

TRANSPOSICIÓN DE LA PSD2 Y OTRAS MEDIDAS URGENTES EN MATERIA FINANCIERA

El nuevo marco europeo creado por 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) N^o 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (en adelante, “PSD2”) tiene como principales objetivos facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet. Pese a la importancia de la transposición de PSD2 para el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, el Real Decreto-Ley 19/2018 de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, “RDL”) solo lleva a cabo una trasposición parcial ya que, a futuro deberá no solo completarse la trasposición, sino que será necesario un posterior desarrollo reglamentario.

Esta nota analiza los principales cambios introducidos por dicha transposición en España, entre los cuales se encuentran algunas novedades importantes que no estaban reflejadas en los textos de los anteproyectos sometidos a audiencia pública.

1. Introducción

El RDL fue aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 23 de noviembre. Su objetivo primordial es llevar a cabo la transposición de la PSD2, cuyo plazo de transposición venció en enero de este año y por la cual se inició contra España un procedimiento sancionador. Adicionalmente, el RDL tiene como objetivo secundario transponer otras directivas europeas, cuyo plazo de transposición se encuentra igualmente vencido con iguales consecuencias que para PSD2.

2. Principales novedades del Real Decreto-Ley

Las principales novedades reflejadas en el RDL en relación con la – ya derogada – Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante, “LSP”) y/o, en su caso, con el anteproyecto de ley de servicios de pago que se publicó en julio de 2017 (el “Anteproyecto”) son las siguientes:

- (i) Traslado de competencias a Banco de España

El Banco de España pasa a ser el órgano competente para conceder autorizaciones y proceder al registro de entidades de pago y proveedores de servicios de información sobre

cuentas, asumiendo las competencias en la materia que estaban conferidas al Ministerio de Economía y Empresa.

(ii) Introducción de dos nuevos servicios de pago

Una de las medidas de mayor repercusión bajo PSD2, transpuesta a través del RDL, es la inclusión de dos nuevos servicios en el marco legal de los servicios de pago: el de iniciación de pago¹ y el de información sobre cuentas².

Como consecuencia de este cambio normativo, la prestación de dichos servicios pasa a exigir una autorización y/o registro previo ante Banco de España, pero a su vez permite a dichos proveedores (conocidos como TPPs) beneficiarse de un derecho de acceso a las cuentas de pago en las entidades financieras gestoras de cuentas (normalmente bancos) a los efectos de la prestación de sus servicios. Este derecho no estará supeditado a la existencia de una relación contractual entre los TPPs y los bancos.

Asimismo, se modifica el régimen de responsabilidad en relación a las operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente para introducir la casuística del nuevo servicio de iniciación de operaciones de pago y su responsabilidad en el proceso.

(iii) Régimen de exención de entidades de pago

Una de las novedades del RDL que no constaba ni siquiera en el Anteproyecto, ha sido el acogimiento de España a la posibilidad, prevista en el art. 32 de la PSD2, de excepcionar la aplicación de parte del régimen de la normativa de servicios de pago a las entidades que cumplan con los siguientes requisitos:

- Prestar servicios de pago distintos de la iniciación de pagos e información sobre cuentas;
- No tener, en los 12 meses anteriores, un valor total medio de operaciones ejecutadas de 3.000.000 euros mensuales; y
- Cuyos responsables no hayan sido condenados por un delito de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo u otros delitos de carácter financiero.

Dichas entidades no estarían sometidas al régimen establecido en el RDL para la autorización como entidad de pago, sin embargo, deberán cumplir con ciertas obligaciones. En particular:

1. El servicio de iniciación del pago, a su vez, se define 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. Esta operativa permitiría iniciar operaciones/transferencias de pago cuenta a cuenta sin utilizar una tarjeta.

2. El servicio de información sobre cuentas se define como un 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.

- Deberán notificar a Banco de España su actividad, constar inscritas en el registro especial de Banco de España, y comunicar al regulador cualquier cambio de los requisitos de exención;
- Deberán tener domicilio social en España y no podrán ejercer en libre prestación de servicios en Europa;
- Deberán cumplir las limitaciones y derechos del artículo 20 del RDL, entre los cuales destaca la obligación de mantener cuentas de pago de utilización exclusiva para operaciones de pago, y
- Estarán obligadas a observar el régimen de utilización de agentes y externalización de funciones de las entidades de pago del RDL.

Este régimen más beneficioso para las entidades con un volumen limitado de operaciones ya estaba contemplado en la Directiva 2007/64/CE, de servicios de pago (“PSD1”) pero España no lo había adoptado en su normativa nacional hasta ahora. Teniendo en cuenta que otros Estados Miembros ya se han acogido a esta posibilidad, esta medida contribuye a la competitividad de España para atraer y/o mantener nuevos proyectos relacionados al mercado de servicios de pago.

(iv) Instrumentos de escasa cuantía

Tanto la PSD1 como la PSD2 prevén la posibilidad de excluir la aplicación de ciertas obligaciones que la ley establece entre el proveedor de servicios de pago y el usuario, siempre que así se pacten entre las partes y se cumplan ciertos umbrales y condiciones (i.e. en caso de instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, sólo afecten a operaciones de pago individuales no superiores a 30 euros o que, o bien tengan un límite de gasto de 150 euros, o bien permitan almacenar fondos que no excedan en ningún momento de la cantidad de 150 euros). Se otorga, además, a los Estados Miembros la posibilidad de reducir o duplicar dichas cantidades para las operaciones de pago a nivel nacional e incrementarlas hasta 500 euros para instrumentos de pago en la modalidad de prepago.

Con el RDL y como novedad que no estaba contemplada en el Anteproyecto, España ha ejercido por primera vez dicha facultad, habiendo optado por duplicar los umbrales para las operaciones a nivel nacional y por subir hasta los 500 euros el umbral para instrumentos de prepago.

(v) Exclusión de instrumentos de pago específicos de uso limitado (red limitada)

La utilización de un instrumento de pago únicamente para adquirir bienes o servicios en una red limitada de proveedores o exclusivamente del emisor del instrumento es una excepción a la aplicación de la normativa de servicios de pago que ya existía desde PSD1.

Aunque se mantiene dicha exclusión bajo la nueva normativa, las entidades que a ella se acojan pasan a tener una nueva obligación de comunicar a Banco de España la descripción

de su operativa y servicios, en el caso de que el valor total medio mensual de sus operaciones con dichos instrumentos sean superiores a un millón de euros tomando como referencia los 12 meses precedentes. Esa notificación será estudiada por el Banco de España en aras a revisar si se cumplen los requisitos de la exclusión, y en caso de no cumplirlos informar a la entidad.

(vi) Exclusión de los proveedores de redes o servicios de comunicación electrónica

Se aclara y limita el ámbito de aplicación de la excepción relativa a los pagos o compras cargados directamente por el operador de telecomunicación a través de su factura telefónica.

Así, queda excluido del ámbito de aplicación del RDL las operaciones de pago de un proveedor de redes o servicios de comunicación electrónica, efectuadas con carácter adicional a la prestación de servicios de comunicación electrónica en favor de un suscriptor de la red o servicio para que:

- Compre contenido digital y servicios de voz, con independencia del dispositivo utilizado para dicha compra o para el consumo del contenido digital y cargadas en la factura correspondiente, o
- Sea realizada a través de un dispositivo electrónico y cargada en la factura correspondiente, y en el marco de una actividad benéfica o con un objetivo de adquisición o validación de billetes de transporte, entretenimiento, aparcamiento y espectáculos (se determinarán más reglamentariamente).

La exclusión se dará siempre que la operación de pago no supere individualmente la cuantía de 50 euros y 300 euros mensuales, ya sea mediante un contrato de suscripción o de prepago.

Adicionalmente, las empresas que hagan uso de esta exclusión deberán, en un plazo de seis meses (es decir, hasta el 25 de mayo de 2019), establecer los procesos para impedir que su operativa ordinaria supere los umbrales establecidos. Asimismo, y como novedad, las empresas que presten estos servicios deberán enviar al Banco de España en el primer trimestre de cada año un informe de experto independiente que certifique que tal actividad se ajusta a los límites indicados.

(vii) Microempresa

El RDL viene a ampliar la protección jurídica de la microempresa³ (incluyendo los autónomos) asemejando su régimen jurídico al del consumidor y usuario. Concretamente, excluye la posibilidad del proveedor de servicios de pago de pactar en operaciones con microempresas la no aplicación de determinadas obligaciones relativas a la información,

3. Definida como persona física que realiza una actividad profesional o empresarial y persona jurídica que ocupe menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los dos millones de euros.

resolución y modificación del contrato marco, así como de ciertos derechos y obligaciones consagrados a los usuarios de servicios de pago, tales como los relacionados con el régimen de irrevocabilidad de las ordenes o el de responsabilidad del proveedor de servicios de pago.

No obstante, como excepción a la regla general de equiparación anterior, no es extensible a las microempresas, y por tanto se mantiene en vigor solo frente a consumidores, la prohibición de pactar:

- La no aplicación total o parcial del artículo 49 del RDL, que establece un plazo máximo de 13 meses desde la fecha de adeudo para rectificación de una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente; y
- Un plazo distinto al de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo para la aplicación del derecho a ordenar la devolución de los adeudos domiciliados como consecuencia de una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través del mismo (artículo 43 del RDL).

Con base en la disposición transitoria quinta del RDL, los contratos que los proveedores de servicios de pago que operen en España tengan suscritos con su clientela a la fecha de entrada en vigor del RDL seguirán siendo válidos, sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, de las disposiciones de carácter imperativo que resulten más favorables para los consumidores y microempresas.

- (viii) Obligaciones relativas a gastos aplicables y prohibición de recargo por utilización de un determinado instrumento de pago

Otra de las principales novedades en este texto de transposición de la PSD2, es la opción por España de prohibir los recargos por la utilización de diferentes medios de pago. En este sentido, los beneficiarios del servicio de pago (esto es, el comercio o entidad a la que están destinados los fondos) no podrán exigir al ordenante (el usuario o cliente que recibe el bien o el servicio por cuya contraprestación se realiza el servicio de pago) un importe adicional (recargo) por el uso de determinados instrumentos de pago. No obstante, la norma prevé la posibilidad de ofrecer un descuento o ventaja que incentive el uso de determinados instrumentos en detrimento de otros, lo que en cierto modo mitiga —pero no impide de modo absoluto— la prevalencia del uso de ciertos instrumentos de pago frente a otros por razón de su coste para el beneficiario. Para muchos comercios este cambio podrá requerir una revisión de sus políticas comerciales y de la información relacionada suministrada en sus webs de comercio electrónico.

- (ix) Ventas vinculadas

Se refuerzan los requisitos de información para las ventas de productos vinculados. Así, cuando una cuenta de pago se ofrezca como parte de un paquete de productos se deberá informar sobre si es o no es posible contratar solo la cuenta de pago, en caso de ser

posible se facilitará al consumidor la información, en piezas separadas, sobre los costes y comisiones de los productos vinculados.

(x) Modificaciones al contrato marco

Pese a que la redacción del precepto relativo a las modificaciones al contrato marco es muy similar a la de la derogada LSP, el nuevo RDL incluye un matiz que deberá ser tenido en cuenta por los proveedores de servicio de pago en la redacción del contrato marco o comunicaciones relacionadas a su modificación.

El RDL al igual que la derogada LSP obliga a que todas las modificaciones propuestas sean destacadas con claridad. Sin embargo, en relación con la comunicación de la modificación y el régimen de aceptación tácita, se añade una obligación de resaltar, en su caso, tanto en el contrato marco como en la comunicación remitida sobre la modificación que, si se ha convenido así, cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor.

(xi) Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas

Se modifica el régimen de responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas. El nuevo RDL reduce en 100 euros – hasta los 50 – la cantidad que el consumidor puede llegar a soportar como máximo en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida por un tercero y, además establece dos supuestos adicionales en los que el consumidor no soportará pérdida alguna, estos son:

- Cuando al ordenante no le resultara posible detectar la pérdida, la sustracción o la apropiación indebida de un instrumento de pago antes de un pago, salvo cuando el propio ordenante haya actuado fraudulentamente, o
- Cuando la pérdida se debiera a la acción o inacción de empleados o de cualquier agente, sucursal o entidad de un proveedor de servicios de pago al que se hayan externalizado actividades.

Adicionalmente, el RDL establece una exención absoluta de soportar las pérdidas cuando la sustracción, extravío o apropiación indebida se haya realizado de manera no presencial utilizando únicamente los datos de pago impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave del ordenante en su deber de vigilancia de su instrumento y de informar de la sustracción, extravío o apropiación indebida.

Por último, y en relación con otra de las novedades de PSD2, la autenticación reforzada, las entidades que no exijan la misma no podrán repercutir las consecuencias económicas de una operación no autorizada salvo que el ordenante actué de manera fraudulenta. Asimismo, el RDL también incluye la obligación, de los beneficiarios o de su proveedor de pago, de reembolsar el importe del perjuicio financiero causado al proveedor de servicios

de pago del ordenante cuando no acepten una autenticación reforzada.

(xii) Riesgos operativos y de seguridad

Se introduce un nuevo capítulo relacionado a la gestión de riesgos operativos y de seguridad, exigiendo a los proveedores de servicios de pago que pongan en marcha mecanismos de control adecuados para gestionar dichos riesgos y añadiendo como obligación adicional que los mismos comuniquen a Banco de España:

- Con la periodicidad y forma que éste determine, al menos una vez al año, una evaluación actualizada y completa de los riesgos operativos y de seguridad asociados a los servicios de pago que prestan y de la adecuación de las medidas paliativas y los mecanismos de control aplicados en respuesta a tales riesgos; y
- De forma inmediata y en la forma que este determine, los incidentes operativos o de seguridad graves.

Asimismo, para los casos en los cuales el incidente de seguridad afectara o pudiera afectar a los intereses financieros de los usuarios de sus servicios de pago, se prevé una obligación para el proveedor de servicios de pago de informar los usuarios sin dilación indebida del incidente, así como de todas las medidas paliativas disponibles que pueden adoptar para mitigar sus consecuencias adversas.

Por último, se introduce la obligación de autenticación reforzada de clientes, remitiendo a los términos de las normas técnicas de desarrollo de la Comisión Europea al respecto.

(xiii) Periodo de adaptación de las distintas entidades

Con su entrada en vigor, el pasado día 25 de noviembre, el nuevo RDL obliga a muchas entidades a adaptar sus procesos, operativa y contratos. Debido a lo anterior, el nuevo RDL contempla un plazo de adaptación de tres meses para la aplicación del contenido relacionado con:

- La transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco, y
- Los derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago.

Por otro lado, las exigencias de aplicar los nuevos requisitos de autenticación reforzada de clientes y ciertas medidas de seguridad relacionadas al acceso a la cuenta de pago y su información por los proveedores de servicios de información sobre cuentas e iniciación de pagos entrarán en vigor solo a partir de septiembre de 2019 (i.e. 18 meses desde la publicación del Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión de 27 de noviembre de 2017, que estableció los requisitos técnicos aplicables). Todo ello, sin perjuicio de la obligación por parte de las entidades de realizar y ofrecer pruebas de sus nuevas interfaces de programación de aplicaciones (en adelante, “APIs”) con los TPPs con 6 meses de

antelación a dicha fecha de entrada en vigor.

(xiv) Transición de entidades con autorización previa a la entrada en vigor del RDL

Las nuevas directrices de la EBA para la autorización de entidades de pago y de dinero electrónico que traen causa PSD2 incluyen requisitos adicionales a los existentes en la derogada LSP. La mayoría de ellos está relacionada a un mayor control de la parte técnica y operativa de dichas entidades, lo que se traduce, entre otras obligaciones, en la necesidad de tener y aportar al regulador un plan de continuidad de negocio, documento de seguridad e información sobre las medidas para controlar el acceso a datos de pago sensibles.

Aunque Banco de España había fomentado una adaptación temprana a la PSD2, habiendo proporcionado a las entidades los formularios e instrucciones pertinentes desde marzo de 2018 y accedido a tramitar los procesos de adaptación presentados, con la publicación del RDL el plazo de adaptación impuesto por el mismo adquiere carácter obligatorio.

Con base en lo anterior, las entidades de pago y de dinero electrónico ya autorizadas deberán enviar al Banco de España en los próximos dos meses a la entrada en vigor del RDL (es decir, hasta 25 de enero de 2019) información explicativa sobre su adaptación a la PSD2. En caso de que el cumplimiento con los requisitos adicionales impuestos por la PSD2 no quede acreditado en un plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor del RDL (es decir, hasta 25 de marzo de 2019), dichas entidades tendrán prohibida la prestación de servicios de pago.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que se ha excluido como servicio de pago el previsto en el artículo 1.2. (g) de la LSP⁴, las entidades que presten dichos servicios quedarán reclasificadas y autorizadas para la prestación del servicio previsto en el artículo 1.2 (c) del RDL y tendrán hasta el 13 de enero de 2020 para adaptarse a los requerimientos de capital exigidos para este servicio.

(xv) Introducción de modificaciones a otra normativa

Asimismo, el RDL introduce en sus disposiciones finales modificaciones a otros cuerpos normativos, que en la mayoría de los casos no guardan relación con las modificaciones introducidas a la normativa de servicios de pago recién aprobada. En particular, se destacan los siguientes cambios:

- Modificación a la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico para adaptar el régimen de autorización y adaptar la misma al RDL.

4. Aquellas entidades que presten el servicio de 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 mediando el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y cuyo pago sea realizado a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actuará únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.

- Modificación de la Ley 44/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores por la cual se suprime la consideración de sistemas españoles de pagos, de compensación y de liquidación de valores y productos financieros derivados a las siguientes instituciones: (i) AIAF, (ii) Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Barcelona, (iii) Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Bilbao, (iv) Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Valencia.
- Modificación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión colectiva para introducir y adaptar a nuestro ordenamiento las disposiciones en materia de régimen sancionador del Reglamento sobre fondos del mercado monetario.
- Modificación de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores para adecuarla al nuevo RDL.
- Modificación de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para incluir la no aplicación del derecho de separación de los socios en las entidades de crédito.
- Modificación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito para, de manera genérica, completar la transposición de la Directiva CRD IV en aquellas partes donde la Comisión Europea había alegado que España no había llevado a cabo la transposición.
- Modificación Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial para adaptar el régimen de las entidades financieras de crédito híbridas en relación con la autorización y sus obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- Modificación de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión para introducir modificaciones en relación al FROB.
- Modificación del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, para la introducción de diversa normativa comunitaria como productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, abuso de mercado, índices de referencia y transparencia de operaciones de financiación de valores.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 10 de diciembre de 2018 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Paula De Biase

Responsable de la Práctica de Servicios Financieros

pdebiase@perezllorca.com

T: + 34 91 423 67 37