



DICTAMEN DE LA AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA EN RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ASESORAMIENTO SOBRE LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/2366 SOBRE SERVICIOS DE PAGO EN EL MERCADO INTERIOR (DSP2)

PEDRO-JOSÉ BUESO GUILLÉN

Prof. TU de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza

Revista de Derecho del Sistema Financiero 5

Marzo 2023

Págs. 403–410

El art. 108 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) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (versión consolidada accesible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2366/2015-12-23>; en adelante, DSP2) recoge la cláusula de revisión de la DSP2, estableciendo que, a más tardar el 13 de enero de 2021, la Comisión Europea habría de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación y las repercusiones de la DSP2, prestando especial atención a ciertas disposiciones de la misma; en particular a las que abordan cuestiones tales como los gastos, el ámbito de aplicación, los umbrales y el acceso a los sistemas de pago. En su caso, la Comisión Europea habría de presentar una propuesta legislativa junto con su informe.

Sin embargo, esta revisión no pudo llevarse a cabo en la fecha prevista a causa de la tardía transposición de la DSP2 por parte de algunos Estados miembros, así como por la demora en la aplicación de algunas de sus normas.

Pues bien, para dar cumplimiento a dicho mandato, aunque sea de forma tardía, la Comisión Europea procedió a lanzar tres consultas públicas en el mes de mayo de 2022. Una, de alcance más general, es decir, dirigida a usuarios de servicios de pago (consumidores, usuarios corporativos y

comerciantes), autoridades públicas pertinentes, reguladores nacionales y otros operadores interesados en las finanzas abiertas (proveedores de datos, organizaciones de consumidores, fintechs), siempre que tuvieran un conocimiento técnico mínimo sobre la industria de pagos o sobre el acceso y la reutilización de datos en el contexto de las finanzas abiertas (véase: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Review-of-EU-rules-on-payment-services/public-consultation_en; consultada el 31 de octubre de 2022). Esta consulta se abrió con fecha 10 de mayo de 2022 y se cerró con fecha 2 de agosto de 2022, y ya se encuentra disponible la síntesis de los resultados de la consulta.

Paralelamente, también se lanzaron dos consultas específicas separadas, una, igualmente de alcance general, pero sobre finanzas abiertas y comparación de datos en el sector financiero (véase: https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/finance-2022-open-finance_en; consultada el 31 de octubre de 2022), y otra, dirigida a operadores profesionales, esto es, a personas y organizaciones (p. ej., grupos de interés, asociaciones y organismos representativos) que tienen un conocimiento (técnico) y/o experiencia (laboral) más profundos en el campo de los pagos, como prestadores de servicios de pago, autoridades nacionales y de la UE y reguladores o expertos en pagos, sobre la revisión DSP2 (véase: https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/finance-2022-psd2-review_en; consultada el 31 de octubre de 2022). Ambas consultas de abrieron el 10 de mayo de 2002 y se cerraron el 5 de julio de 2022. Para ninguna de ambas consultas se han publicado todavía los resultados de las mismas.

La Comisión Europea espera emitir el informe sobre la aplicación de la DSP2 y, en su caso, una propuesta de modificación de la DSP2 en el cuarto trimestre de 2022. Se manejan varios escenarios: desde la no proposición de medidas, por considerarlas innecesarias, hasta la propuesta de modificaciones de calado de la DSP2, mediante una nueva Directiva resultado de la fusión de la DSP2 con la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE; versión consolidada accesible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/110/2018-01-13>; en adelante, DDE2) que introdujese cambios en: i) el ámbito de aplicación, las exclusiones y las definiciones (incluidas las normas sobre pagos internacionales entre la UE y otros países); ii) las normas sobre la supervisión de los proveedores de servicios de pago, por ejemplo, la concesión de licencias (autorización) y la supervisión de las entidades de pago; iii) los requisitos de transparencia y normas sobre contratos únicos y marco, por ejemplo derechos y obligaciones, como el derecho a devolución; iv) las normas antifraude, por ejemplo, sobre la autenticación reforzada de cliente; v) las normas sobre el acceso a los datos de las cuentas de pago, por ejemplo,

diferentes normas para el intercambio de datos (API); vi) las normas sobre el acceso a la infraestructura, por ejemplo, el acceso a los sistemas de pago y las cuentas mantenidas en entidades de crédito; y vii) la aplicación de las normas, incluida la competencia para imponer sanciones.

Pues bien, junto con estas consultas públicas, para la emisión de dicho informe (y al margen de consultar a grupos de expertos, en particular al Grupo de Expertos en Banca, Pagos y Seguros y al Grupo de Expertos en el Mercado de Sistemas de Pago, así como de mantener contactos con el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales, los grupos de estudio y los grupos de trabajo de múltiples partes interesadas y las autoridades nacionales competentes), la Comisión Europea solicitó el 20 de octubre de 2021 a la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE) un asesoramiento sobre la revisión de la DSP2. En respuesta a dicha solicitud, la ABE emitió su Dictamen EBA/Op/2022/06 con fecha 23 de junio de 2022 (véase: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20od%20PSD2%20review%20%28EBA-Op-2022-06%29/1036016/EBA%27s%20response%20to%20the%20Call%20for%20advice%20on%20the%20review%20of%20PSD2.pdf; consultada el 31 de octubre de 2022), emitido con base del art. 16 bis.4 del Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (versión consolidada accesible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1093/2021-06-26>). El objetivo de la solicitud de asesoramiento es, de una parte, que la Comisión Europea recopile, en la línea de las consultas públicas lanzadas, datos y evidencias sobre la aplicación y el impacto de la DSP2, teniendo en cuenta tanto beneficios obtenidos como los desafíos que puedan haber surgido; pero, además, que la ABE contribuya a identificar las áreas en las que podría ser apropiado modificar la DSP2.

En el Dictamen, y tras realizar una serie de comentarios generales, la EBA procede a realizar propuestas de modificación de la DSP2 en relación con distintas cuestiones. En efecto, primeramente, la EBA constata que los objetivos de la DSP2 están empezando a materializarse; así, la reducción del fraude gracias a la autenticación reforzada del cliente (*Strong Customer Authentication*, en adelante SCA), o el incremento de la competencia en el Mercado Interior de servicios de pago gracias a la entrada de más de 2.700 entidades de pago y entidades de dinero electrónico, incluyendo 400 proveedores de terceros (*Third Party Provider*, en adelante, TPPs). Sin embargo, la ABE entiende que hay un número significativo de cuestiones que ha de ser abordadas para alcanzar un mayor grado de plena consecución de los objetivos de la DSP2, por lo que recomienda a la Comisión Europea proceder a la modificación de la DSP2 con el fin de mejorar las correspondientes exigencias legales. Tal es así, que la EBA ha identificado más de

100 cuestiones y realiza más de 200 propuestas al respecto, recogidas en el anexo al Dictamen. Por su parte, el dictamen se centra en las propuestas que la ABE considera más relevantes, de las que se pasa a dar cuenta a continuación de forma sintética.

En primer lugar, el Dictamen atiende al ámbito de aplicación y las definiciones de la DSP2. Al margen de proponer la revisión del Anexo I de la DSP2, así como la clarificación de ciertos conceptos clave establecidos en la DSP2, la ABE se dedica atención al establecimiento de un *level-playing field* entre entidades de pago y otros operadores involucrados en la prestación de servicios de pago. Es por ello que pone de manifiesto de la necesidad de clarificar el planteamiento regulatorio respecto de ciertos modelos de negocio. En este sentido, propone el introducir requisitos específicos para sistemas de tarjetas de pago, pasarelas de pago y comerciantes en relación con la implementación de requisitos clave de seguridad, como la SCA, donde estos actores desempeñan un papel importante, pero sin exigirles que estén autorizados en virtud de la DSP2; e igualmente, se pone de manifiesto la necesidad de aclarar el tratamiento regulatorio de ciertos supuestos, como el de proveedores de servicios técnicos en la cadena de pago que no son entidades supervisadas, modelos comerciales específicos de marca blanca (es decir, modelos de negocio en los que un fabricante de *software* vende una componente de *software* sin marca a un revendedor que luego le coloca una marca), casos en los que los intermediarios actúan en su calidad de comerciantes, y modelos de negocios «compra ahora y pague después» (*Buy Now Pay Later – BNPL*). Finalmente, la AEB entiende que existen múltiples razones que hablan a favor de la refundición de la DSP2 y DDE2.

A continuación, el Dictamen aborda las cuestiones relativas al otorgamiento de licencias de entidad de pago y supervisión de prestadores de servicios de pago bajo la DSP2. En este punto, la ABE entiende que es necesario revisar el marco de supervisión prudencial (así, entre otras cuestiones, habría de clarificarse la regulación del seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente), introducir un marco de recuperación y liquidación para ciertas entidades de pago y entidades de dinero electrónico significativas, mejorar el papel del registro central de la ABE, distinguir de manera más precisa entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (en el sentido de proporcionar claridad sobre los criterios que delimitan entre el derecho de establecimiento frente a la libre prestación de servicios y el uso de agentes y distribuidores, así como aclarar la admisibilidad del ejercicio simultáneo de la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento), evaluar las ventajas de introducir una supervisión de grupo consolidada, y abordar cuestiones relacionadas con el proceso de autorización.

Prosigue el Dictamen atendiendo al régimen de derechos y obligaciones de proveedores y usuarios de servicios de pago. Aquí ha de llamarse la atención sobre el dato de que, si bien el Anexo del Dictamen incluye una

sección dedicada a la transparencia de las condiciones y requisitos de información (donde la ABE se centra en los requisitos de información aplicables a los TPPs, las ventajas e inconvenientes de la notificación al pagador antes de la ejecución de una transacción de pago y/o al establecer un nuevo mandato para transacciones iniciadas por el beneficiario, así como ciertas aclaraciones relacionadas con el nombre del beneficiario), en el cuerpo del Dictamen no se hace referencia a dichas cuestiones. De ello cabría deducir que la ABE no las considera prioritarias. Algo que no deja de llamar la atención, habida cuenta de la importancia que tales condiciones y requisitos de información tienen para la tutela de los usuarios de servicios de pago, especialmente cuando son consumidores y usuarios, y de la problemática que la efectividad del cumplimiento de tales requisitos suscita, al menos, entre nosotros [al respecto, véase Bueso Guillén, P.-J., «Transparencia y contratación de servicios de pago: una aproximación crítica», en: Alonso Pérez, M. T., Hernández Sainz, E. (dir.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 227 a 266].

No sucede igual en relación los restantes derechos y obligaciones de prestadores y usuarios de servicios de pago, donde la ABE realiza propuestas en el Dictamen relativas a la regulación del bloqueo de fondos (como la de eliminar los límites máximos para los importes a bloquear en la cuenta de pago del ordenante cuando no se conoce de antemano el importe exacto de la transacción y reemplazar dichos límites por soluciones alternativas), al régimen de responsabilidad y términos clave relacionados (aquí sigue existiendo la necesidad de delimitar con mayor claridad conceptos jurídicos tales como «motivos fundados para sospechar fraude», «acto fraudulento», «negligencia grave», cuya indefinición genera inseguridad jurídica y una aplicación no uniforme de la DSP2, así como dificultades para que las autoridades competentes evalúen la responsabilidad de la entidad supervisada en relación con operaciones no autorizadas), a los que se suman los destinados a ajustar el marco legal a la naturaleza específica de los pagos instantáneos. Respecto de estos últimos, se hace preciso adaptar el régimen existente en puntos tales como la información al usuario de servicios de pago sobre la irrevocabilidad de una orden de pago instantáneo, la correcta ejecución de una orden de pago, los requisitos sobre la fecha valor o los contratos marco. Aquí téngase en cuenta que, respecto de los pagos instantáneos, la Comisión Europea ya ha movido ficha con una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican los Reglamentos (UE) 260/2012 y 2021/1230 por lo que se refiere a las transferencias de crédito instantáneas en euros (Bruselas, 26.10.2022 COM(2022) 546 final 2022/0341 (COD) (véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0546>; consultada el 31 de octubre de 2022).

Por lo que a la SCA se refiere, la EBA no identifica tipos adicionales de transacciones que deban quedar sujetos al requisito de la SCA. No

obstante, sí que realiza una serie de propuestas en relación, en primer lugar, con la aplicación de la SCA, en particular, sobre el tratamiento regulatorio de las transacciones iniciadas por comerciantes y las transacciones excluidas del alcance de SCA, cuya revisión se propone a fin de introducir los requisitos de la SCA; también en relación con la mitigación de los riesgos de fraude de ingeniería social (donde la EBA apuesta por establecer en la DPS2 la exigencia de campañas educativas y de concienciación específicas, por incentivar a los prestadores de servicios de pago a invertir en mecanismos de seguimiento de transacciones más eficientes y por facilitar el intercambio de información entre prestadores en relación con casos conocidos de fraude, defraudadores específicos y cuentas específicas utilizadas para realizar fraude) y así como propuestas relativas a la necesidad de garantizar que ciertos grupos de la sociedad, especialmente, los consumidores vulnerables, no estén excluidos de utilizar los servicios de pago sujetos a la SCA como un servicio financiero fundamental.

En cuanto al acceso y uso de datos de cuentas de pago por parte de prestadores de servicios de iniciación de pagos (en adelante, PSIP) y de prestadores de servicios de información de cuentas (en adelante, PSIC), la ABE ha detectado obstáculos que impiden el acceso y uso de los datos. Es por ello que la ABE propone diversas medidas para superar dichos obstáculos: explorar la posibilidad de tener un estándar de interfaz de programación de aplicaciones (en adelante, API) común en toda la UE para ser desarrollado por la industria; requerir que todos los proveedores de servicio de pago gestores de cuenta (en adelante, PSPGC) proporcionen una interfaz dedicada para el acceso de los TPPs y eliminar el requisito de que los PSPGC que ofrecen una interfaz/API dedicada también proporcionen un mecanismo de respaldo; y modificar el enfoque adoptado en la DSP y exigir que los PSIC apliquen su propia SCA, en lugar de los PSPGC.

También se refiere la ABE al potencial movimiento hacia las finanzas abiertas o la expansión del acceso a datos de cuentas de pago hacia el acceso a otros tipos de datos financieros (como datos de ahorro, inversiones y seguros). La ABE somete a la consideración de la Comisión Europea cuestiones tales como la decisión de expandir los requisitos de SCA bajo DSP2 para acceder a otro tipo de datos de cuenta, evaluando la viabilidad de un único estándar API para la UE, el aclarar la interacción con los requisitos del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (versión consolidada accesible en ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>; en adelante, RGPD), y el establecer los incentivos adecuados para que todas las partes inviertan y participen en el ecosistema de finanzas abiertas. Todo ello, teniendo muy en cuenta la interacción entre DSP2 y cualquier posible marco legal futuro sobre

finanzas abiertas, para así evitar cualquier laguna o zona gris en el régimen o regímenes legales aplicables a los PSIC.

En relación con los sistemas de pago y acceso a las cuentas mantenidas con una entidad de crédito por parte de una entidad de pago o de una entidad de dinero electrónico, la ABE se remite a su Dictamen EBA/Op/2022/01 de 5 de enero de 2022 sobre eliminación de riesgos (véase https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20de-risking%20%28EBA-Op-2022-01%29/1025705/EBA%20Opinion%20and%20annexed%20report%20on%20de-risking.pdf; consultada el 31 de octubre de 2022). A la terminología «eliminación de riesgos» (*de-risking*) se asocian políticas y procedimientos de las entidades financieras para identificar y gestionar los riesgos a los que están expuestas, considerando especialmente aquí las negativas a iniciar o terminar relaciones comerciales con clientes individuales o categorías de clientes asociados con un alto riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o a realizar transacciones con un alto riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Para concluir, la EBA se refiere a medidas adoptadas en la DSP2 que suscitan problemas de aplicación efectiva, como a la eliminación de obstáculos para el acceso a la cuenta de pago por parte de los PSIP y los PSIC, o el retraso en la implementación por parte de la industria de las SCA para los pagos con tarjeta en el comercio electrónico debido a la falta de preparación de diversos actores de la cadena de pago. A este respecto, la EBA propone introducir requisitos específicos a algunos de los actores de la cadena de pago que tengan impacto e influencia en la implementación de los requisitos de seguridad; así como considerar la introducción de la implementación por etapas de proyectos técnicos y complejos similares a gran escala, junto con mecanismos de colaboración para las autoridades competentes, de cara a garantizar una implementación armonizada y consistente de la SCA. Por último, la EBA manifiesta no encontrar argumentos convincentes para introducir un régimen sancionador armonizado, si bien propone la introducción de una base de datos centralizada sobre sanciones administrativas y medidas de supervisión tomadas en los Estados miembros bajo DSP2.