

EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY DE SERVICIOS DE PAGO

El Desarrollo Reglamentario de la Ley de Servicios de Pago (LSP)

La transposición en España de la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior, llevada a cabo por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, no ha sido completa dejando, muchos de sus aspectos fundamentales, relegados a desarrollo reglamentario ulterior. Por dicho motivo, muchos de los aspectos esenciales de la Directiva, entre otros el régimen jurídico de las entidades de pago o los requisitos de información que han de darse en la prestación de los servicios de pago, encuentran su regulación en otras normas o proyecto de normas cuyo estudio tendrá lugar en el presente artículo.

Regulation Developing the Payment Services Law

Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council, of November 13, on payment services in the internal market, has been partially implemented in Spain by the Law 16/2009, of November 13, of payment services, being an essential part of its provisions pending to be implemented by means of further implementing regulations, among others the legal regime of the payment entities and the information requirements applicable to the rendering of payment services. The purpose of this work is to analyse those implementing regulations.

Introducción

La creación de una zona única de pagos en Europa (*Single Euro Payment Area*, «SEPA») surge como consecuencia del deseo de la industria bancaria europea (de alguna manera, presionada por la Comisión) de armonizar, a nivel europeo, los pagos minoristas (al igual que se había hecho con las transferencias de grandes pagos mediante el sistema TARGET), en relación con las transferencias, los adeudos por domiciliaciones y las tarjetas. No entran, por tanto, dentro del ámbito de la SEPA los instrumentos de pago con soporte papel, tales como el efectivo o los cheques.

El objetivo final es que, dentro de cualquier país que sea parte de la SEPA (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Suecia, Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza), los citados instrumentos de pago minoristas a otros países SEPA sean igual de efectivos y seguros, tengan las mismas ventajas y lleven el mismo tiempo que los pagos que se realicen dentro de cada uno de dichos países. En síntesis, la SEPA está encaminada a conseguir que la unión monetaria de la zona euro sea completa. Se entiende que la SEPA «será una realidad cuando todos los pagos en euros realizados en la zona del euro sean considerados pagos internos y la actual distinción entre pagos nacionales y transfronterizos haya desaparecido» («La Zona Única de Pagos para el Euro (SEPA): Un Mercado integrado de pagos al por menor» —Folleto del Eurosistema, BCE, noviembre de 2006).

Con el fin de crear un marco jurídico único que marcara las directrices que han de seguir los Estados miembros a la hora estructurar jurídicamente la efectiva unión económica y monetaria en el ámbito de su jurisdicción, tiene lugar la promulgación de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (la «DSP»), de tal modo que, mediante su transposición plena en cada uno de los Estados miembros, se lograría, con ciertos matices, la completa implantación de la unión económica y monetaria en el espacio de la Comunidad.

Dicha transposición plena debía haber finalizado el 1 de noviembre de 2009, no obstante, como veremos a continuación, dicho hito todavía no ha tenido lugar. Por dicho motivo, con fecha 3 de junio de 2010, la Comisión ha actuado frente a España por dicho incumplimiento dándole un plazo máximo de 2 meses para dar explicaciones sobre el motivo de dicho incumplimiento, so pena de traslado de la cuestión al Tribunal de Justicia.

Transposición en España

La Ley 16/2009 de Servicios de Pago (la «LSP»), de 13 de noviembre de 2009, constituye la herramienta inicial de transposición al ordenamiento español del texto de la DSP. En líneas generales, la opción tomada por el legislador español ha sido seguir fielmente el texto de la DSP, introduciendo por tanto el marco general comunitario, dejando relegados a desarrollo reglamentario posterior aquellos aspectos en los cuales la DSP dejaba libertad a los Estados miembros. A pesar de que el desa-

rrollo reglamentario todavía se encuentra en fase de elaboración, contamos ya con un texto definitivo del reglamento y con una versión bastante avanzada de proyecto de orden ministerial que nos permiten dibujar, de una forma bastante precisa, el impacto real que, en el marco jurídico español, tendrá la completa transposición de la DSP. Tanto el Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de Régimen Jurídico de las Entidades de Pago (el «*Real Decreto*») como el Proyecto de Orden sobre Transparencia de las Condiciones y Requisitos de Información aplicables a los Servicios de Pago (el «*Proyecto de Orden Ministerial*») completan el marco normativo que culminará el proyecto SEPA en España. A pesar de que tanto el Real Decreto como el Proyecto de Orden Ministerial dejan amplia libertad al Banco de España para un minucioso desarrollo de numerosos artículos, no tenemos constancia de que el Banco de España haya comenzado a trabajar en este aspecto ni de que lo vaya a hacer en un futuro próximo.

Sin perjuicio de lo anterior, es de destacar que ni el Real Decreto ni el Proyecto de Orden Ministerial han tomado posiciones de «riesgo» en su ámbito de libertad regulatoria, asumiendo, en la mayoría de los casos (tal y como veremos a continuación), la línea marcada por la DSP, renunciando a optar cuando la LSP les otorgaba esta facultad.

Para una correcta exposición de la materia, y teniendo en cuenta que tanto el Real Decreto como el Proyecto de Orden Ministerial abarcan campos distintos, abordaremos su análisis de forma separada.

Proyecto de Real Decreto. Las entidades de pago

Las entidades de pago son definidas en el artículo 6 de la LSP como «*aquellas personas jurídicas, distintas de las contempladas en el artículo 4.1. a) y b) (las entidades de crédito y las entidades de dinero electrónico), a las cuales se haya otorgado autorización para prestar y ejecutar los servicios de pago relacionados en el artículo 1.2 [...] Las entidades de pago no podrán llevar a cabo la captación de depósitos u otros fondos reembolsables del público en la forma prevista en el artículo 28.2 de la Ley 26/1988, ni emitir dinero electrónico*».

El concepto de «entidad de pago» como operador autorizado para la prestación de los servicios de pago es una de las novedades fundamentales que ha introducido la DSP y, por ende, que ha venido a regular el marco normativo de transposición esta-

blecido por los Estados miembros. A pesar de que su configuración jurídica no estuvo exenta de controversias, entre aquellos Estados miembros tendientes a una regulación muy estricta y aquellos otros partidarios de una flexibilización total de sus rasgos, parece haberse llegado a un cierto consenso que permite a los Estados miembros modular el régimen de estas entidades en cierto modo.

La DSP ofrecía dos posibilidades en relación con las entidades de pago, en las cuales cada una de ellas tenía un ámbito de actividad y un régimen diferenciado: las entidades de pago «autorizadas» y las entidades de pago «registradas» (estas últimas fueron concebidas con un carácter opcional, correspondiendo a los Estados miembros decidir si querían entrar en su regulación o no).

Las entidades de pago «registradas» pueden ser tanto personas físicas como jurídicas (siempre y cuando la cuantía total de las operaciones de pago ejecutadas por la persona que se trate —incluidos los posibles agentes— no supere los tres millones de euros mensuales en la media de los doce meses precedentes, y ninguna de las personas jurídicas responsables de la gestión o explotación de las actividades empresariales haya sido condenada por delitos de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo u otros delitos de carácter financiero) y pueden estar exentas, total o parcialmente, del régimen general de autorización y supervisión aplicable a las entidades de pago «autorizadas». No obstante, se encuentran privadas del ejercicio del derecho de libertad de establecimiento y libre prestación, ya que únicamente pueden prestar sus servicios en el territorio del Estado miembro que las haya permitido.

Tanto la LSP como el Real Decreto han optado por excluir de su ámbito de aplicación a las entidades de pago «registradas», limitando por tanto la prestación de servicios de pago en el territorio español a entidades de pago personas jurídicas que hayan obtenido autorización para operar, bien del Ministerio de Economía y Hacienda, bien de la autoridad competente de otro Estado miembro. A continuación analizaremos los requisitos que les resultan de aplicación:

(i) Requisitos para ejercer la actividad

Serán requisitos necesarios para poder optar a la categorización de entidades de pago (i) revestir cualquier forma societaria que tenga la considera-

ción de mercantil y cuyas acciones, participaciones o títulos de aportación sean nominativos, (ii) tener su domicilio social, así como su efectiva administración en territorio español, (iii) poseer un capital mínimo de veinte mil euros (en el caso de que sólo preste el servicio de pago de envíos), cincuenta mil euros (caso de que la entidad de pago ejecute operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante mediante dispositivos de telecomunicación digitales o informáticas y se realice el pago a través del operado de la red o sistema de telecomunicación informático, que actúe únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios) o ciento veinticinco mil euros (en la prestación de los restantes servicios), (iv) idoneidad en los accionistas significativos y honorabilidad de los miembros del consejo de administración, y (v) contar con procedimientos de gobierno corporativo de riesgos, de control interno y de prevención de blanqueo de capitales.

(ii) Procedimiento y efectos de la autorización de entidades de pago

Corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España y del SEP-BLAC, autorizar la creación de las entidades de pago, así como el establecimiento en España de entidades de pago autorizadas en un Estado miembro. Dicha autorización se ha regulado como una *conditio sine qua non* para que las entidades de pago puedan llevar a cabo sus actividades.

La solicitud de autorización se dirigirá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera acompañada de los siguientes documentos: (i) proyecto de estatutos sociales, junto a una certificación registral negativa de la denominación social (si la solicitud la hace una sociedad existente bastará con certificación vigente de su inscripción registral); (ii) un programa de actividades en el que se indique el tipo de servicios de pago que pretende prestar, así como los servicios auxiliares o estrechamente relacionados; (iii) un plan de negocio; (iii) justificación de haber constituido un depósito, en la Caja General de Depósitos, equivalente al 20% del capital inicial mínimo -el cual se liberará una vez constituida e inscrita la entidad-; (iv) descripción de las medidas adoptadas para proteger los fondos del usuario; (v) una descripción de los métodos de gestión empresarial del solicitante; (vi) los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación

que se establezcan para prevenir el blanqueo de capitales; (vii) descripción de la organización estructural; (viii) la identidad de las personas que pesen participaciones significativas; (ix) la identidad de los administradores y de sus directores generales o asimilados, así como pruebas de su honorabilidad y de que tienen experiencia y poseen los conocimientos necesarios para la prestación de servicios de pago; (x) una descripción de los servicios de que dispongan para atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus clientes; (xi) la dirección de la administración central del solicitante; por último, en el caso de entidades ya existentes, (xii) las cuentas anuales auditadas del último ejercicio y memoria explicativa de las características de la empresa.

La autorización deberá ser resuelta en el plazo máximo de tres meses desde su recepción (o desde el momento en el que se complete la documentación exigida) en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, debiendo entenderse el silencio como negativo (no obstante, será necesaria la motivación de la denegación). Una vez concedida la autorización, la entidad de pago deberá solicitar su inscripción en el Registro Especial del Banco de España.

La autorización habilita a las entidades de pago para la prestación de todos o parte de los servicios de pago y actividades auxiliares o ajenas a ellos regulados por la LSP (de conformidad con la solicitud de autorización) en todo el territorio de la Comunidad. A tal efecto, bastará con la comunicación previa (indicando el Estado miembro, así como las actividades que pretende desarrollar y quién estaría al cargo de ellas) al Banco de España. En el plazo de un mes desde la comunicación el Banco de España deberá comunicarlo a la autoridad competente del Estado de acogida. Del mecanismo previsto, nada parece permitir la oposición del Estado miembro de acogida.

(iii) Requisitos de capital

Con el fin de garantizar que las entidades de pago cuentan con una sólida solvencia y llevan a cabo una adecuada custodia de los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago u otros proveedores de servicios de pago (no podemos olvidar que se les está autorizando a prestar un servicio hasta ahora reservado a las entidades de crédito y que, al mismo tiempo, los fondos recibidos del público no tendrán la consideración de depósitos), las entida-

des de pago deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- Las entidades de pago han de salvaguardar los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago manteniendo una adecuada separación entre estos y cualesquiera otros que por cualquier concepto pudiera tener la entidad de pago. Para garantizar esto podrán: (i) depositar los fondos en una cuenta separada en una entidad de crédito o invertirlos en activos líquidos, seguros y de bajo coste; o bien (ii) contratar una póliza de seguro u otra garantía comparable de una compañía de seguros o entidad de crédito (no perteneciente al grupo de la entidad de pago), por una cantidad equivalente a la que habría sido separada si no existiese la póliza.

En relación con las medidas de salvaguardia, la DSP había dejado a elección de los Estados miembros la posibilidad de exigir estos requisitos con carácter general a todas las entidades de pago autorizadas, aun cuando no realicen otras actividades económicas distintas de la prestación de servicios de pago. El legislador español ha optado por adoptar esta posición, que resulta en todo extremo proteccionista, al entrar a regular las entidades de pago.

- Mantener un nivel de fondos propios que en ningún caso sea inferior al capital mínimo correspondiente de la entidad de pago, y cuyo cálculo, mimético al establecido por la DSP va en función de la facturación anual de la entidad de pago.

(iv) Agentes de las entidades de pago y delegación de funciones

Los agentes de las entidades de pago podrán ser aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios de pago en nombre de una entidad de pago, la cual responderá plenamente de los actos desarrollados por ellos. Las entidades de pago deberán comunicar al Banco de España la identidad del agente, que pasará a estar registrado en el Registro Especial del Banco de España, así como los mecanismos establecidos para garantizar el cumplimiento con la normativa sectorial aplicable y para evitar el blanqueo de capitales.

Por otro lado, también se permite la delegación de funciones siempre y cuando no afecte significativa-

mente ni a la calidad del control interno de dichas funciones por parte de la entidad de pago, ni a la capacidad del Banco de España para efectuar el control.

Nada se dice al respecto de quién puede ser el destinatario de la delegación, si bien se permite al Banco de España que, recibida la comunicación sobre la identidad del destinatario y sus datos, pueda oponerse a la delegación si considera que ello puede suponer un menoscabo de las garantías necesarias para la prestación de servicios de pago.

(v) Entidades de pago híbridas

El Real Decreto específicamente permite las entidades de pago híbridas, que son aquellas cuyo objeto social no está limitado a la prestación de servicios de pago, sino que pueden llevar a cabo operaciones totalmente al margen de esos servicios. No obstante, deberá haber una separación radical entre las actividades, en cuanto a los fondos, la contabilidad, las personas responsables, etc. Sólo serán aplicables los requisitos regulatorios en la medida que afecten a los servicios de pago.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que el Banco de España considerase que la naturaleza híbrida puede afectar a la solidez de la entidad de pago, podrá hacer que se establezca una entidad separada.

Por medio de esta figura jurídica, numerosas entidades que en su actividad ordinaria llevan a cabo cobros mensuales de facturas a sus usuarios (*e.g.*, eléctricas, telefónicas, etc.) podrían tener una vía para, con la mera solicitud de una licencia para la gestión de pagos, evitar la intermediación bancaria en los cobros. No obstante, el Banco de España parece que se está mostrando reacio a aceptar este tipo de entidades híbridas, y ha manifestado, aunque no formalmente, que, en esos casos, exigirán a la entidad la creación de una filial que funcione como entidad de pago.

(vi) Supervisión y régimen disciplinario de las entidades de pago

Corresponde al Banco de España el control, inspección y sanción de las entidades de pago, de conformidad con lo establecido en la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. La DSP dejaba plena libertad al establecimiento del marco disciplinario, siempre y cuando se garan-

tizase un control adecuado y proporcionado. El problema directamente derivado de esta «libertad» con la que cuentan los Estados miembros a la hora de establecer el régimen de supervisión y disciplinarios es la diversidad con la que puede quedar configurado el panorama europeo, teniendo en cuenta que el principal motivo de la SEPA es la homogeneización del territorio europeo.

Proyecto de Orden Ministerial

El Proyecto de Orden Ministerial viene a desarrollar el Título III de la DSP en cuanto a la información que debe ponerse a disposición del usuario del servicio de pago antes y después de la recepción de la orden de pago, así como del beneficiario tras su ejecución.

Según la exposición de motivos del Proyecto de Orden Ministerial, con ella se completa la transposición al ordenamiento español de la DSP. No obstante, se limita a reproducir literalmente el texto de la DSP y, en aquellos artículos en los que ésta permitía un mayor desarrollo, el Proyecto de Orden Ministerial ha delegado dicha potestad al Banco de España.

A través de la regulación de los requisitos de transparencia e información, que serán aplicables tanto a las operaciones de pago singulares como a los contratos marco, se pretende alcanzar una mayor competencia en el sector, aumentando la capacidad de elección de los consumidores y su protección. Hay que tener en cuenta que, en el caso de que el usuario de pago no sea un consumidor, podrá acordarse la no aplicación, en todo o en parte del presente Proyecto de Orden Ministerial.

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentran excluidos de ciertos requisitos de transparencia e información aquellos instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico, entendidos éstos como los instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, sólo afecten a operaciones individuales no superiores a treinta euros o que tengan un límite de gasto o de almacenamiento de fondos de ciento cincuenta euros.

Con carácter general, tanto la DSP y la LSP como el Proyecto de Orden Ministerial, establecen que la información y condiciones que han de facilitarse a los usuarios de servicios de pago deberán estar redactadas de forma fácilmente comprensible, de manera clara y legible, en la lengua oficial del Estado miembro que ofrezca el servicio o en cualquier otra acordada entre las partes. Además establecen obligaciones de información tanto con carácter previo, a instancias

del usuario de pago antes de ejecutar una operación, como con carácter posterior a la ejecución. Toda la información que haya de suministrarse será gratuita (exceptuando aquellos supuestos en los que el usuario solicite información de carácter adicional).

(i) Información previa

El Proyecto de Orden Ministerial diferencia la información previa que es necesario suministrar al usuario de servicios de pago en función si la operación tendrá carácter singular (en cuyo caso la información ha de estar fácilmente accesible para el usuario antes de quedar vinculado -sin especificar tiempo ni forma-), o si por el contrario estará amparada por un contrato marco (siendo en este caso necesaria la entrega en papel o en cualquier otro soporte duradero con una antelación suficiente). No obstante, ni la DSP, ni la LSP, ni el Proyecto de Orden Ministerial han venido a dilucidar qué quiere decir el concepto «antelación suficiente», aunque parece que vendría a designar un periodo de tiempo en el cual el destinatario de la información pueda leer y comprender la información puesta a su disposición. No obstante, este concepto abstracto no estará exento de problemas interpretativos.

(ii) Información antes de la ejecución (contratos marco)

La información que debe facilitarse a instancias del usuario, antes de la ejecución de una operación de pago y solamente en caso de operaciones contempladas en un contrato marco, será la siguiente: plazo máximo de ejecución, comisiones y gastos aplicables.

(iii) Información posterior

La información para el ordenante tras la recepción de la orden de pago, y para el beneficiario tras la ejecución de la orden, será la siguiente, según el caso: referencia de la operación y del beneficiario u ordenante; importe total de la operación o importe íntegro transferido; importe de los gastos desglosados; tipo de cambio aplicado; y fecha de recepción de la orden o fecha de valor del abono. La información que deba aportar será similar en los casos de operaciones de pago único o en las realizadas al amparo de un contrato marco, con la diferencia de que en el primero de los supuestos la información

será proporcionada al usuario de manera que le resulte fácilmente accesible, mientras que en el segundo de los supuestos, la información deberá ser entregada en papel o en soporte duradero. En el caso de contratos marco, podrá incluirse una cláusula que prevea que esta información se facilitará de manera periódica, siempre y cuando esta periodicidad alcance una frecuencia mensual.

(iv) Modificaciones contractuales

Se ha introducido la aceptación tácita del usuario ante la falta de oposición una vez transcurridos dos meses desde que el proveedor de servicios de pago le haya comunicado que pretende modificar las condiciones del contrato, siempre y cuando dicha posibilidad se encuentre expresamente comprendida en el contrato marco. Del mismo modo, en el caso de que no acepte la modificación propuesta, podrá rescindir el contrato de manera inmediata y sin coste alguno.

(v) Terminación del contrato marco

En cuanto a la rescisión del contrato marco, también se introducen algunas consideraciones novedosas, como, por ejemplo, que ésta será gratuita para el usuario transcurridos doce meses en aquellos contratos de duración superior o indefinida. En

los demás casos los gastos sí podrán ser cargados en consonancia con los costes ocasionados. Las partes podrán estipular que el usuario deba dar un preaviso cuyo plazo no podrá exceder de un mes. En caso de ser el proveedor de servicios quien pretenda rescindir un contrato indefinido, deberá avisar con una antelación mínima de dos meses.

(vi) Los recargos

Cabe destacar que, en contra de la opinión mayoritaria de los prestadores de servicios de pago, el Proyecto de Orden Ministerial ha optado por perpetuar la posibilidad ofrecida por la LSP (según el texto de la DSP este era uno de los extremos en lo que los Estados miembros tenían plena disponibilidad para decidir si querían aplicarlo o no) de que, en los pagos, los beneficiarios de una orden de pago puedan cobrar a los ordenantes un recargo por utilización de un instrumento de pago específico previa información a éste antes de llevar a cabo la operación. Por tanto, en contra de lo que sería deseable, ha hecho una regulación que habilita *prima facie* los recargos, cuando, desde un punto de vista práctico, teniendo en cuenta el mercado español, lo más adecuado habría sido posiblemente la regulación a la inversa, es decir, no permitirlos de primera, con posibilidad de autorizarlos después.

ANA GARCÍA RODRÍGUEZ *

* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).