entidades de pago

Según hemos señalado en el epígrafe anterior, las entidades de pago son las personas jurídicas empresariales autorizadas para prestar y ejecutar servicios de pago en toda la UE (arts. 1.1.d, 4.4 y 11.1). Dado que su estatuto específico se establece en la DSP 2, es pertinente prestarle una atención especial¹⁶.

El estatuto de las entidades de pago se establece en la DSP 2¹⁷ conforme al sistema típico de la regulación europea de los intermediarios financieros, que pasa por las cinco fases siguientes:

- a) La primera fase es la tipificación de la actividad financiera propia de este tipo de entidades, que, en este caso, consiste en la prestación profesional en la UE de los servicios de pago tipificados en el anexo I de la DSP 2, de los que nos ocuparemos posteriormente.

Procede destacar que las entidades de pago, además de la prestación de servicios de pago, estarán habilitadas para llevar a cabo otras actividades, tales como la prestación de servicios operativos o servicios auxiliares estrechamente relacionados (por ejemplo, la garantía de la ejecución de operaciones de pago, servicios de cambio de divisas, actividades de custodia y almacenamiento y tratamiento de datos), la gestión de sistemas de pago, u otro tipo de actividades empresariales distintas de la prestación de servicios de pago, con arreglo a la legislación nacional y de la UE que resulte aplicable (art. 18).

- b) La segunda fase es la reserva de dicha actividad de prestación profesional de los servicios de pago a los intermediarios autorizados, que, en este caso, son las entidades de pago, junto con los demás proveedores de servicios de pago enumerados en el art. 1.1 de la DSP 2. Esta reserva opera en forma de prohibición de prestar servicios de pago a toda persona que no sea proveedor de

15 A estos efectos, el considerando 35 señala: «La ABE debe elaborar directrices, de conformidad con el artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, sobre los criterios que deban utilizar los Estados miembros para definir el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía comparable. La ABE no debe establecer diferencias entre el seguro de responsabilidad civil profesional y la garantía comparable, ya que ambos deben ser intercambiables.»

16 Sobre el régimen precedente en la DSP 1, véanse García Rodríguez (2012), «La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior y la nueva figura de las entidades de pago en España y el Reino Unido», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDDB), n.º 128, pp. 183 y ss., y Linares Polaino (2012), «Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico: los cuasibancos», *Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, pp. 393 y ss.

17 Capítulo I del título II, arts. 5 y ss.

servicios de pago y de imposición a los proveedores autorizados de deberes de notificación a las autoridades competentes (art. 37).

- c) La tercera fase consiste en la exigencia al intermediario —en este caso, la entidad de pago— de un conjunto de condiciones de acceso a la actividad de prestación profesional de servicios de pago, cuyo cumplimiento se verifica con ocasión de su autorización y registro públicos. Se trata de una serie de requisitos subjetivos (socios significativos y administradores), objetivos (capital inicial) y funcionales (gobierno corporativo y organización empresarial) que se reflejan en los documentos que deben acompañar a la solicitud de autorización como entidad de pago que sus promotores deben remitir a las autoridades competentes del Estado miembro de origen. Tales como el programa de actividades, en el que se indiquen, en particular, el tipo de servicio de pago que se pretende prestar; el plan de negocios que incluya un cálculo de las previsiones presupuestarias para los tres primeros ejercicios, que demuestre que el solicitante podrá emplear sistemas, recursos y procedimientos adecuados y proporcionados para operar correctamente; las pruebas de que la entidad de pago dispone del capital inicial exigible; los métodos de gobierno empresarial y de los mecanismos de control interno del solicitante, incluidos procedimientos administrativos, de gestión del riesgo y contables, que demuestren que dichos métodos de gobierno empresarial, los mecanismos de control y procedimientos son proporcionados, apropiados, sólidos y adecuados; la descripción del procedimiento establecido para la supervisión, la tramitación y el seguimiento de los incidentes de seguridad y las reclamaciones de los consumidores, etc. (arts. 5 y ss.).

La concesión de la autorización llevará a la inscripción de los proveedores de servicios de pago en el registro del Estado miembro de origen y de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) (arts. 14 y 15).

- d) La cuarta fase consiste en la exigencia a la entidad de pago del cumplimiento de un conjunto de condiciones en el ejercicio de la actividad de prestación profesional de servicios de pago, que consisten en el mantenimiento en el tiempo de las condiciones de acceso a la actividad señaladas y en otras complementarias, tales como el control de las participaciones en su capital (art. 6), el mantenimiento de unos fondos propios adecuados (arts. 8 y ss.), la salvaguardia de los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución de operaciones de pago (art. 10), etc. En este último aspecto, resulta especialmente relevante recordar que los fondos de los usuarios deben mantenerse separados de los fondos de las entidades de pago, para lo cual resulta necesario establecer requisitos de salvaguardia si la entidad de pago está en posesión de fondos de los usuarios de los fondos de pagos. En particular, cuando la propia entidad de pago efectúe una operación de pago tanto para el ordenante como para el beneficiario y se ofrezca al ordenante una línea de crédito, puede resultar conveniente salvaguardar los fondos destinados al beneficiario una vez que representen el crédito de este ante la entidad de pago¹⁸.

18 Véase considerando 37.

Dentro de esta fase, por su importancia práctica en el nuevo entorno preferentemente digital de los servicios de pago, nos interesa resaltar la regulación del recurso que pueden hacer las entidades de pago a terceros para prestar sus servicios. A tal efecto, cabe distinguir dos hipótesis reguladas en la DSP 2 (art. 19), que son:

Por una parte, el recurso a agentes. De tal manera, que las entidades de pago que tengan el propósito de prestar servicios de pago a través de un agente estarán obligadas a comunicar a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen determinada información (nombre y domicilio del agente, descripción de los mecanismos de control interno que vaya a utilizar el agente con respecto al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo, identidad de los administradores y personas responsables de la gestión del agente, etc.). En un plazo de dos meses a partir de la recepción de dicha información, la autoridad competente comunicará a la entidad de pago si el agente ha sido incluido o no en el registro público pertinente, momento desde el cual los agentes podrán comenzar a prestar servicios de pago. Si, por el contrario, la autoridad competente considera que la información que se le ha facilitado es incorrecta, tomará las disposiciones adicionales oportunas para verificarla antes de inscribir al agente en el registro. Además, si la entidad de pago desea prestar servicios de pago en otro Estado miembro mediante la contratación de un agente, deberá seguir los procedimientos establecidos en el artículo 28 de la DSP 2 para el ejercicio del derecho de establecimiento y se asegurará de que el agente que actúe en su nombre informa de ello a los usuarios de servicios de pago.

Por otra parte, la externalización de funciones. De tal modo, que, cuando una entidad de pago pretenda externalizar funciones operativas relacionadas con los servicios de pago, deberá informar de ello a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen. Además, si se trata de funciones operativas importantes, incluidos los sistemas informáticos¹⁹, la entidad de pago deberá cumplir una serie de condiciones generales, que consisten en que la externalización «no afecte significativamente ni a la calidad del control interno de la entidad de pago ni a la capacidad de las autoridades competentes para controlar y hacer un seguimiento *a posteriori* del cumplimiento por la entidad de pago de todas las obligaciones» que establece la DSP 2; y de condiciones especiales, que consisten en que la externalización no dé lugar a la delegación de responsabilidad por parte de la alta dirección, ni altere las relaciones y obligaciones de la entidad de pago con respecto a sus usuarios, ni vaya en menoscabo de las condiciones que debe cumplir la entidad de pago para recibir la autorización y conservarla de conformidad con el presente título, ni dé lugar a la supresión o modificación de ninguna de las restantes condiciones a las que se haya supeditado la autorización de la entidad de pago.

Como factores comunes a las dos hipótesis indicadas, la DSP 2 establece dos deberes a cargo de las entidades de pago cuando recurran a terceros

19 Se consideran como tales aquellas «funciones en las que una anomalía o deficiencia en su ejecución puede afectar de manera sustancial a la capacidad de la entidad de pago para cumplir permanentemente las condiciones que se derivan de su autorización o sus demás obligaciones o afectar a los resultados financieros, a la solidez o a la continuidad de sus servicios de pago».

para la realización de funciones operativas, que consisten en retener la plena responsabilidad de los actos de sus empleados y de cualesquiera agentes, sucursales o instituciones a las que se hayan externalizado sus actividades (art. 20) y conservar todos los documentos necesarios para cumplir los deberes impuestos por la DSP 2 (art. 21).

- e) La quinta fase del estatuto de las entidades de pago que establece la DSP 2 reside en su supervisión pública, porque el cumplimiento por las entidades de pago de las condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad de prestación profesional de servicios de pago se verifica por las autoridades competentes, cuyos controles deberán ser proporcionados, suficientes y adecuados para los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades de pago. En este sentido, la DSP 2 establece un sistema completo de supervisión pública de las entidades de pago²⁰, que abarca los aspectos siguientes: la designación de las autoridades competentes; el alcance de la supervisión; el deber de secreto profesional al que estarán sometidas todas las personas que trabajen o hayan trabajado para las autoridades competentes, así como los expertos que actúen por cuenta de las autoridades competentes; la cooperación y el intercambio de información por las autoridades competentes de los distintos Estados miembros; el derecho de recurso judicial frente a las decisiones tomadas por las autoridades competentes con respecto a una entidad de pago; la solución de diferencias entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros; la solicitud y la supervisión del ejercicio del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la UE por una entidad de pago autorizada; y las medidas aplicables (incluidas las medidas cautelares) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de una entidad de pago.

3.2 OBJETOS Y FUNCIONES: SERVICIOS DE PAGO

3.2.1 Servicios de pago incluidos

El ámbito objetivo o funcional de aplicación de la DSP 2 comprende los servicios de pago prestados dentro de la UE, entendiendo por tales las actividades enumeradas en el anexo I, que son: «1. Servicios que permiten el depósito de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago. 2. Servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago. 3. Ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago: a) ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes; b) ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar, y c) ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes. 4. Ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago: a) ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes; b) ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar, y c) ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes. 5. Emisión de instrumentos de pago y/o adquisición de operaciones de pago. 6. Envío de dinero. 7. Servicios de iniciación de pagos. 8. Servicios de información sobre cuentas.»

A la vista de esta enumeración, es posible distinguir —con relevancia jurídica— entre servicios de pago de ingresos y de retiradas de fondos, de pagos directos y pagos a crédito, de pagos bilaterales y trilaterales, etc.

²⁰ Sección 3 del capítulo I del título II, arts. 22 y ss.

En el otro extremo de las relaciones jurídicas derivadas de los servicios de pago están los usuarios, que se definen como «la persona física o jurídica que utiliza un servicio de pago, ya sea como ordenante, beneficiario o ambos» (art. 4.10).

La tipología de los usuarios de servicios de pago se puede formular conforme a los dos criterios siguientes:

- a) Su estatuto jurídico, diferenciando entre usuarios consumidores —definidos como «una persona física que, en los contratos de servicios de pago objeto de la presente Directiva, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional» (art. 4.20)— y usuarios no consumidores, que —*a contrario sensu*—

en los contratos de servicios de pago actúan con fines propios de su actividad económica, comercial o profesional.

- b) Su posición o rol en el contrato de servicios de pago, pudiendo distinguir entre el usuario —consumidor o no— que actúe como ordenante, definido como «la persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta, o, en caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago» (art. 4.9), y el que actúe como beneficiario, definido como «la persona física o jurídica que es el destinatario previsto de los fondos objeto de una operación de pago» (art. 4.10).

3.2.2 Servicios de pago excluidos

La DSP 2 (art. 3) excluye de su ámbito de aplicación un conjunto de operaciones de pago, por tres tipos de razones:

- a) **Objetivas:** tales como las operaciones de pago efectuadas exclusivamente en efectivo y directamente del ordenante al beneficiario, sin intervención de ningún intermediario; el transporte físico, como actividad profesional, de billetes y monedas, incluidos su recogida, tratamiento y entrega; las operaciones de cambio de divisas «efectivo por efectivo» (cambio de billetes), en las que los fondos no se mantengan en una cuenta de pago; etc.
- b) **Subjetivas:** tales como las operaciones de pago del ordenante al beneficiario a través de un agente comercial autorizado mediante un acuerdo para negociar o concluir la compra o venta de bienes o servicios por cuenta exclusiva del ordenante o del beneficiario; los servicios en los que el beneficiario proporciona dinero en efectivo al ordenante como parte de una operación de pago, a instancia expresa del usuario del servicio de pago, inmediatamente antes de la ejecución de una operación de pago mediante el pago destinado a la compra de bienes o servicios; las operaciones de pago y servicios conexos entre una empresa matriz y su filial o entre filiales de la misma empresa matriz, sin intermediación alguna de un proveedor de servicios de pago distinta de la de una empresa que pertenezca al mismo grupo; etc.
- c) **Funcionales:** tales como las operaciones de pago consistentes en la recogida y entrega no profesionales de dinero en efectivo realizadas en el marco de actividades no lucrativas o benéficas; las operaciones de pago realizadas por medio de un sistema de compensación y liquidación de pagos o valores o entre agentes de compensación y liquidación, contrapartes centrales, cámaras de compensación y/o bancos centrales y otros participantes en el sistema, y proveedores de servicios de pago; las operaciones de pago relacionadas con la gestión de carteras, incluyendo dividendos, réditos u otras

distribuciones, o con amortizaciones o ventas, realizadas por determinadas personas o por empresas de servicios de inversión, entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva o sociedades de gestión de activos que presten servicios de inversión y cualquier otra entidad autorizada a custodiar instrumentos financieros; etc.

4 Funcionamiento de los servicios de pago en la UE

4.1 PRESUPUESTOS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DE LOS SERVICIOS DE PAGO

La DSP 2 regula dos aspectos esenciales del funcionamiento de los servicios de pago en la UE, que son, por una parte, su transparencia y, por otra, los derechos y obligaciones tanto de los usuarios de servicios de pago como de los proveedores de aquellos servicios. Como señalamos anteriormente, estas normas comunes afectan a todas las categorías de proveedores de servicios de pago en relación con la prestación de dichos servicios con carácter de profesión u ocupación habitual (art. 1.2).

Para exponer con claridad la regulación de estos aspectos funcionales de los servicios de pago, es requisito necesario empezar por aclarar los presupuestos esenciales de la estructura jurídica de los contratos derivados de los servicios de pago, porque veremos que condicionará el régimen jurídico de los aspectos concretos regulados en la DSP tanto en cuanto a su transparencia como en lo que afecta a los derechos y obligaciones de cada parte.

4.1.1 Contratos marco versus operaciones de pago singulares

La DSP 2 trata de muy diversa manera las operaciones de pago singulares o esporádicas realizadas al margen de un contrato marco entre proveedor y usuario y las que se insertan en un contrato marco. Adviértase que los contratos marco y las operaciones de pago sujetas a dichos contratos son mucho más frecuentes en la práctica y tienen mayor importancia económica que las operaciones de pago singulares. Además, si existe una cuenta de pago o un instrumento de pago específico, se requiere un contrato marco.

La diversa regulación de las dos hipótesis señaladas se proyecta, en particular, en materia de transparencia, donde se puede comprobar que:

- a) En el caso de las operaciones de pago singulares²¹, la información esencial debe facilitarse por iniciativa del proveedor del servicio de pago, ya que el ordenante está normalmente presente cuando da la orden de pago y, por lo tanto, no es necesario disponer que la información se facilite siempre por escrito o mediante otro soporte duradero. De tal manera, que el proveedor de servicios de pago podría dar la información oralmente en la ventanilla o facilitar de otro modo el acceso a ella (por ejemplo, mediante la difusión de las condiciones en un tablón de anuncios en sus locales). Sin perjuicio de lo anterior, también debe informarse sobre dónde obtener información adicional más detallada (por ejemplo, direcciones de sitios de Internet); y, si así lo solicita el consumidor, la información esencial debe proporcionarse, además, por escrito o mediante otro soporte duradero²².

21 La DSP 2 define la operación de pago como «una acción, iniciada por el ordenante o por cuenta de este, o por el beneficiario, consistente en ingresar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre el ordenante y el beneficiario» (art. 4.4).

22 Véase considerando 58.

- b) En el caso de los contratos marco²³, los requisitos de información previa deben ser exhaustivos y la información ha de facilitarse siempre en papel o a través de otros soportes duraderos, tales como los extractos de cuenta impresos a través de cajeros automáticos, CD-ROM, DVD y discos duros de ordenadores personales en los que puedan almacenarse correos electrónicos, así como a través de sitios de Internet, en la medida en que se pueda acceder a dichos sitios con fines de consulta durante un período adecuado a efectos de información y que sea posible la reproducción de la información almacenada sin cambios. Cabe añadir que el contrato marco entre el proveedor de servicios de pago y el usuario debe poder estipular la forma en que se facilitará la información ulterior sobre las operaciones de pago ejecutadas, pudiendo acordarse, por ejemplo, por lo que respecta a las operaciones bancarias por Internet, que toda la información sobre la cuenta de pago esté disponible en línea²⁴.

También se aprecia la especialidad regulatoria de estos contratos marco con ocasión de su vigencia o de las eventuales mutaciones de su contenido. En efecto:

- b.1) En primer lugar, y en cuanto a su vigencia, se regulan las condiciones de la eventual rescisión del contrato marco por ambas partes. Primero, por parte del usuario del servicio de pago, que lo podrá rescindir en cualquier momento, a menos que las partes hayan convenido en un preaviso, que no podrá exceder de un mes; y sin coste alguno, a no ser que el contrato haya estado en vigor durante menos de seis meses, con una comisión o gasto adecuado y acorde con los costes. Segundo, por parte del proveedor de servicios de pago, que podrá rescindir un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses, pudiendo cobrar al usuario la parte proporcional de gastos hasta la rescisión del contrato (art. 55).
- b.2) En segundo lugar, y en cuanto a las mutaciones de su contenido, se regulan las condiciones de la eventual modificación de las condiciones del contrato marco por parte del proveedor de servicios de pago con la información prevista y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de aplicación propuesta, pudiendo el usuario de servicios de pago aceptar o rechazar las modificaciones antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor. En particular, las modificaciones de los tipos de interés o de cambio podrán aplicarse por el proveedor de servicios de pago de forma inmediata y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco y que las variaciones de los tipos de interés o de cambio se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados (art. 55).

23 La DSP 2 los define como «un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones para ello» (art. 4.21).

24 Véase considerando 57.

La DSP 2 regula, en principio, la transparencia y los derechos y obligaciones de los contratos celebrados entre proveedores y usuarios de servicios de pago. Sin embargo, la regulación de la DSP 2 tiene efectos indirectos o colaterales sobre otros dos tipos de contratos, que son:

- a) Contratos entre diferentes tipos de proveedores de servicios de pago. Encontramos una prueba —por omisión— de la relevancia de estos contratos en la previsión de que ni la prestación de servicios de iniciación de pagos ni la de información sobre cuentas se supeditarán a la existencia de una relación contractual a tal fin entre los proveedores de aquellos servicios de iniciación o información sobre cuentas y los proveedores de servicios de pago gestores de cuentas (arts. 66.5 y 67.4).
- b) Contratos entre proveedores de servicios de pago y otros intermediarios financieros, porque, de cara al funciona-

miento correcto de las transferencias y demás servicios de pago, es preciso que los proveedores de servicios de pago y sus intermediarios (por ejemplo, los procesadores de pagos) celebren contratos que estipulen sus derechos y obligaciones mutuos. Respecto de su contenido, la DSP 2 destaca los aspectos esenciales siguientes: las responsabilidades de cada parte para tener seguridad jurídica en cuanto a que un proveedor de servicios de pago que no sea responsable será compensado por las pérdidas que sufra o los importes que abone, los demás derechos, el contenido detallado del derecho de recurso, así como las modalidades de tramitación de reclamaciones frente al proveedor de servicios de pago o al intermediario por operaciones de pago ejecutadas incorrectamente¹.

¹ Véase considerando 87.

4.2 TRANSPARENCIA DE LOS SERVICIOS DE PAGO

4.2.1 Su regulación como un fenómeno de comunicación: emisores, receptores y mensajes

La regulación de la «transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago» en el título III de la DSP 2 (arts. 38 y ss.) puede exponerse sobre la base de la estructura clásica del fenómeno de la comunicación, identificando a los emisores (en este caso, los proveedores de servicios de pago)²⁵, a los receptores (en este caso, los usuarios de servicios de pago) y los mensajes (en este caso, las condiciones de los servicios de pago), y sobre la base del principio general de la adecuación de la información, en un doble sentido: adecuación a los sujetos, porque, para una mayor eficiencia, la información requerida debe guardar proporción con las necesidades de los usuarios y comunicarse en un formato normalizado; y adecuación al tipo de relación entre ellos, porque los requisitos en materia de información aplicables a una operación de pago singular deben ser diferentes de los aplicables a un contrato marco que permita una sucesión de operaciones de pago²⁶.

En el primero de los sentidos señalados, es importante distinguir dos hipótesis que condicionan la forma en la que los proveedores de servicios de pago deberán cumplir sus deberes de información:

- a) La primera hipótesis es la de la transparencia general, porque trata de los deberes de información a todo tipo de usuarios de servicios de pago, en donde la DSP 2 contempla dos formas en las que el proveedor de servicios de pago puede facilitar la información necesaria al usuario del servicio de pago. En este caso, partiendo de la base de que siempre se deben tener en cuenta

²⁵ En particular, sobre los deberes de información y transparencia de los proveedores de servicios de iniciación de pagos, véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 21 y ss.

²⁶ Véase considerando 56.

las necesidades del usuario, así como aspectos técnicos de carácter práctico y de coste/beneficio, se distinguen dos formas en las que el proveedor de servicios de pago debe facilitar la información²⁷:

- a.1) De forma activa y en el momento adecuado, sin que el usuario del servicio de pago tenga que tomar ninguna iniciativa.
 - a.2) De forma pasiva, en la que la información se pone a disposición del usuario de servicios de pago, tomando en consideración toda posible solicitud de información adicional que este pueda formular. En este caso, es el usuario del servicio de pago quien debe tomar activamente iniciativas para obtener la información, tales como solicitarla explícitamente al proveedor de servicios de pago, consultar el correo electrónico de la cuenta bancaria o imprimir extractos de cuenta por medio de una tarjeta bancaria.
- b) La segunda hipótesis es la de la transparencia especial, porque trata de los deberes de información a los usuarios que, además, sean consumidores, pues, en este caso, la DSP 2 —en aras de su especial protección— consagra el derecho del consumidor a recibir la información pertinente de forma gratuita antes de quedar vinculado por un contrato de servicios de pago, además de poder solicitar que se le facilite por escrito, gratuitamente, información previa y el contrato marco, en cualquier momento a lo largo de la relación contractual, de forma que pueda comparar los servicios y las condiciones ofrecidas por los proveedores de servicios de pago y, en caso de litigio, comprobar sus derechos y obligaciones contractuales²⁸.

Las dos hipótesis regulatorias señaladas deben completarse con dos previsiones relevantes de sentido inverso: exclusiva, porque los Estados podrán acordar que el régimen de transparencia no se aplique, en todo o en parte, en caso de que el usuario del servicio de pago no sea un consumidor; e inclusiva, porque los Estados miembros podrán aplicar las disposiciones del presente título a las microempresas de la misma forma que a los consumidores (art. 38).

4.2.2 Su adecuación a la forma de relación de los proveedores y usuarios de servicios de pago

Como anticipamos en el epígrafe 4.1.1 de este estudio, la DSP 2 trata de muy diversa manera las operaciones de pago singulares o esporádicas y las que se insertan en un contrato marco, especialmente en materia de transparencia, de tal manera que el cumplimiento de los deberes de información por los proveedores debe adaptarse a cada una de las dos formas de relación de los proveedores y usuarios de servicios de pago, a saber:

- a) Las operaciones de pago singulares no cubiertas por un contrato marco. En este caso, la DSP 2 establece los deberes de información en los siguientes supuestos y entre los sujetos respectivos²⁹: información general previa que el proveedor de servicios de pago está obligado a poner a disposición del usuario de servicios de pago, información para el ordenante y el beneficiario tras la iniciación de una orden de pago, información para el ordenante y para el

²⁷ Véase considerando 60.

²⁸ Véase considerando 59.

²⁹ Capítulo 2 del título III, arts. 38 y ss.

proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante en caso de prestación de servicios de iniciación de pagos, información para el ordenante tras la recepción de la orden de pago e información para el beneficiario tras la ejecución.

- b) Los contratos marco y las operaciones de pago sujetas a dichos contratos. En este caso, la DSP 2 establece los deberes de información en los siguientes supuestos y entre los sujetos respectivos³⁰: información general previa que el proveedor de servicios de pago está obligado a poner a disposición del usuario de servicios de pago (que debe alcanzar los aspectos siguientes: el proveedor de servicios de pago, la utilización del servicio de pago, los gastos y tipos de interés y de cambio, la comunicación, las medidas de salvaguardia y correctivas, las modificaciones, y la rescisión del contrato marco y la resolución de litigios), información previa a la ejecución de cada operación de pago e información para el ordenante y para el beneficiario sobre cada operación de pago.

4.3 ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES DE LOS SERVICIOS DE PAGO

4.3.1 Su adecuación al tipo de usuario de servicios de pago. Especial referencia al consumidor

La regulación por parte de la DSP 2 de este segundo aspecto esencial del funcionamiento de los servicios de pago en la UE que son los derechos y obligaciones tanto de los usuarios de servicios de pago como de los proveedores de aquellos servicios³¹ se adecua, en primer término, al tipo de usuario³², ya que tales derechos y obligaciones se aplicarán de forma diferenciada según la condición del usuario de servicios de pago, porque:

- a) Se aplicarán de forma íntegramente imperativa a los servicios de pago que se presten a los usuarios de servicios de pago que tengan la condición de consumidores. Hay que tener en cuenta que la DSP 2 permite que los Estados miembros extiendan las disposiciones sobre derechos y obligaciones de los consumidores a las microempresas.
- b) Se aplicarán de forma parcialmente dispositiva a los usuarios de servicios de pago que no sean consumidores, porque, en estos casos, dicho usuario y el proveedor de servicios de pago podrán convenir en que no se apliquen, total o parcialmente, determinados preceptos sobre derechos, obligaciones y plazos.

4.3.2 Su adecuación al momento en el que se presta el servicio de pago: autorización y ejecución de operaciones de pago

4.3.2.1 Derechos y obligaciones con ocasión de la autorización de operaciones de pago

Un segundo criterio de clasificación de la regulación por la DSP 2 de los derechos y obligaciones de las partes implicadas en la prestación y utilización de servicios de pago es el cronológico, que permite agruparlos en los dos momentos siguientes:

En esta primera fase se regulan el consentimiento y la retirada del consentimiento, la confirmación de la disponibilidad de fondos, etc.³³.

³⁰ Capítulo 3 del título III, arts. 50 y ss.

³¹ El título IV (arts. 61 y ss.) establece los «derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago». En particular, sobre el estatuto de los proveedores de servicios de iniciación de pagos, véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 19 y ss.

³² En particular, sobre las obligaciones del usuario de servicios de pago, véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 24 y ss.

³³ Capítulo 2 del título IV, arts. 64 y ss.

Debemos destacar, en esta primera fase, la regulación novedosa del acceso y la comunicación de datos de la clientela por los bancos a las nuevas entidades *fintech*, porque la DSP 2 obliga a los bancos tradicionales —en su condición de gestores de las cuentas de pago de su clientela— a permitir el acceso de los proveedores de servicios de iniciación de pagos y de servicios de información sobre cuentas de pago (que son, en su mayoría, entidades *fintech*) a las cuentas de pago de sus clientes, con el consiguiente acceso al centro neurálgico de su negocio bancario. En particular, la DSP 2 establece tres tipos de condiciones de acceso a la información sobre las cuentas de pago, que son:

- a) Los presupuestos comunes para el acceso a las cuentas de pago. En este sentido, para que una entidad que preste servicios de iniciación o información sobre cuentas de pago (por regla general, una entidad *fintech*) pueda acceder a una cuenta de pago o a la información sobre dichas cuentas, en poder de un proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (por regla general, un banco), deben darse dos tipos de presupuestos: uno positivo, porque el cliente ordenante del pago o el usuario deberán dar su consentimiento expreso; y otro negativo, porque ni la prestación de servicios de iniciación de pagos ni la de información sobre cuentas se supeditarán a la existencia de una relación contractual a tal fin entre los proveedores de aquellos servicios de iniciación o información sobre cuentas y los proveedores de servicios de pago gestores de cuentas.
- b) El acceso a la cuenta de pago en caso de servicios de iniciación de pagos. Esta primera hipótesis se configura como un derecho de todo ordenante a recurrir a un proveedor de servicios de iniciación de pagos. Derecho que no se aplicará si no se puede acceder en línea a la correspondiente cuenta de pago. Para hacer factible en la práctica aquel derecho, si el ordenante da su consentimiento expreso para que se efectúe un pago, los dos proveedores de servicios de pago implicados estarán obligados a adoptar las siguientes medidas para garantizar que el ordenante pueda ejercer su derecho a utilizar el servicio de iniciación de pagos:

El proveedor de servicios de iniciación de pagos (por regla general, una entidad *fintech*) estará sujeto a una serie de deberes positivos o de acción (garantizará que las credenciales de seguridad personalizadas del usuario de servicios de pago no sean accesibles a terceros, con excepción del usuario y del emisor de las credenciales de seguridad personalizadas, y que las transmite a través de canales seguros y eficientes, que cualquier otra información sobre el usuario de servicios de pago obtenida al prestar servicios de iniciación de pagos se facilita exclusivamente al beneficiario y únicamente con el consentimiento expreso del usuario de servicios de pago, que cada vez que se inicie un pago se identifique ante el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del titular de la cuenta y se comunique de manera segura con el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta, el ordenante y el beneficiario) y negativos o de omisión (en ningún momento entrará en poder de los fondos del ordenante en relación con la prestación del servicio de iniciación de pagos, no almacenará datos de pago sensibles del usuario de servicios de pago, no so-

licitará al usuario de servicios de pago ningún dato distinto de los necesarios para prestar el servicio de iniciación del pago, etc.).

El proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (por regla general, un banco)³⁴ estará sujeto a una serie de deberes, tales como establecer una comunicación segura con los proveedores de servicios de iniciación de pagos; facilitar a estos toda la información sobre el inicio de la operación de pago y toda la información a la que tenga acceso con relación a la ejecución de la operación de pago, inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, y tratar las órdenes de pago transmitidas a través de los servicios de un proveedor de servicios de iniciación de pagos sin discriminación alguna con respecto a las órdenes de pago transmitidas directamente por el ordenante, salvo por causas objetivas (en particular, en lo que se refiere a los plazos, la prioridad o los gastos aplicables).

- c) Acceso a la información sobre cuentas de pago y uso de dicha información en caso de servicios de información sobre cuentas. Esta segunda hipótesis se configura como un derecho de todo usuario de servicios de pago a recurrir a servicios que permitan acceder a la información sobre cuentas, derecho que no se aplicará si no se puede acceder en línea a la correspondiente cuenta de pago. Para hacer factible en la práctica aquel derecho, si el usuario da su consentimiento explícito, los dos proveedores de servicios de pago implicados estarán obligados a adoptar las siguientes medidas:

El proveedor de servicios de información sobre cuentas (por regla general, una entidad *fintech*) estará sujeto a una serie de deberes positivos o de acción (garantizará que las credenciales de seguridad personalizadas del usuario de servicios de pago no sean accesibles a terceros, con excepción del usuario y del emisor de las credenciales de seguridad personalizadas, y que, cuando las transmita el proveedor de servicios de información sobre cuentas, la transmisión se realice a través de canales seguros y eficientes; en cada comunicación, se identificará ante el proveedor o proveedores de servicios de pago gestores de cuenta del usuario de servicios de pago y se comunicará de manera segura con el proveedor o proveedores de servicios de pago gestores de cuenta y el usuario del servicio de pago; accederá únicamente a la información de las cuentas de pago designadas y las operaciones de pago correspondientes; etc.) y negativos o de omisión (no solicitará datos de pago sensibles vinculados a las cuentas de pago, no utilizará, almacenará o accederá a ningún dato, para fines distintos de la prestación del servicio de información sobre cuentas expresamente solicitado por el usuario del servicio de pago, de conformidad con las normas sobre protección de datos; etc.).

El proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (por regla general, un banco) estará sujeto a una serie de deberes, tales como establecer una comunicación segura con los proveedores de servicios de información sobre cuentas y tratar las peticiones de datos transmitidas a través de los servicios

34 En particular, sobre las obligaciones del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta en cuanto al acceso a la cuenta del cliente, véase Alonso Ledesma (2018), *op. cit.*, pp. 24 y ss.

de un proveedor de servicios de información sobre cuentas sin discriminación alguna, salvo por causas objetivas.

Por su relevancia jurídica, procede finalizar la referencia a esta primera fase de regulación de los derechos y obligaciones en la autorización de operaciones de pago con una alusión al régimen de la responsabilidad de las partes implicadas, que son: por un lado, el proveedor de servicios de pago, que, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, deberá devolver al usuario el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar, al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, salvo cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito a la autoridad nacional pertinente (art. 73); por otro lado, el ordenante, que podrá quedar obligado a soportar, hasta un máximo de 50 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o de la apropiación indebida de un instrumento de pago (art. 74).

4.3.2.2 Derechos y obligaciones con ocasión de la ejecución de operaciones de pago

En esta segunda fase, la DSP 2 se ocupa de las órdenes de pago y de los importes transferidos, de los plazos de ejecución y de la fecha de valor, etc.³⁵. Dentro de ella, presenta una especial importancia, desde el punto de vista jurídico, el régimen de la responsabilidad del proveedor de servicios de pago, que responderá al esquema clásico de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, que requiere que se den tres requisitos para que aquella responsabilidad civil nazca: un acto ilegal del sujeto responsable, culposo o doloso; un daño patrimonial cierto sufrido por quien reclama, en forma de daño emergente o lucro cesante; y una relación de causalidad eficiente entre el acto y el daño.

La DSP 2 regula tres aspectos de esta responsabilidad civil³⁶:

- a) Primero, establece como presupuesto la incorrección de los identificadores únicos³⁷, en el doble sentido de que, cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario especificado por el identificador único y de la consiguiente exoneración del proveedor si el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago es incorrecto. Todo ello, sin perjuicio de que el proveedor de servicios de pago del ordenante se esforzará razonablemente por recuperar los fondos de la operación de pago y el proveedor de servicios de pago del beneficiario comunicará al proveedor de servicios de pago del ordenante toda la información pertinente para el cobro de los fondos (art. 88).
- b) Segundo, diferencia dos hipótesis de responsabilidad del proveedor: la primera se produce en caso de no ejecución o de ejecución defectuosa o con

³⁵ Capítulo 3 del título IV, arts. 78 y ss.

³⁶ Véase considerando 86.

³⁷ La DSP 2 los define como «una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago y/o la cuenta de pago de ese otro usuario en una operación de pago» (art. 4.33).

retraso de una orden de pago (art. 89), y la segunda, en el caso de los servicios de iniciación de pagos, por no ejecución o ejecución defectuosa de operaciones de pago (art. 90).

- c) Tercero, dispone, por una parte, que, además de las indemnizaciones para el usuario previstas en las dos hipótesis anteriores, podrán determinarse, en el contrato celebrado entre el usuario de servicios de pago y el proveedor de servicios de pago, indemnizaciones económicas adicionales (art. 91); y, por otra parte, el derecho de resarcimiento del proveedor de servicios de pago que se vea obligado a pagar una indemnización a un usuario frente a otro proveedor de servicios de pago o a un intermediario, responsables últimos del incumplimiento dañoso (art. 92).

4.3.3 Obligaciones de los proveedores de servicios de pago en materia de protección de datos, de riesgos operativos y de seguridad y autenticación

El estatuto jurídico de los proveedores de servicios de pago se completa con la regulación de una serie de condiciones de ejercicio de sus actividades de prestación profesional de servicios de pago, que son, en primer lugar, las obligaciones relacionadas con la protección de datos³⁸, donde la DSP 2 remite —en cuanto al suministro de información a las personas sobre el tratamiento de los datos personales— a la Directiva 95/46/CE y al Reglamento (CE) n.º 45/2001 y dispone, específicamente, que los proveedores de servicios de pago únicamente obtendrán, tratarán y conservarán los datos personales necesarios para la provisión de sus servicios de pago, solo con el consentimiento expreso del usuario del servicio de pago.

En segundo lugar, la DSP 2 establece las obligaciones que se imponen a estos proveedores en materia de «riesgos operativos y de seguridad y autenticación»³⁹, empezando por señalar, como mandato general, que «los Estados miembros deben velar por que los proveedores de servicios de pago establezcan un marco con medidas paliativas y mecanismos de control adecuados para gestionar los riesgos operativos y de seguridad relacionados con los servicios de pago que prestan». En este último aspecto, las obligaciones de los proveedores pueden ordenarse en dos momentos respecto de los incidentes operativos o de seguridad graves⁴⁰:

- a) Como medidas preventivas, ya que los proveedores de servicios de pago son responsables de mantener medidas de seguridad proporcionales a los riesgos de seguridad existentes, estableciendo un marco que permita paliar los riesgos y mantener procedimientos eficaces de gestión de incidentes, y notificar de forma periódica a las autoridades competentes una evaluación actualizada de sus riesgos de seguridad y las medidas que hayan adoptado para hacerles frente.
- b) Como medidas paliativas, puesto que los proveedores de servicios de pago, para minimizar en lo posible el perjuicio causado a los usuarios, a otros proveedores de servicios de pago o a los sistemas de pago, tienen la obligación de comunicar a las autoridades competentes, sin demora, los incidentes graves de seguridad.

38 Capítulo 4 del título IV, art. 94.

39 Capítulo 5 del título IV, arts. 95 y ss.

40 Considerandos 91 y 92.

4.3.4 Resolución alternativa de litigios y sanciones derivados de las infracciones por los proveedores de servicios de pago

La arquitectura regulatoria del estatuto jurídico de las partes de los servicios de pago tiene su colofón natural en forma del régimen jurídico de las consecuencias de las infracciones —por parte de los proveedores de servicios de pago— de lo dispuesto en la DSP 2 y en las normas nacionales que la transpongan. Estas infracciones pueden tener dos tipos de consecuencias:

- a) La responsabilidad civil de los proveedores de servicios de pago, a cuyos aspectos sustanciales nos hemos referido en los epígrafes 4.3.2.1 y 4.3.2.2 precedentes al tratar sobre los derechos y obligaciones de las partes de los servicios de pago con ocasión de la autorización y de la ejecución de operaciones de pago. Desde el punto de vista procesal, esta responsabilidad civil se puede sustanciar en forma de litigios ante las autoridades judiciales de cada Estado. La DSP 2 regula procedimientos de resolución alternativa de litigios ante otro tipo de autoridades que los Estados deben garantizar y que se concretarán en procedimientos que permitan a los usuarios de servicios de pago y demás partes interesadas, incluidas las asociaciones de consumidores, presentar reclamaciones a las autoridades competentes en relación con presuntas infracciones, por parte de los proveedores de servicios de pago⁴¹.
- b) La responsabilidad administrativa de los proveedores de servicios de pago que se concretará en el régimen de sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones de Derecho nacional de transposición de la DSP 2, estando los Estados miembros obligados a establecer dicho régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias y a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación.

5 Conclusiones

5.1 La DSP 2 tiene un alcance regulatorio doble: por una parte, estatutario o subjetivo, porque tipifica seis categorías de proveedores de servicios de pago y establece las condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad por las entidades de pago; y, por otra parte, funcional u objetivo, porque establece normas comunes sobre transparencia y derechos y obligaciones tanto de los usuarios como de los proveedores de servicios de pago.

5.2 La estructura regulatoria de los servicios de pago en la UE que configura la DSP 2 parte de la identificación de los sujetos implicados en dichos servicios, que son los proveedores y los usuarios.

5.3 Los proveedores de servicios de pago pueden clasificarse conforme a dos criterios. Primero, según su estatuto jurídico pueden establecerse dos grupos: las entidades que tienen un estatuto propio establecido en normas externas a la DSP (por ejemplo, las entidades de crédito) y las entidades de pago cuyo estatuto específico —integrado por las condiciones de acceso y el ejercicio de su actividad de servicios de pago— se establece en la DSP 2.

5.4 Los proveedores de servicios de pago pueden clasificarse, en segundo lugar, conforme al criterio del tipo de servicios de pago que prestan, en otros dos grupos: proveedores de servicios de pago gestores de cuentas y proveedores de otros servicios de pago, que, a su vez, pueden ser proveedores de servicios de iniciación de pagos o proveedores de servicios de información sobre cuentas.

41 Capítulo 6 del título IV, arts. 99 y ss.

5.5 El estatuto específico de las entidades de pago que establece la DSP 2 se acomoda al modelo típico de la regulación europea de los intermediarios financieros, que pasa por las cinco fases siguientes: tipificación de la actividad financiera propia de este tipo de entidades, que, en este caso, consiste en la prestación profesional en la UE de los servicios de pago; reserva de dicha actividad a favor de los intermediarios autorizados, que, en este caso, son las entidades de pago, junto con los demás proveedores de servicios de pago enumerados en el art. 1.1 de la DSP 2; exigencia a la entidad de pago del cumplimiento de un conjunto de condiciones de acceso y de ejercicio a la actividad tipificada; y supervisión pública del cumplimiento por las entidades de pago de las condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad.

5.6 El otro extremo subjetivo de la estructura regulatoria de los servicios de pago en la UE está integrado por los usuarios, que pueden clasificarse conforme a los dos criterios siguientes: su estatuto jurídico, diferenciando entre usuarios consumidores y usuarios no consumidores; y su posición o rol en el contrato de servicios de pago, pudiendo distinguir entre el usuario —consumidor o no— que actúa como ordenante y el que lo hace como beneficiario.

5.7 La estructura regulatoria de los servicios de pago en la UE que configura la DSP 2 se completa con la tipificación de los servicios de pago en su anexo I y con la delimitación de los servicios de pago incluidos y de los excluidos.

5.8 El sistema de funcionamiento de los servicios de pago en la UE que configura la DSP 2 parte de la base de la doble distinción, por un lado, entre los contratos marco y las operaciones de pago singulares; y, por otro, entre los contratos entre proveedores y usuarios de servicios de pago y los contratos entre proveedores de servicios de pago y otros intermediarios financieros.

5.9 El primer aspecto básico del sistema de funcionamiento de los servicios de pago en la UE que configura la DSP 2 es la transparencia de tales servicios, que se puede exponer conforme a la estructura clásica del fenómeno de la comunicación, identificando a los emisores (en este caso, los proveedores de servicios de pago), a los receptores (en este caso, los usuarios de servicios de pago) y los mensajes (en este caso, las condiciones de los servicios de pago).

5.10 Los deberes de información que integran el sistema de transparencia atienden al principio general de la adecuación de la información, en un doble sentido: adecuación a los sujetos, porque, para una mayor eficiencia, la información requerida debe guardar proporción con las necesidades de los usuarios y comunicarse en un formato normalizado; y adecuación al tipo de relación entre ellos, porque los requisitos en materia de información aplicables a una operación de pago singular deben ser diferentes de los aplicables a un contrato marco que permita una sucesión de operaciones de pago.

5.11 El segundo aspecto básico del sistema de funcionamiento de los servicios de pago en la UE que configura la DSP 2 reside en el estatuto jurídico de las partes implicadas en aquellos servicios de pago, que se regula conforme a un criterio de doble adecuación: primero, adecuación al tipo de usuario de servicios de pago, con una especial tutela del consumidor; y, segundo, adecuación al momento en el que se presta el servicio de pago, con ocasión, bien de la autorización, o bien de la ejecución de operaciones de pago.

5.12 El estatuto jurídico de los proveedores de servicios de pago que establece la DSP 2 se completa con la exigencia de un conjunto de obligaciones en relación con los incidentes operativos o de seguridad graves, que operan en dos momentos: como medidas preventivas, ya que deben mantener medidas de seguridad proporcionales a los riesgos de seguridad existentes; y como medidas paliativas, puesto que deben comunicar, sin demora, los incidentes graves de seguridad a las autoridades competentes para minimizar en lo posible el perjuicio causado a los usuarios, a otros proveedores de servicios de pago o a los sistemas de pago.

5.13 Desde el punto de vista regulatorio jurídico, resulta esencial el régimen material y procesal de la responsabilidad —civil y administrativa— que establece la DSP 2, como consecuencia de las eventuales infracciones —por parte de los proveedores de servicios de pago— de lo dispuesto en la DSP 2 y en las normas nacionales que la transpongan.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C. (2018). «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*, 1.
- COMISIÓN EUROPEA (2018). «Payment Services Directive: frequently asked questions», Fact Sheet MEMO/15/5793, 12 de enero.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, A. (2012). «La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y la nueva figura de las entidades de pago en España y el Reino Unido», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBB), n.º 128, pp. 183 y ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2015). «La transferencia y el adeudo domiciliado desde la normativa sobre servicios de pago», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBB), n.º 140, pp. 77 y ss.
- HUALDE MANSO, T. (2010). «Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago desde la perspectiva de sus usuarios», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5/2010.
- LINARES POLAINO, M. (2012). «Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico: los cuasibancos», *Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, pp. 393 y ss.
- RAMOS HERRANZ, I. (2012). «Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la Directiva y la Ley española de Servicios de Pago», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 283/2012.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (2015). *Manual de Derecho del Mercado Financiero*, Ed. Iustel, 1.ª edición, Madrid.
- (2018). «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su transposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 19/2017», *La Ley Unión Europea*, n.º 56, 28 de febrero.
- (2018). «La aplicación de la normativa MIFID II desde el 3 de enero de 2018 y su transposición al Ordenamiento español», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBB), n.º 149, pp. 187-202.
- (2018). «Las tecnofinanzas (FINTECH). Retos a la regulación y a la supervisión financieras», *Revista Iberoamericana del Mercado de Valores* (RIMV), n.º 54 (julio), pp. 1 y ss.