



# ENTIDADES FINANCIERAS COMUNITARIAS QUE ACTÚAN EN ESPAÑA EN LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y NORMATIVA APLICABLE A SU ACTUACIÓN

EU Financial institutions operating in Spain  
on a cross-border basis: applicable regulation  
to their operations in Spain

RICARDO PLASENCIA VELASCO

Abogado y socio del despacho de abogados DLA Piper

ENRIQUE HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Abogado

Revista de Derecho del Sistema Financiero 2

DOI: <https://doi.org/10.32029/2695-9569.02.13.2021>

Julio 2021

Págs. 443–454

**RESUMEN:** El artículo expone la problemática de las entidades financieras comunitarias cuando actúan en libre prestación de servicios en España. Las normas de conducta a la que están sujetas estas entidades son las de su Estado Miembro de origen de acuerdo con lo previsto en las directivas comunitarias. Sin embargo, el legislador español está incluyendo cada vez más dentro del ámbito de aplicación subjetivo de normas españolas a estas entidades que actúan en libre prestación en España en distintos ámbitos, como son la prevención del blanqueo de capitales, las obligaciones en materia de publicidad así como determinadas obligaciones de reporting. Asimismo, los supervisores

**ABSTRACT:** This article sets out the problems faced by EU financial institutions when they operate under the freedom to provide services in Spain. The conduct of business rules to which these entities are subject are those of their home Member State in accordance with the provisions of the EU directives. However, the Spanish legislator is increasingly including these entities acting under the freedom to provide services in Spain within the subjective scope of application of Spanish rules in different areas, such as anti money laundering, advertising obligations and certain reporting obligations. In addition, financial sector supervisors are also issuing resolutions

del sector financiero también están también emitiendo resoluciones y comunicados respecto de determinadas entidades financieras que actúan en libre prestación en España.

**PALABRAS CLAVE:** Entidades financieras comunitarias – libre prestación de servicios – prevención del blanqueo de capitales – publicidad – reporting – Estado Miembro de origen – normas de conducta – Banco de España – CNMV.

and notices with respect to certain financial institutions operating under the freedom to provide services in Spain.

**KEY WORDS:** EU financial institutions – freedom to provide services – anti money laundering – advertising – reporting – home Member State – conduct of business rules – Banco de España – CNMV.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. III. EL PRINCIPIO GENERAL APLICABLE A LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMUNITARIAS QUE ACTÚAN EN ESPAÑA EN RÉGIMEN DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. IV. NORMATIVA ESPAÑOLA QUE AFECTA A LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMUNITARIAS QUE ACTÚAN EN RÉGIMEN DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho comunitario juega un papel cada vez más importante en la regulación de las entidades financieras. Desde las instituciones europeas y los gobiernos nacionales se viene haciendo un esfuerzo considerable de armonización del régimen jurídico aplicable a las entidades que prestan servicios bancarios y de inversión, con el fin de crear un marco común regulatorio.

En este contexto, la actividad transfronteriza, es decir, la prestación de servicios dirigida a los residentes de un Estado miembro (denominado Estado miembro de acogida) por una entidad domiciliada en otro Estado miembro (denominado Estado miembro de origen) tiene una relevancia cada vez mayor. Tanto la apertura de sucursales por parte de entidades financieras mediante el uso del derecho de establecimiento como la libre prestación de servicios conforman el denominado «pasaporte comunitario»<sup>1</sup>.

A lo largo de este artículo exponemos una visión general de la figura de la libre prestación de servicios, cómo ha evolucionado desde su origen y el impacto normativo asociado a la utilización de este mecanismo desde la perspectiva de la normativa del Estado miembro de acogida, en este caso España. En concreto, vamos a describir el cambio de tendencia que se viene observando en los últimos años en virtud del cual España, como Estado miembro de acogida, cada vez legisla más sobre las actividades en

1. El derogado Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, ya señalaba en su exposición de motivos que el «pasaporte comunitario» era una pieza clave para el Mercado Único de los servicios financieros. Así, autorizada una entidad de crédito en cualquier país comunitario, el «pasaporte comunitario» le permitía operar en los demás países sin necesidad de autorización alguna de los reguladores nacionales de éstos.

libre prestación de servicios que se prestan por parte de entidades financieras comunitarias desde su Estado miembro de origen a residentes en España. Veremos, por tanto, cómo el principio general de aplicación de la normativa del Estado miembro de origen se viene, en cierto modo, desvirtuando y como hay cada vez más normativa española que afecta a las entidades financieras comunitarias que actúan en España en libre prestación de servicios.

Haremos referencia a casos concretos de normativa nacional que aplica directamente a este tipo de entidades y, en particular, a la aplicación de la normativa española en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, así como diversa normativa española que afecta también a las entidades que prestan servicios bancarios y de inversión en libre prestación de servicios y al papel de los supervisores nacionales.

## II. EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Para conocer el concepto de la libre prestación de servicios es preciso echar la vista atrás y observar la evolución que ha experimentado esta figura en el Derecho comunitario en las últimas décadas.

En primer lugar, conviene hacer una mención al «Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios» (el «Programa General») publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 15 de enero de 1962 y que desarrollaba el contenido de los Artículos 63, 106 y 227.2 del Tratado de Roma de 1957 por el que se constituía la Comunidad Económica Europea (la «CEE»). Con este Programa General se suprimían las restricciones a la libre prestación de servicios de las empresas constituidas y con sede social en alguno de los Estados miembros. Asimismo, se levantaban todas las restricciones a la libre circulación de capitales y todas aquellas restricciones que prohibían la prestación de servicios en general, entre otras.

Este Programa General, que afectaba a todo tipo de personas físicas y jurídicas de la CEE fue la antesala de la Directiva 73/183/CEE, de 28 de junio de 1973, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras (la «Directiva 73/183/CEE»). La Directiva 73/183/CEE es la primera norma europea en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios dirigida únicamente a bancos y entidades financieras. Con la Directiva 73/183/CEE se levantan las restricciones dentro del mercado comunitario, poniéndose la primera piedra para la construcción de un mercado financiero y bancario único.

En el ámbito estrictamente bancario, el primer avance para conseguir la armonización bancaria se produjo con la Primera Directiva de

Coordinación Bancaria<sup>2</sup>. Esta Directiva sentó las bases del régimen del derecho de establecimiento. En este sentido, según se cita en esta Primera Directiva de Coordinación Bancaria, «*el objetivo final de la coordinación será llegar a un sistema por el que las entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro quedarán dispensadas de todo trámite nacional de aprobación para la creación de sucursales en el resto de los Estados miembros*». Así, se puede apreciar que, a pesar de que la Directiva 73/183/CEE suprimía las restricciones a la libre prestación de servicios, el derecho de una entidad bancaria de actuar en libre prestación estaba falto aún de desarrollo y concreción por parte de las instituciones europeas. De este modo, la Primera Directiva de Coordinación Bancaria recogió en su artículo 11 la necesidad de crear un comité consultivo con la misión de asistir a la Comisión Europea en su tarea de asegurar la correcta aplicación de la Directiva 73/183/CEE.

No obstante lo anterior, no es hasta la aprobación de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria<sup>3</sup> cuando se establece un verdadero régimen legal que produjo una gran liberalización del régimen bancario europeo y abrió las puertas a un mercado único más real. Esta Directiva estableció el reconocimiento mutuo de las autorizaciones otorgadas a las entidades de crédito y eliminó por completo el requisito de autorización por parte de la autoridad nacional del Estado miembro de acogida, ya fuese en régimen de derecho de establecimiento o a través de la libre prestación de servicios<sup>4</sup>.

La Segunda Directiva de Coordinación Bancaria es considerada la auténtica ley bancaria europea y estableció y desarrolló el régimen para poder actuar en libre prestación de servicios por parte de las entidades de crédito, pudiendo éstas desarrollar algunas o todas las actividades incluidas en su anexo mediante el establecimiento de una sucursal, o por la vía de la libre prestación de servicios en otro Estado miembro.

A través de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introdujeron otras modificaciones relativas al sistema financiero (la «Ley 3/1994»), España adaptó su normativa bancaria al nuevo marco europeo y abrió el mercado español a la actuación

2. Primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.
3. Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE.
4. La Segunda Directiva de Coordinación Bancaria expresamente establecía en los considerandos que uno de los objetivos es la «*realización de la armonización esencial, necesaria y suficiente para llegar a un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión prudencial, que permita la concesión de una autorización única, válida en toda la Comunidad, y la aplicación del principio de supervisión por el Estado miembro de origen*».

transfronteriza de entidades comunitarias mediante una mera notificación al supervisor nacional (en este caso, el Banco de España) por el supervisor de la entidad del Estado miembro de origen, y viceversa.

Esta Ley 3/1994 modificó la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, añadiendo el Título V que establecía el ejercicio de la actividad transfronteriza tanto de entidades de crédito españolas en el mercado comunitario como de entidades de crédito de la Unión Europea en España. Posteriormente, se aprobaría el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito que dio más concreción al régimen de la actividad transfronteriza.

Con la aprobación de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión («CRD IV») se aprobó el nuevo régimen bancario europeo que ha traído consigo medidas relevantes en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras como consecuencia de la crisis financiera de 2008. Aunque CRD IV no supone cambios significativos en el régimen de la libre prestación de servicios, el legislador nacional tuvo que adaptar la ley española al nuevo contexto europeo.

Así, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (la «Ley 10/2014») y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 (el «RD 84/2015») conforman, con carácter general, el régimen legal español aplicable a la actuación transfronteriza de las entidades de crédito. Estas normas establecen el procedimiento que deben seguir las entidades de crédito españolas que deseen actuar en libre prestación de servicios en otro Estado miembro, así como el régimen aplicable en España a la actuación transfronteriza de entidades de crédito comunitarias.

En el ámbito de las empresas de servicios de inversión, la Directiva 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión (la «Directiva 93/22/CEE») supuso un importante paso adelante en la integración financiera de la Unión Europea, en la medida en que se reguló por primera vez el pasaporte comunitario para este tipo de entidades.

La transposición de la Directiva 93/22/CEE al ordenamiento español se realizó a través de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (la «Ley 37/1998») <sup>5</sup>, desarrollada por el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. En concreto, esta última

5. La Ley 37/1998 definía a las empresas de servicios de inversión como aquellas entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión con carácter profesional a terceros. Dentro de esta categoría incluía a las sociedades de valores, las agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras.

norma tenía como uno de sus principales objetivos regular la actuación transfronteriza de las empresas de servicios de inversión, en aplicación de la Directiva 93/22/CEE.

Con la entrada en vigor de MiFID<sup>6</sup>, España adaptó su ordenamiento jurídico a las exigencias europeas mediante, principalmente, la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores («LMV») y la aprobación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión («RD ESIs»). Es esta última norma, modificada nuevamente por la transposición de MiFID II<sup>7</sup>, la que desarrolla el régimen de la actuación transfronteriza de las empresas que prestan servicios de inversión, junto con el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores («TRLMV»), que derogó la LMV.

### III. EL PRINCIPIO GENERAL APLICABLE A LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMUNITARIAS QUE ACTÚAN EN ESPAÑA EN RÉGIMEN DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La figura de la libre prestación de servicios permite a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión<sup>8</sup> prestar servicios en todos y cada uno de los Estados miembros que deseen mediante notificación al supervisor de la autoridad competente del Estado miembro de origen, sin necesidad de una presencia física en el Estado miembro de acogida.

Esto tiene una gran importancia ya que estas entidades están establecidas y autorizadas en sus Estados miembros de origen y, por tanto, están sujetas al ordenamiento jurídico local correspondiente. Tiene sentido, en consecuencia, que cumplan con las normas de su Estado miembro de origen, siendo éste el principio general de aplicación. No obstante, como veremos, las entidades financieras comunitarias deberán cumplir con una serie de normas y obligaciones existentes en el Estado miembro de acogida, en nuestro caso, España.

6. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

7. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.

8. Conviene señalar que, en el ámbito de las actividades financieras reguladas, también están presentes las entidades de pago y de dinero electrónico. Estas entidades desempeñan actualmente un papel muy relevante en el sector financiero y gozan también del pasaporte comunitario, pudiendo beneficiarse de la figura de la libre prestación de servicios, tal y como se regula en sus correspondientes regímenes legales. Lo mismo ocurre con las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como con las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

Este principio general ya recogía en los considerandos de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria cuando se establecía que *«la responsabilidad en materia de supervisión de la solidez financiera de una entidad de crédito y, en particular, de su solvencia, corresponde, en adelante, a la autoridad del Estado miembro de origen»*, así como en el artículo 13, que señalaba que *«la supervisión prudencial de una entidad de crédito, incluida la de las actividades que ejerza con arreglo a las disposiciones del artículo 18 [es decir, las actividades realizadas a través del pasaporte comunitario] corresponderá a las autoridades competentes del Estado miembro de origen»* y que *«las autoridades competentes del Estado miembro de origen exigirán que cada entidad de crédito cuente con una buena organización administrativa y contable y con procedimientos de control interno adecuados»*. Por lo tanto, estas entidades estaban sujetas a las normas de su Estado miembro de origen y a los criterios de su propio supervisor nacional.

Debido a las particularidades de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y con el propósito de ofrecer una mayor claridad y fijar un criterio más homogéneo respecto de la normativa aplicable a las entidades de crédito que actúan en libre prestación de servicios, la Comisión Europea publicó en 1997 una Comunicación interpretativa sobre la libre prestación de servicios e interés general en la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (la *«Comunicación Interpretativa»*). La Comunicación Interpretativa indica que *«una entidad de crédito que desarrolle su actividad al amparo del reconocimiento mutuo sólo podría verse obligada a adaptar sus servicios a la reglamentación del país de acogida si las medidas que se le impusieran fuesen de interés general, [...] si actúa [...] en régimen de libre prestación de servicios»*. Por tanto, si una entidad, en este caso bancaria, se encuentra establecida en un Estado miembro y presta servicios en libre prestación en otro Estado miembro, deberá atenerse al cumplimiento de la normativa local de interés general que, en su caso, corresponda.

Así, en el ámbito bancario, tanto la Ley 10/2014 como el RD 84/2015 establecen que las entidades comunitarias que actúen en España en libre prestación de servicios deberán respetar *«las disposiciones de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que, en su caso, resulten aplicables así como cualesquiera otras dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local»*.

Lo anterior, aunque no aparece expresamente recogido en el artículo 169 del TRLMV, es igualmente aplicable a las empresas de servicios de inversión que actúen en España en libre prestación de servicios. En concreto, como se verá más adelante, se encuentran sometidas al cumplimiento de algunas normas nacionales específicas, así como a las normas dictadas por razones de interés general.

Aunque ni las normas españolas bancarias ni las de mercado de valores establecen qué normas son consideradas de interés general, la Comunicación Interpretativa indica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera, al menos, las siguientes: *«la protección del destinatario de los*

*servicios, la protección de los trabajadores, incluida la protección social, y de los consumidores, la protección de la buena reputación del sector financiero nacional, la prevención del fraude, el orden social, la protección de la propiedad intelectual, la política cultural, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, la coherencia fiscal, la seguridad viaria, la protección de los acreedores y la protección de la correcta administración de la justicia».*

A este respecto, la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*) («EBA») ha publicado un informe recientemente, el 29 de octubre de 2019, titulado «*EBA Report on potential impediments to the cross-border provision of banking services*», en el que pone de manifiesto los distintos enfoques regulatorios y prácticas supervisoras a nivel europeo respecto de la libre prestación de servicios bancarios, así como las dificultades incluso para determinar la localización de la prestación de servicios y, por lo tanto, para determinar la ley aplicable a la prestación de dichos servicios, sobre todo cuando la prestación se realiza a través de medios digitales. En este sentido, EBA pide que la Comisión Europea realice una actualización y revisión de la Comunicación Interpretativa.

#### IV. NORMATIVA ESPAÑOLA QUE AFECTA A LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMUNITARIAS QUE ACTÚAN EN RÉGIMEN DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En el presente apartado hacemos referencia a aquellas normas principales que son de obligado cumplimiento para las entidades financieras comunitarias que actúan en régimen de libre prestación de servicios en España. También ponemos especial énfasis en algunas normas recientemente modificadas y cuyo ámbito de aplicación subjetivo ha sido ampliado para incluir a las entidades que actúan en libre prestación de servicios.

En primer lugar nos referiremos a la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (la «Ley 10/2010») establece en su artículo 2.1 que tanto las entidades de crédito como las empresas de servicios de inversión y demás entidades financieras no residentes que presten servicios «*a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente*» se encontrarán sujetas a dicha norma. La Ley 10/2010 aplica, por tanto, a las entidades financieras que actúan en libre prestación de servicios en España.

Las entidades financieras comunitarias que actúan en España en libre prestación de servicios ya se encuentran sujetas a la normativa de prevención de blanqueo de capitales de su Estado miembro de origen. No obstante, el cumplimiento de la normativa de su Estado miembro de origen no exime a la entidad financiera comunitaria de cumplir con los requisitos aplicables de la Ley 10/2010 y su normativa de desarrollo.



Por su relevancia, es preciso referirnos en este punto a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 25 de abril de 2003. En dicha sentencia, el TJUE da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en el marco de un litigio entre Jyske Bank Gibraltar Ltd («Jyske»), entidad de crédito situada en Gibraltar y que operaba en España bajo el régimen de libre prestación de servicios, y la Administración del Estado en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de octubre de 2009, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo del mismo Consejo de Ministros, de 17 de abril de 2009, que impuso a Jyske dos sanciones económicas y dos amonestaciones públicas a raíz de la negativa o resistencia a proporcionar la información solicitada por el Servicio Ejecutivo para la Prevención del Blanqueo de Capitales («SEPBLAC»).

Jyske estimaba que la Directiva comunitaria sobre prevención de blanqueo de capitales sólo le imponía una obligación de informar a la autoridad de su Estado miembro de origen y que, por tanto, la normativa española sobre prevención de blanqueo de capitales no le era de aplicación al estar operando en España en libre prestación de servicios. Este banco interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Supremo, que decidió plantear una cuestión prejudicial sobre esta materia al TJUE.

El TJUE da la razón a España y señala que la Directiva comunitaria sobre prevención de blanqueo de capitales *«debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro la obligación de comunicar directamente a la unidad de información financiera de dicho Estado miembro la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo»*.

De este modo, la sentencia del TJUE reconoce el carácter extraterritorial de la normativa de prevención de blanqueo de capitales española y la posibilidad de exigir su cumplimiento a las entidades que ejercen sus actividades en España en libre prestación de servicios.

En segundo lugar, en el ámbito de la protección de los clientes, otra norma que también es de aplicación a las entidades financieras que actúan en libre prestación de servicios es la relativa a los servicios de atención al cliente.

A través de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras («Orden SAC»), todas las entidades dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 (entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, entre otras) deben contar con un servicio o departamento de atención al cliente. En este sentido, la protección de los destinatarios de los servicios financieros es materia de interés general en los Estados miembros. Es, por tanto, lógico que los clientes de servicios financieros gocen de protección cuando se les prestan servicios en su territorio, independientemente del origen de la entidad.

La Orden SAC establece que las entidades que actúen en libre prestación de servicios deberán cumplir con los artículos 3, 9 y 10.3 de dicha norma y, por tanto, (i) atender y resolver las quejas y reclamaciones presentadas por sus clientes por los servicios prestados en España; (ii) informarles acerca de la existencia de este servicio, del plazo que tiene la entidad para resolver y del reglamento que regula dicho procedimiento; y (iii) de la facultad que les asiste de plantear la queja o reclamación ante el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores («CNMV»)<sup>9</sup>, según corresponda, en caso de que la entidad no haya resuelto el procedimiento en el plazo fijado.

En tercer lugar, es preciso hacer referencia a la normativa en materia de publicidad y normas de conducta. Con la aprobación de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que modificó la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (la «Orden EHA/1718/2010»), y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (la «Orden EHA/2899/2011»), se modificó el ámbito de aplicación subjetivo de estas dos órdenes ministeriales y, desde el 16 de junio de 2019, son de aplicación a las entidades de crédito, comunitarias o no, que actúan en España en libre prestación de servicios. En lo que respecta a la publicidad de productos y servicios bancarios, el Banco de España ha publicado en 2020 una Circular que desarrolla las obligaciones en esta materia para las entidades de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pago que actúan en libre prestación de servicios en España<sup>10</sup>.

Esta modificación es muy relevante ya que implica que el régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en este caso, solamente respecto de clientes personas físicas) y el de actividad publicitaria de productos y servicios bancarios, extienden su ámbito de aplicación subjetivo no solamente a las entidades de crédito extranjeras que actúan en España con establecimiento permanente, sino también a las que actúan desde sus países de origen en España en libre prestación de servicios.

Aunque lo anterior supone un obstáculo relevante en materia de cumplimiento normativo para una entidad extranjera, no parecía lógico entender que el régimen de protección a la clientela bancaria fuese de aplicación a una entidad y no a otra cuando ambas pueden estar el mismo tipo de servicio a clientes residentes en España.

Es preciso señalar que, en materia publicitaria, la Orden EHA/1718/2010 se alinea, respecto de su ámbito de aplicación subjetivo, con la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión, que ya establecía desde su entrada

9. Para el caso de entidades aseguradoras o reaseguradoras, la reclamación deberá elevarse ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

10. Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios.

en vigor en 2010, que toda actividad publicitaria dirigida a inversores residentes en España, ya fuese por parte de entidades con establecimiento en España o actuando en libre prestación de servicios debe cumplir con los requisitos en ella incluidos. En este sentido, la Orden EHA/1717/2010 ha sido recientemente desarrollada por una Circular de la CNMV<sup>11</sup>.

En cuarto lugar, y en el ámbito estrictamente bancario, nos referimos a la normativa relativa a la información a la central de información de riesgos del Banco de España («CIR»). Una modificación reciente de la Circular 1/2013, del Banco de España, a través de la Circular 1/2020, del Banco de España, amplía el ámbito de aplicación subjetivo de esta Circular a las entidades de crédito que operan en libre prestación de servicios en España.

Así, desde el 25 de febrero de 2020, las entidades de crédito que actúan en libre prestación están obligadas a informar a la CIR, con carácter mensual, de sus riesgos directos e indirectos con residentes en España<sup>12</sup>.

No obstante, el volumen de información a reportar a la CIR por las entidades que actúan en libre prestación de servicios es sustancialmente inferior al que corresponde al resto de entidades sujetas a la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España.

Finalmente, en el ámbito de los servicios de inversión, es preciso destacar las medidas de intervención adoptadas recientemente por la CNMV en relación con las opciones binarias y los contratos financieros por diferencias («CFDs»). Así, mediante Resolución de 27 de junio de 2019, la CNMV prohibió la comercialización, distribución y venta de opciones binarias y estableció restricciones en la comercialización, distribución y venta de CFDs, siendo de aplicación dicha Resolución a todas las entidades comercializadoras de dichos productos en España, con independencia de su país de origen, incluida la libre prestación sin sucursal. Asimismo, en dicha Resolución, la CNMV aclara que la exigencia de recabar la expresión manuscrita de reconocimiento de la especial complejidad de los CFDs por parte de los clientes que establece la Circular 1/2018, de la CNMV, se extiende también a las entidades que operan bajo la libre prestación de servicios en España.

11. Circular 2/2020, de 28 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre publicidad de los productos y servicios de inversión.

12. La Circular 1/2021, de 28 de enero, del Banco de España, modifica la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos, ampliando nuevamente su ámbito de aplicación subjetivo e incluyendo a las entidades de pago y entidades de dinero electrónico establecidas en otro Estado miembro que operan en España en libre prestación de servicios. Esta modificación se debe al creciente papel que están tomando estas entidades en el ámbito crediticio y, más en particular, en el crédito al consumo, lo que supone necesariamente incluirlas en el ámbito de aplicación de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos con el objetivo de que el Banco de España y las entidades declarantes puedan tener una imagen más fiel y precisa acerca de los titulares de los riesgos directos e indirectos.

Del mismo modo, el 24 de noviembre de 2020, la CNMV emitió un comunicado alertando sobre determinadas malas prácticas en la comercialización transfronteriza de servicios de inversión por parte de entidades radicadas en otros países de la Unión Europea. En este comunicado, la CNMV señala que *«tiene previsto dirigirse a los supervisores de valores de otros países de la Unión Europea competentes para supervisar la actividad de entidades que actúan en libre prestación de servicios para que trasladen el contenido de este comunicado a los intermediarios registrados en su territorio que cuentan con pasaporte para operar en España sin sucursal, y no descarta la adopción de medidas adicionales en caso de situaciones perjudiciales para los intereses de los inversores en España o para el correcto funcionamiento de los mercados»*. Asimismo, la CNMV remarca en este comunicado que continuará defendiendo la adopción de medidas coordinadas a nivel europeo tendentes a mejorar la protección de los inversores.

## V. CONCLUSIONES

Aunque de la normativa comunitaria se observa que, con carácter general, la regulación aplicable a las entidades financieras que actúan en libre prestación de servicios es la del Estado miembro de origen, paulatinamente el legislador español va ampliando el ámbito de aplicación subjetivo de determinadas normas para incluir también a las entidades financieras que actúan en libre prestación de servicios en España.

Sin duda, lo anterior supone una dificultad para las entidades que actúan en libre prestación de servicios en España. No obstante, es razonable que todas las entidades financieras que prestan sus servicios en España actúen en igualdad de condiciones para que los receptores de esos servicios, fundamentalmente las personas físicas y los consumidores, puedan acudir al mercado bancario y financiero con la necesaria seguridad y protección.

Lo que es evidente es que cada vez se hace más necesario alcanzar una mayor armonización en la legislación de los distintos Estados miembros de la Unión Europea para evitar asimetrías regulatorias en los distintos países respecto a la actividad en libre prestación de servicios, tal y como ha puesto de manifiesto EBA en su informe de fecha 29 de octubre de 2019, titulado *«EBA Report on potential impediments to the cross-border provision of banking services»*.

Habrà que estar muy pendiente de las próximas novedades legislativas tanto a nivel nacional como europeo y observar la tendencia que marcarán los distintos legisladores. En este sentido, si no se alcanza la debida armonización a nivel europeo tanto desde un punto de vista regulatorio como de convergencia supervisora, el aumento de la carga regulatoria en España puede afectar a la entrada de participantes en nuestro mercado y, por consiguiente, suponer una restricción a la libre competencia que deber regir en el mercado único europeo de servicios financieros.