

CAPÍTULO 8

RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD: NO EJECUCIÓN, EJECUCIÓN DEFECTUOSA Y EJECUCIÓN NO AUTORIZADA DE OPERACIONES DE PAGO

I. INTRODUCCIÓN: LA PREVISIÓN DE ALGUNOS EFECTOS JURÍDICO-PRIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE AUTORIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES

Desde hace unos años, encontramos una tendencia general hacia la objetivación de la responsabilidad civil de los intermediarios en el mercado financiero, que en relación a los servicios de pago se ha materializado en el régimen especial de responsabilidad previsto en los arts. 43 a 46 y 59 a 64 RDLS. En general, el fundamento de dicha tendencia reside en la desprotección del cliente frente a las conductas antijurídicas, especialmente de quienes operan en el mercado cometiendo fraude por vía telemática¹. Para el usuario de servicios de pago que ha actuado diligentemente, la única forma de tutela razonable de sus intereses pasa por imputar a su proveedor «una responsabilidad, si no objetiva, cuasi objetiva y fundada, de un lado, en el riesgo inherente a

¹ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «La responsabilidad de las entidades proveedoras de servicios de pago y compensación de deuda privada» en PRATS y TOMÁS (coords.), *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 541-573 (p. 562).

su intervención en el mercado y, de otro, en el carácter profesional de [su] actividad»² de prestación de servicios de pago. Ello es predicable, en particular, de las operaciones de pago no autorizadas. Por lo que se refiere a las operaciones no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, el fundamento de la responsabilidad es la relación de servicios que media entre usuario y proveedor, en el seno de la cual y como especificación del régimen jurídico-privado de las relaciones entre mandante y mandatario en el ámbito civil, o entre comitentes y comisionistas en el mercantil, el proveedor debe responder frente a su usuario de los daños y perjuicios que genere una incorrecta ejecución de la orden de pago³.

Como se señalaba anteriormente, los antecedentes remotos de este régimen de responsabilidad especial se encuentran también en el derecho indiciario (*soft law*) de finales de los años 80 y principios de los 90, en concreto en la Recomendación 88/590/CEE relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito de 1992. Aunque a decir verdad, salvo una brevísima referencia en el apartado 7.1 del anexo de la Recomendación que establecía que el emisor de la tarjeta respondería frente al titular de las operaciones no autorizadas por este, hasta la Primera Directiva de servicios de pago no se dota a las operaciones no autorizadas de un régimen de responsabilidad propio, actualizado en la Segunda Directiva de servicios de pago para limitar la responsabilidad del usuario e incorporar previsiones relativas a los proveedores de servicios de iniciación de pagos y a la autenticación reforzada.

Por el contrario, las operaciones no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente pasaron del *soft law* al derecho positivo vinculante europeo con la Directiva de transferencias transfronterizas. La Ley Modelo de la UNCITRAL se refería a la obligación de la entidad bancaria del iniciador —ahora ordenante— de reembolsar a su cliente el importe de la transferencia que no se ha llegado a completar. Esta regla se asumió por la Directiva de transferencias transfronterizas y, de ahí, pasó también a ser incorporada en nuestro ordenamiento en Ley 9/1999 de transferencias transfronterizas. La Primera Directiva de servicios de pago siguió el mismo planteamiento anterior, con algunas salvedades, de entre las que destaca, por desafortunada, la falta de fijación expresa de una indemnización para el usuario. Además, el mayor nivel de complejidad de la nueva norma dio lugar, en algunos casos, a un efecto opuesto al pretendido en el que el intento de generalidad se convierte en un obstáculo para la solución de casos concretos. La Segunda Directiva de servicios de pago no modificó sustancialmente este régimen de responsabilidad, más allá de añadir un artículo dedicado a la responsa-

² *Ibid.*, p. 563.

³ *Ibid.*, p. 552 y 555.

bilidad de los proveedores de servicios de iniciación de pagos, pero sí introdujo una regla significativa que sirve para interpretar el régimen de responsabilidad: la relativa a la determinación de la fecha de valor, que es aquella que se utiliza como referencia para el cálculo del interés sobre los fondos abonados o cargados a una cuenta de pago⁴.

Las normas sobre responsabilidad por operaciones no autorizadas se incluyen, siguiendo la sistemática de la Directiva, en el capítulo II del título III del RDLSP, dedicado a la autorización de operaciones de pago, mientras que las normas de responsabilidad por operaciones no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente se recogen en la sección 3.^a del capítulo III del mismo título, referido a la ejecución de operaciones de pago. Se trae esta cuestión a colación porque, aprovechando la próxima modificación de la Directiva, convendría repensar la estructura de la norma. Y tendría más sentido, además de aclarar algunos aspectos ambiguos, que hubiera un capítulo dedicado exclusivamente a recoger de forma sistemática todas las reglas en materia de responsabilidad.

En cualquier caso, lo relevante es que, más allá de alguna disposición aislada, estos son los únicos preceptos en los que se positivizan reglas especiales sobre algunos de los efectos jurídico-privados del incumplimiento de las obligaciones de las partes, aunque el régimen previsto es incompleto por las razones que expondremos. Consiste fundamentalmente en el reparto de responsabilidad ante determinadas situaciones patológicas y el establecimiento, con parquedad, de consecuencias al respecto. Y aunque la previsión de algunas reglas especiales se valora positivamente, puede y debe criticarse al legislador europeo por disminuir el nivel de tutela de los usuarios con respecto a la Directiva de transferencias transfronterizas, y más aún al legislador español que, de nuevo con el RDLSP, dejó pasar la oportunidad de concretar un régimen eficaz de tutela de los intereses económicos de los usuarios.

II. OPERACIONES NO AUTORIZADAS⁵

1. Ámbito de aplicación y delimitación

En el contrato de servicios de pago puede pactarse, de conformidad con el art. 34.1 RDLSP, que alguna de las disposiciones del régimen

⁴ Art. 3.18 RDLSP. Se contrapone a la fecha contable, que es aquella en la que se contabiliza la operación y que no siempre coincide con la fecha de valor, pues dependerá de si la orden se recibe en un día y hora hábiles, o no.

⁵ El régimen jurídico de las operaciones no autorizadas y su aplicación por parte de los tribunales españoles se ha abordado con mayor detalle en CASTILLO OLANO, A., «Régimen jurídico de las operaciones de pago fraudulentas: análisis y perspectivas en España» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 9, 2025, cuyas conclusiones se vieron confirmadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1679/2025 de 9 de abril de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1671.

sobre operaciones no autorizadas no sea de aplicación, ya sea de forma total o parcial. Si el usuario no tiene condición de consumidor o de microempresa, se puede acordar la vigencia de un régimen diferente que regule su responsabilidad. Por el contrario, la responsabilidad del proveedor no es una materia disponible por las partes, independientemente de quién sea el usuario. Sin embargo, no es fácil la conciliación de ambas previsiones: si se modifica la responsabilidad de una de las partes, necesariamente variará también la de la otra. Ello ha de entenderse, en nuestra opinión, como un lapsus del legislador europeo que no actualizó debidamente lo dispuesto a este respecto por la Primera Directiva de servicios de pago a pesar de que su voluntad manifiesta era que la autonomía de la voluntad de las partes prevaleciese cuando no interviniese un consumidor o una microempresa⁶. Poco podría hacer al respecto el legislador español, en tanto una transposición correctora por su parte hubiera podido suponer una contravención de la Directiva.

Por otro lado, cuando el usuario no sea consumidor, las partes pueden además acordar un plazo diferente para la notificación de operaciones no autorizadas *ex art.* 43 RDLSP. Nótese que aquí se ha querido flexibilizar la protección de las microempresas, permitiendo también el pacto cuando estas sean parte del contrato.

La delimitación del supuesto de hecho que da origen a la aplicación de este régimen especial no es clara. Como se ha adelantado, las reglas que a continuación se analizan se establecen en sede del régimen de autorización de las operaciones. Sin duda, aquellas operaciones en las que no haya autorización de ningún tipo quedan amparadas por el régimen de los arts. 45 y 46 RDLSP. Quizás los supuestos más habituales son aquellas operaciones realizadas tras el extravío, sustracción o falsificación del instrumento de pago. Pero, aunque en la práctica sean las más frecuentes, no parece que el concepto de «operación no autorizada» deba reducirse a estas.

Las dudas en relación a la distinción entre supuestos de hecho surgen ante la indefinición del concepto de «operación no autorizada», y por el hecho de que el art. 43 RDLSP se refiere a la notificación y rectificación no solo de las operaciones de pago no autorizadas, sino también de las «ejecutadas incorrectamente»⁷, matizando expresa-

⁶ Considerando 73 DSP2.

⁷ La justificación del art. 71 DSP2, origen del 43 RDLSP, señala que su función es la de «reducir los riesgos y las consecuencias de operaciones de pago no autorizadas o que hayan sido ejecutadas incorrectamente», para lo cual «el usuario de servicios de pago debe informar al proveedor de servicios de pago, lo antes posible, sobre toda reclamación en relación con operaciones de pago supuestamente no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, siempre y cuando el proveedor de servicios de pago haya respetado sus obligaciones de información con arreglo a la presente Directiva. Si el usuario de servicios de pago respeta el plazo de notificación, debe poder hacer valer esas reclamaciones dentro de los plazos de prescripción nacionales» (considerando 70 DSP2).

mente que estas incluyen «incluso las cubiertas por el artículo 60» (las operaciones no ejecutadas, ejecutadas defectuosamente o con retraso). Por tanto, a pesar de que la ubicación dentro del capítulo dedicado a la autorización podría llevar a pensar que las operaciones «incorrectas», por oposición a las no autorizadas, son aquellas que se han ejecutado con autorización, pero mediando el incumplimiento por parte del proveedor de alguna de las restantes obligaciones establecidas en sede de autorización, no parece que esta sea la interpretación correcta. Esa referencia expresa a las operaciones no ejecutadas, ejecutadas defectuosamente o con retraso —que también se encuentra en la Directiva⁸—, a pesar de que estas se someten a otras reglas especiales contenidas en el capítulo sobre ejecución (en concreto, en la sección 3.^a —arts. 59 y ss. RDLSP—), parece indicar que nos encontramos ante una incongruencia en relación a la ubicación del precepto. Sin embargo, en cuanto al fondo, debe entenderse que lo dispuesto en el art. 43 RDLSP es aplicable a los dos tipos de fallos⁹, es decir, tanto a aquellos regulados en los arts. 45 y 46 RDLSP (operaciones no autorizadas), como a los regulados en el art. 60 RDLSP. Lo que diferirá, en su caso, será la consecuencia especial que se prevé para ellos. Lamentablemente, el problema que ello plantea es que no queda claro si únicamente esas operaciones son las que deben considerarse «ejecutadas incorrectamente» o también se incluyen dentro de tal concepto las que derivan del incumplimiento de otras obligaciones del proveedor en sede de autorización. Ante esta duda, dependiendo de cómo se interprete el art. 43 RDLSP podría resultar que cuestiones como la falta de confirmación por parte del gestor de cuenta de la disponibilidad de los fondos *ex art.* 37, o la negativa de este de facilitar a los proveedores terceros el acceso a las cuentas de los usuarios de acuerdo con los arts. 38 y 7 RDLSP, no encuentran respuesta en el RDLSP.

Por otro lado, aunque la norma tampoco lo concreta, también parece que deberían calificarse como operaciones no autorizadas aquellas que se ejecutan por un importe superior al indicado por el ordenante en la orden de pago, o a un beneficiario diferente. Se trata de errores esenciales que, necesariamente, deben invalidar el consentimiento a la operación *ex art.* 36 RDLSP. Y aquí se plantea de nuevo la duda sobre cuáles son las operaciones ejecutadas incorrectamente, porque quizás es a estas a las que pretende hacer referencia la norma: operaciones que «técnicamente» cuentan con autorización del usuario pero que el proveedor ejecuta en un sentido diferente al ordenado por su cliente en la orden de pago. No obstante, como se verá en el subepígrafe siguiente, ante la falta de definición sobre las operacio-

⁸ *Id.* También en los considerandos 76, 86, 87 y en el art. 52.5.e) DSP2.

⁹ Así lo ha interpretado también el TJUE en su Sentencia del caso *CRCAM* (FD 38).

nes «defectuosas» bien podría considerarse también que estas entran dentro de esa categoría.

Finalmente, sin perjuicio de llamar la atención cuando se considere oportuno en los siguientes apartados, merece la pena reparar aquí en que el art. 44 RDLSP establece, con carácter general, que la carga de la prueba recae sobre el proveedor cuando el usuario niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que esta se ejecutó de manera incorrecta. En concreto, debe demostrar que la operación de pago «fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago». Y aunque en principio tal previsión es estima suficiente, positiva y protectora del usuario, podría haber supuestos en los que se la privaría de la eficacia que se le presupone. En los casos en los que la operación se discuta como no autorizada, el mero registro de la autenticación no implica que quien haya utilizado el instrumento esté legitimado para ello¹⁰. El ap. 2 del art. 44 RDLSP matiza que «el registro por el proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante», pero la inconcreción de la norma respecto a la expresión «no bastará, necesariamente» puede conducir a criterios de aplicación encontrados.

Para IBÁÑEZ JIMÉNEZ, la norma especial de servicios de pago «ha determinado un principio de inversión del *onus probandi* para facilitar la prueba al cliente, acorde con la aproximación hacia un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva»¹¹ con un doble fundamento, por un lado, que el proveedor presta sus servicios con carácter profesional y, derivado de tal profesionalidad, su mayor disponibilidad de medios y de información para asumir la carga de la prueba en los supuestos de operaciones no autorizadas.

2. La rectificación de la operación de pago no autorizada

Una de las obligaciones que incumbe al usuario de servicios de pago es la de notificar a su proveedor cualquier operación de pago no autorizada

¹⁰ En Bélgica, por ejemplo, *L'Ombudsman en conflits financiers (Ombudsfm)* exige que el usuario aporte al menos un indicio de que no inició la transacción (*vid.* Resoluciones de 19 de marzo de 2019, núm. 2018. 3288; y de 18 de diciembre de 2018, núm. 2018.18 7; sobre la transposición del régimen de responsabilidad por operaciones no autorizadas de la Segunda Directiva de servicios de pago en Bélgica *vid.* STEENNOT, R., «Liability for unauthorized payment transactions: the transposition of PSD2 in Belgium» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition... op. cit.*, pp. 167-188 [p. 173]).

¹¹ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 565.

o ejecutada incorrectamente en cuanto tenga conocimiento de ellas y, a más tardar, a los trece meses del adeudo. Esta obligación del art. 43 RDLSP debe entenderse referida a todas las operaciones citadas *supra*. Pero, además, este precepto establece una correlativa obligación para los proveedores consistente en la rectificación de la operación, obligación que corresponde al proveedor de servicios de pago gestor de cuenta, y ello aunque intervenga un proveedor de servicios de iniciación de pagos, porque, obviamente, este no tiene capacidad para cumplirla.

Por sí sola, esta regla no plantea ninguna duda. El problema viene cuando intenta ponerse en relación con los arts. 45 y 60 RDLSP, dedicados, respectivamente, a la responsabilidad del PSP en caso de operaciones no autorizadas o ejecutadas defectuosamente.

Nos podemos preguntar si la rectificación de la operación anula la exigibilidad de lo dispuesto en esos preceptos con la consiguiente elusión de la responsabilidad. Si no se previese la obligación del usuario de notificar como condición para la rectificación, podría entenderse que esta es una obligación establecida para los casos en los que es el propio proveedor quien advierte *a posteriori* la falta de autorización o el defecto, y lo previsto como «responsabilidad», solo sería aplicable en sede de reclamación del usuario. Esta interpretación del art. 43¹² implicaría que la referencia temporal fuera a la rectificación y no a la notificación —cuya exigibilidad en esta hipótesis debería eliminarse—. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, la interpretación literal del precepto no parece tener este sentido¹³: el plazo de 13 meses se establece como un límite máximo para la notificación por parte del usuario a su proveedor, cuyo cumplimiento es presupuesto para obtener la rectificación de la operación. Así, el derecho del usuario de servicios de pago a obtener la rectificación está supeditado al cumplimiento previo de un doble requisito temporal: debe notificar la operación incorrecta o no autorizada

¹² «Artículo 43. Notificación y rectificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.

1. El usuario de servicios de pago *obtendrá la rectificación por parte del proveedor* de servicios de pago de una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente únicamente si el usuario de servicios de pago se lo comunica *sin demora injustificada, en cuanto tenga conocimiento de cualquiera de dichas operaciones que sea objeto de reclamación*, incluso las cubiertas por el artículo 60, y, *en todo caso, dentro de un plazo máximo de trece meses contados desde la fecha del adeudo*.

Los plazos para la notificación establecidos en el párrafo primero no se aplicarán cuando el proveedor de servicios de pago no le haya proporcionado ni puesto a su disposición la información sobre la operación de pago con arreglo a lo establecido en el título II.

2. Cuando intervenga un proveedor de servicios de iniciación de pagos, el usuario de servicios de pago deberá obtener la rectificación del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta en virtud del apartado 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45.2, y el artículo 60.1» (cursiva añadida).

¹³ A la falta de claridad de la redacción de este precepto también se refiere PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...*, op. cit., p. 112.

sin demora injustificada desde que la advierte, operando como segundo límite el plazo máximo de 13 meses desde la operación¹⁴.

Aunque aparentemente el sentido de la rectificación de la operación es una cuestión diferente a la eventual devolución o reembolso procedente de las reglas de responsabilidad, la única forma de conciliar estas con lo dispuesto en el art. 43 RDLSP quizás sea concluir que se refieren a lo mismo. Cualquier operación no autorizada o ejecutada de forma incorrecta, independientemente del motivo, genera el derecho del usuario a obtener su rectificación en los términos previstos en los arts. 45 y 60 RDLSP. A falta de rectificación *motu proprio* del correspondiente proveedor, el usuario dispone de un plazo máximo de trece meses para notificar la falta de autorización o el error de la operación. Se trata de un plazo de caducidad¹⁵, pero solo a los concretos efectos de la notificación, a partir de la cual el usuario dispondrá de los plazos generales de prescripción para interponer la correspondiente reclamación si no se produce la rectificación¹⁶. Se insiste, no obstante, en que, si efectivamente tal es la interpretación adecuada del art. 43 RDLSP, este precepto no debería ubicarse en sede de autorización sino en el capítulo sobre disposiciones comunes, sin perjuicio de que, en mi opinión, y como he indicado, el régimen de responsabilidad debería sistematizarse y preverse de forma separada en la próxima actualización del régimen de servicios de pago.

Con todo, no deja de ser cuestionable que incluso ante un incumplimiento o una actuación negligente del proveedor de servicios de pago el derecho del usuario a obtener la rectificación de la operación se supedita a la necesidad de que el cliente advierta la operación incorrecta y la notifique al proveedor. Ello puede tener sentido y ser justo cuando se deba a la acción dolosa de un tercero que ha sustraído el instrumento de pago, o se lo ha apropiado o, por cualquier medio, lo ha utilizado sin autorización de su titular. Pero no parece justo que se responsabilice al usuario de «vigilar» la actuación de su proveedor y, si no es suficientemente diligente en tal labor de vigilancia, deba asumir el perjuicio económico que, se insiste, el propio proveedor ha causado.

¹⁴ Así lo ha concluido el TJUE en su Sentencia de 1 de agosto de 2025, *Veracash*, C-665/23, ECLI:EU:C:2025:598, interpretando el art. 58 DSP1, precursor del vigente art. 71 DSP2 origen del art. 43 RDLSP. Dice el Tribunal que este doble límite temporal tiene una finalidad preventiva: a través de una rápida notificación por parte del usuario se pretenden evitar pérdidas mayores. Esta interpretación parece adecuada con relación a las operaciones de pago no autorizadas, pero podría no serlo si se trata de una operación ejecutada incorrectamente como se cuestiona más adelante.

¹⁵ Plazo de caducidad, de acuerdo con PEÑAS MOYANO (*ibid.*, p. 113) y RUIZ MUÑOZ, M, «Obligaciones del proveedor de servicios de pago frente al usuario de los instrumentos de pago (La Directiva y la Ley de Servicios de Pago, y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil del 2014)» en *La Ley mercantil*, núm. 7, 2014, pp. 38-60 (versión digital).

¹⁶ Considerando 70 DSP2.

Se reitera de nuevo que es imprescindible aclarar y delimitar legalmente los supuestos de hecho que deben calificarse como operaciones no autorizadas, operaciones incorrectas y operaciones defectuosas. Porque la interconexión de todos estos preceptos produce inseguridad jurídica y puede tener consecuencias muy cuestionables.

3. La regla general de la responsabilidad del proveedor

Ante una operación no autorizada en los términos delimitados anteriormente, la regla general es que el proveedor del ordenante deberá devolverle el importe correspondiente de inmediato, a más tardar, al final del día hábil siguiente a la notificación o a la advertencia de oficio de la operación no autorizada. Asimismo, deberá restituir la cuenta de pago al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada, lo que implica el reembolso de todas las comisiones y gastos que se hayan cobrado al ordenante y, consecuentemente, la fijación de la fecha de valor del abono en la misma que la del adeudo no autorizado (art. 45.1 RDLSP). Esta última precisión, novedad introducida por la Segunda Directiva de servicios de pago, aunque bienvenida, no aporta nada más que una aclaración al significado de la obligación de restituir o reestablecer¹⁷ la cuenta de pago. Es posible que el matiz de fijación de la fecha de valor se incluyese porque en algunos Estados miembros la obligación de restablecimiento de la cuenta se interpretase como una mera obligación de restituir el saldo de la misma y eso, en ocasiones, trajese problemas de falta de disponibilidad de fondos para operaciones que pretendiesen ejecutarse entre la no autorizada y la restitución, se cobrasen intereses por descubiertos, etc.

El breve plazo del que dispone el proveedor para el cumplimiento de las obligaciones de devolución y restitución, sin lugar a dudas, supone un mecanismo de tutela del usuario¹⁸. Y ello ha de entenderse sin perjuicio de que, realizadas las comprobaciones oportunas, de conformidad con las reglas de responsabilidad del ordenante, este resulte parcialmente responsable y deba hacerse cargo de parte del importe de la operación no autorizada (*infra*).

Nótese que en materia de operaciones no autorizados es indiferente que la orden fuese supuestamente iniciada por el propio ordenante o por el beneficiario o a través de él, ya que no se hace mención ni distinción alguna, como sí ocurre en sede de operaciones defectuosas en el art. 60 RDLSP. Cuando la operación de pago se inicie a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, ha de aplicarse al gestor de cuenta la misma regla general, solo que, en este caso, si la ejecución

¹⁷ El legislador usa ambos conceptos de manera indistinta *vid.* arts. 45, 60 y 61 RDLSP.

¹⁸ En este sentido también, PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, p. 116.

no autorizada es responsabilidad del iniciador, este deberá resarcir de inmediato al gestor de cuenta, tras su petición. Tal resarcimiento, deberá abarcar «las pérdidas sufridas o las sumas abonadas para efectuar la devolución al ordenante, incluido el importe de la operación de pago no autorizada» (art. 45.2 RDLSP). Llama la atención que no se prevea la misma regla cuando la orden haya sido transmitida por el PSP del beneficiario, máxime teniendo en cuenta que un supuesto recurrente de operación no autorizada es la realizada a través de tarjeta. En última instancia, puede acudir al art. 63 RDLSP que establece con carácter general el derecho de resarcimiento entre proveedores. Ello no obsta a que resulte cuando menos curiosa la previsión específica en relación a los proveedores de servicios de iniciación de pagos, pero no al PSP del beneficiario. Además, respecto a aquellos se reitera también la regla de determinación de su responsabilidad, que dependerá de si el iniciador puede demostrar o no que, en el ámbito de su competencia, la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y no se vio afectada por ningún fallo técnico u otras deficiencias vinculadas al servicio de pago que presta (aspecto regulado también en el art. 44.1. II RDLSP).

La obligación de devolución impuesta al proveedor del ordenante solo tiene como límite la sospecha fundada del proveedor sobre la actuación fraudulenta del usuario, en cuyo caso, está legitimado a no dar cumplimiento a su obligación, siempre que lo comunique motivadamente y por escrito al Banco de España (art. 45.1 RDLSP).

Aunque no sería necesario, el ap. 3 del art. 45 RDLSP aclara que pueden determinarse «otras indemnizaciones económicas» de conformidad con la normativa aplicable al contrato o contratos en cuestión. No se comprende por qué se utiliza el término «otras» porque anteriormente no se ha hecho referencia a ninguna indemnización. Difícilmente puede tener tal consideración la devolución de un importe propiedad del usuario que su entidad ha movilizado sin el preceptivo consentimiento.

4. Responsabilidad del ordenante

También respecto de la responsabilidad del ordenante frente a la ejecución de una operación no autorizada, contamos con una regla general a la que se añaden múltiples excepciones, algunas de las cuales inclinan la balanza de la responsabilidad hacia el proveedor y, otras, hacia el ordenante.

La regla general¹⁹ es que el ordenante debe soportar todas las pérdidas derivadas de una operación no autorizada si actúa de forma fraudulenta o incumple de forma deliberada o gravemente negligente alguna de sus obligaciones —a saber, la de utilizar el instrumento de pago

¹⁹ Q&A 2021_6305.

conforme a lo acordado con el PSP, la protección de sus credenciales de seguridad personalizadas o la notificación sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello del extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento, o su utilización no autorizada— (art. 46.1 II RDLSP). En principio, en materia de servicios de pago no cabe la aplicación de la regla «*culpa lata dolo aequiparatur*» pues el RDLSP distingue, utilizando los mismos términos que la Segunda Directiva de servicios de pago, entre la actuación «fraudulenta» del usuario, es decir, dolosa, y su actuación con «negligencia grave». Como se pondrá de manifiesto a continuación, el tratamiento que se dispensa a una y a otra en la norma de pagos es diverso: en algunos casos, tanto el fraude como la negligencia grave del usuario liberan de responsabilidad al proveedor; en otros, sin embargo, tan solo la actuación fraudulenta del usuario supone que sobre este recaiga toda la responsabilidad por la operación de pago no autorizada.

La negligencia grave no se define en la normativa de pagos, ni tampoco se encuentran ejemplos recopilados por el supervisor, de modo que la valoración corresponderá en última instancia al juez o árbitro que conozca del caso²⁰ con base en el criterio interpretativo que ofrece el Considerando 72 DSP²¹, correspondiendo la carga de la prueba al proveedor *ex art.* 44.3 RDLSP. Algunos supuestos pueden ser evidentes, mientras que otros se sitúan en torno a la línea fronteriza que separa la negligencia de la negligencia grave y dependerán del contexto particular aplicable al caso y del momento en el que suceda. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cáceres declaró que utilizar la web o aplicación de banca en línea del proveedor a través de una red wifi abierta no supone falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones del usuario, si ello no se prohíbe expresamente en el contrato²². Por poner otro ejemplo, hace unos años llevar el pin de una tarjeta apuntado en una nota del móvil, sin ninguna otra referencia que permitiese identificarlo seguramente no alcanzaría el nivel de gravedad suficiente para desplazar la responsabilidad del proveedor. Sin embargo, hoy en día quizás podría calificarse como negligencia grave si el acceso al dispositivo no está protegido y, además, se dispone de una aplicación con el instrumento de pago digitalizado. Sería la versión moderna de

²⁰ Banco de España, *Memoria de Reclamaciones 2020*, p. 489.

²¹ «A la hora de evaluar la posible negligencia o la negligencia grave del usuario de servicios de pago, deben tomarse en consideración todas las circunstancias. Las pruebas de una presunta negligencia, y el grado de esta, deben evaluarse con arreglo a la normativa nacional. No obstante, si el concepto de negligencia supone un incumplimiento del deber de diligencia, la negligencia grave tiene que significar algo más que la mera negligencia, lo que entraña una conducta caracterizada por un grado significativo de falta de diligencia. Un ejemplo sería el guardar las credenciales usadas para la autorización de una operación de pago junto al instrumento de pago, en un formato abierto y fácilmente detectable para terceros...».

²² FD 4.º *in fine*, de la SAP de Cáceres 141/2022, de 16 de febrero de 2022, ECLI:ES:APCC:2022:141.

llevar el PIN apuntado en un papel en la cartera, junto a la propia tarjeta. A mi juicio, una diferencia tan aparentemente sencilla como que al dispositivo solo pueda accederse *a priori* mediante el reconocimiento facial del usuario, cambiaría la calificación completamente²³. Si bien la noción de fraude permanece constante, los estándares de conducta que determinan lo que ha de entenderse por negligencia grave cambian conforme avanzan los desarrollos tecnológicos. Incluso la propia condición del usuario puede afectar a esa valoración, por ejemplo, si es un consumidor vulnerable que padece alguna discapacidad. Pero además de la inseguridad jurídica que de ello pueda derivarse, también supone un problema de fragmentación del mercado interior si se ofrece un tratamiento distinto a los mismos supuestos, hasta el punto incluso de desnivelar la protección del usuario entre Estados miembros²⁴.

Si no concurre culpa o negligencia grave en la actuación del usuario, en caso de que la operación no autorizada sea consecuencia de la utilización de un instrumento de pago extraviado, sustraído o apropiado indebidamente por un tercero, su responsabilidad por operaciones de pago no autorizadas se limita a 50 € si así se prevé en el contrato (art. 46.1 RDLSP)²⁵.

Aunque se prevén dos importantes excepciones, en las cuales el usuario debe quedar libre de toda responsabilidad. La primera, que la pérdida sea imputable al proveedor de servicios de pago²⁶, por ejemplo, en caso de brecha de seguridad o de envío de credenciales de seguridad personalizadas por correo ordinario. La segunda, que la operación se haya efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos de pago impresos en el propio instrumento (párr. cuarto, art. 46.1). Nótese que la obligación de autenticación reforzada reduce considerablemente la frecuencia con la que será posible aplicar esta excepción, puesto que se refiere fundamentalmente a pagos en línea —también telefónicos, aunque éstos últimos cada vez son menos habituales—.

²³ Y eso que la seguridad de los sistemas de reconocimiento facial varía mucho de unos dispositivos a otros.

²⁴ Por ejemplo, hasta la introducción de la obligación de autenticación reforzada, según el criterio del *Arbitro Bancario Finanziario* italiano, con carácter general, caer en un ataque de *phishing* debía calificarse como negligencia grave. Sin embargo, tras los nuevos requisitos de seguridad, se requieren otros indicios como la negativa a utilizar los SMS como mecanismo para implementar la autenticación reforzada o la falta de comprobación periódica de los movimientos de la cuenta (MINNECI, U., «Unauthorized payment transactions according to psd 2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition... op. cit.*, pp. 109-120 (p. 116).

²⁵ En el régimen anterior, 150 €. El art. 74.1 DSP2 daba la opción a los Estados miembros de obligar o no a los ordenantes a soportar las pérdidas con el límite de 50 €. El legislador español, al transponer literalmente el precepto, lo deja en manos de la autonomía de la voluntad de las partes o, más bien, cede la facultad de elección al PSP predisponente.

²⁶ El art. 46.1.b) RDLSP dispone que el ordenante quedará exento de toda responsabilidad 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».

Aun así, esta previsión sigue siendo necesaria en la medida en que desplegará sus efectos sobre los supuestos amparados en una excepción a la obligación de autenticación reforzada.

Hay otra excepción a la regla general en la que, sin embargo, es indiferente que el usuario actúe con negligencia grave, pues solo la actuación fraudulenta desencadena su obligación de asumir todas las pérdidas derivadas de la operación no autorizada. Se trata del caso en el que el usuario no pudiera detectar la pérdida, la sustracción o la apropiación indebida del instrumento de pago hasta el acaecimiento de un pago no autorizado [art. 46.1.a) RDLSP]. En origen, esta exclusión de la responsabilidad del ordenante respondía a un problema muy concreto: la clonación de tarjetas²⁷, aunque a día de hoy será también aplicable a casos de *phishing* en los que se produce la «apropiación indebida» de las credenciales de seguridad personalizadas utilizadas para el uso de otros instrumentos vinculados a una cuenta de pago, es decir, transferencias y adeudos. Al respecto de estos casos, la jurisprudencia entiende que los proveedores de servicios de pago deben asumir los riesgos derivados de la posibilidad de suplantación de la identidad del usuario para la realización de operaciones sin la autorización del auténtico contratante, y que son responsables de ofrecer y poner en práctica un sistema seguro para la prestación de los servicios de pago, de manera que las consecuencias negativas de los fallos en el mismo no se trasladen al cliente²⁸. Ello con base en el régimen de responsabilidad por operaciones de pago no autorizadas y en las obligaciones de seguridad impuestas en los arts. 66 a 68 RDLSP pero también, como expresión de su diligencia debida²⁹.

El periodo de generación de la eventual responsabilidad del usuario encuentra su límite en el momento en que éste efectúa la notificación del extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada en virtud del art. 41.b) RDLSP. De nuevo aquí, la única circunstancia relevante es que el usuario no

²⁷ RAMOS HERRANZ, I., «Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la Directiva y la ley española de servicios de pago» en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 343-372 (p. 359).

²⁸ *vid.* FD 3.º, ap. 3, de la STS 332/2020, de 12 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:332; FD 6.º, ap. 3, de la STS 1840/2016, de 20 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1840; FD 4.º de la SAP de Cáceres 141/2022, de 16 de febrero de 2022, ECLI:ES:APCC:2022:141; FD 3.º de la SAP de Salamanca 500/2021, de 21 de junio de 2021, ECLI:ES:APSA:2021:500.

²⁹ En este sentido, la SAP de Cáceres 141/2022 señalaba que: «Debe tenerse en cuenta que estos mecanismos de pago, tanto por medio de tarjetas, como a través de la banca a distancia o digital, no solo los articula la entidad financiera a través de las correspondientes aplicaciones y *software*, sino que potencia su utilización por sus clientes y usuarios bancarios, por lo que tiene —y debe— implementar todas las medidas de seguridad necesaria para evitar fraudes, incluida la suplantación de identidad» (FD 4.º de la SAP de Cáceres 141/2022, de 16 de febrero de 2022, ECLI:ES:APCC:2022:141).

actúe fraudulentamente, pues la negligencia grave del usuario no excluye la responsabilidad del proveedor.

Finalmente, hay dos incumplimientos del PSP del ordenante que exoneran de responsabilidad al usuario, salvo actuación fraudulenta (dolosa) de este. En primer lugar, la falta de aplicación de la autenticación reforzada y la no disponibilidad permanente de medios adecuados para que el usuario pueda efectuar la notificación antedicha (art. 46.2 y 4 RDLSP). En segundo término, cuando el problema estribe en que bien el propio beneficiario, bien su proveedor, no apliquen la autenticación reforzada, ya sea ilegítimamente o por aplicación de una exención³⁰, deberán reembolsar el importe del perjuicio financiero causado al PSP del ordenante que haya respondido frente a este. En este caso, la previsión expresa del derecho del PSP del ordenante a ser resarcido es necesaria, por un lado, porque el art. 63 RDLSP solo se refiere a las reglas de los arts. 45, 60 y 61 RDLSP, pero, sobre todo, porque el art. 46.2 RDLSP obliga también al beneficiario a resarcir cuando sea él quien no acepte la autenticación reforzada.

III. OPERACIONES NO EJECUTADAS O EJECUTADAS DEFECTUOSAMENTE

1. Delimitación del supuesto de hecho

En mi opinión, dentro de este conjunto de operaciones fallidas que pueden denominarse como «operaciones defectuosas» en sentido amplio, deben distinguirse cinco supuestos diferentes. Independientemente de que el régimen aplicable sea el mismo para todos ellos (el previsto en los arts. 60 y 61 RDLSP con carácter imperativo para consumidores o microempresas y dispositivo en otro caso), esta delimitación se hace necesaria para deducir qué posibles incumplimientos no quedan cubiertos total o parcialmente por el régimen especial de responsabilidad.

El primero, es aquel en el que la operación se ejecuta a un beneficiario diferente al pretendido por el usuario debido a la facilitación al PSP de un identificador único incorrecto. El segundo supuesto, es aquella operación en la que el ordenante o, en su caso, el beneficiario, han cursado una orden de pago que el proveedor o proveedores correspondientes no han ejecutado. El tercero, es la ejecución con retraso pero correcta en todos los demás términos. El cuarto, una operación de pago en la que el proveedor incumpla cualquiera de las restantes obligaciones que se le imponen en sede de ejecución. El quinto, como se ha dicho en el epígrafe anterior, serían las operaciones ejecutadas a un

³⁰ Q&A 2018_4042.

beneficiario diferente al indicado (mediante un identificador correcto) o por un importe superior al indicado en la orden de pago.

A pesar de la falta de definición normativa sobre qué haya de considerarse ejecución defectuosa, lo cierto es que a los tres primeros supuestos el RDLSP alude de forma expresa³¹, por lo que cabría concluir que el cuarto (la operación de pago en la que el proveedor incumple cualquiera de sus obligaciones sobre ejecución) es el único supuesto que constituye, en sentido estricto, una operación ejecutada defectuosamente. Y aunque esto pueda admitirse como premisa teórica, lo cierto es que el régimen previsto presenta importantes incongruencias de forma que solo puede concluirse que el término «ejecución defectuosa» se utiliza sin ningún rigor.

A una de ellas ya se ha hecho alusión y es la que se refiere al quinto supuesto. Desde un punto de vista teórico, a mi juicio, toda ejecución en términos distintos a los de la orden emitida por el usuario debería calificarse como no autorizada, ya que el consentimiento del usuario³² se da a la ejecución de una operación con unas condiciones concretas, las previstas en la orden de pago. Si dichas condiciones se alteran, no cabe entender que el consentimiento del usuario sigue amparando la ejecución de la orden. Si acaso, ello pudiera ser así en el supuesto de ejecución incompleta, es decir, cuando el importe ejecutado sea menor al indicado por el ordenante. Pero desde luego, no en aquel en el que la cuantía varía por exceso³³. Pero desde el punto de vista de la aplicación del RDLSP calificar estas operaciones como no autorizadas puede irrogar un perjuicio al usuario que se evita si se califican como operaciones defectuosas: mientras que en las primeras el usuario puede tener que asumir hasta 50 €, en el caso de las operaciones defectuosas no será responsable por ningún importe. En cualquier caso, ello no hace sino evidenciar que la norma especial no es congruente, genera inseguridad jurídica y debe modificarse.

Por otro lado, cabría también plantearse si el incumplimiento de alguna de las obligaciones que, en su caso, se impongan al PSP en el contrato pero que no formen parte del régimen especial legalmente previsto podrían devenir en una operación ejecutada defectuosamente. Creemos que la respuesta debe ser negativa, al menos, tal y como está

³¹ El art. 59 RDLSP se refiere a los identificadores únicos incorrectos, mientras que el art. 60 RDLSP se titula «Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de *no ejecución* o de ejecución defectuosa o *con retraso* de una orden de pago» (cursiva añadida).

³² Que como recordaba PACHECO JIMÉNEZ es un «requisito imprescindible para iniciar el proceso de pago» (PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Evolución de los servicios...», *op. cit.*, [versión digital]).

³³ Con disculpas por la autocita, nótese que después de esta investigación más profunda he cambiado de criterio respecto del que mantuve en CASTILLO OLANO, A., «Responsabilidad de los proveedores de servicios de pago por operaciones no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente: régimen vigente y futuro» en *La Ley mercantil*, núm. 37 (junio), 2017.

previsto el régimen vigente. Precisamente, el hecho de que las normas de responsabilidad se refieran expresamente a su ejecución en la rúbrica de los arts. 60 y 61, así como su ubicación sistemática en el RDLSP, circunscriben su aplicación a los supuestos de contravención de lo dispuesto en el capítulo III del título III (Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago).

Dejando aparte el primero de los supuestos antedichos que, como enseguida se verá, determina con carácter general la responsabilidad del ordenante, el resto son supuestos en los que ha habido un incumplimiento por parte del PSP de alguna de las obligaciones de ejecución explicadas *supra*. De estas cuestiones nos ocupamos a continuación.

La operación no ejecutada no plantea duda alguna, se refiere a un incumplimiento general y absoluto de la orden de pago.

La operación ejecutada con retraso conlleva un incumplimiento de alguna de las obligaciones de iniciación o ejecución que ha producido una demora en el proceso de pago. Puede ser que el incumplimiento sea respecto de la fijación del momento de recepción de la orden de pago, se deba a un rechazo injustificado, se haya negado o demorado la contestación a una petición de confirmación de disponibilidad de fondos, o se haya impedido el acceso del proveedor de servicios de iniciación de pagos a la cuenta de pago sin justificación, o puede que directamente no se haya lanzado la orden en el momento de su recepción —o el siguiente día hábil— cuando la operación la inicie el ordenante, o que no se transmita la orden de pago en el momento convenido con el beneficiario, cuando la operación se inicie a través de éste.

En cualquier de estos casos, además de incumplir la correspondiente obligación aludida, acaba ocurriendo que se incumple la obligación de que los fondos estén abonados en la cuenta del proveedor del beneficiario al final del día hábil siguiente. También es posible que el incumplimiento provenga del proveedor de servicios de pago del beneficiario, al no poner los fondos a disposición de su usuario en el mismo momento del abono en su propia cuenta, o al final del día hábil siguiente cuando el beneficiario no sea titular de una cuenta de pago.

El cuarto y último supuesto hace referencia a que la operación de pago se lleve a cabo en los términos indicados por el usuario en la orden, pero que, a lo largo del proceso, el proveedor incumpla alguna de las obligaciones que le incumben de conformidad con las reglas de ejecución. Y de nuevo el criterio sistemático es importante y, quizás, actúe como límite a la responsabilidad del proveedor gestor de cuenta. Mientras que en el caso anterior, la responsabilidad derivada del retraso provocado por una negativa a confirmar la disponibilidad de fondos o a permitir el acceso a la cuenta a un proveedor de servicios de iniciación de pagos, es causa de imputación de responsabilidad al proveedor por

«operación con retraso», no puede calificarse en sentido estricto de operación defectuosa aquella en la que se incumplan esas obligaciones (o cualquiera del título II) pero no se produzca dicho retraso. Ello debe llevar a la conclusión de que, más allá del retraso, el incumplimiento de las otras obligaciones debería tener también un reproche civil, si no a través del sistema especial de responsabilidad, sí en virtud de las normas generales de Derecho contractual privado. No obstante, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, mientras no se supere ese plazo, es posible que el usuario no tenga noticia o no se percate del incumplimiento de las obligaciones del título II por el proveedor, pero ello no quiere decir que éste no exista o que deba quedar impune.

2. El supuesto del identificador único incorrecto

Cuando la no ejecución o la ejecución defectuosa —en sentido amplio— viene provocada por la utilización de un identificador único³⁴ no asociado al beneficiario pretendido por el usuario, la norma especial de servicios de pago establece una presunción *iuris tantum* de que el error ha sido del usuario (art. 59 RDLSP).

Así, en principio, se exonera al proveedor de responsabilidad por ejecución defectuosa y, aún más, por falta de autorización, pues, en este caso la operación sí se ha llevado a cabo conforme a los términos de la orden de pago, al menos, en lo esencial y determinante. El propio art. 59.3 RDLSP señala que incluso aunque el ordenante facilite información adicional a la requerida por su PSP, el único criterio para determinar la responsabilidad por el error sigue siendo el identificador único, lo que tiene sentido. Pero de algún modo, el Derecho positivo está limitando el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, aquí como medida de tutela del proveedor: resulta que aun cuando el contrato obligue al usuario a proporcionar más información aparte de la relativa al identificador para la correcta iniciación o ejecución de una orden de pago, el cumplimiento de esa obligación de carácter contractual en nada afecta al reparto de responsabilidad. Entonces, no parece que tenga mucho sentido solicitar esa información adicional³⁵. Porque

³⁴ Art. 3.22 RDLSP: «Identificador único: una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago o la cuenta de pago de ese otro usuario en una operación de pago».

³⁵ GEVA también se muestra crítico sobre la posibilidad de trasladar la responsabilidad al usuario cuando el identificador único sea incorrecto si también proporciona el nombre del beneficiario. Lo compara con el régimen con el previsto en EEUU en el *Uniform Commercial Code* —Article 4.^a — *Funds transfers*. Allí, el usuario (salvo que sea un banco) que utiliza ambos datos pero proporciona un identificador erróneo solo es responsable cuando concurren dos condiciones: que el ordenante no acredite que la persona identificada por el identificador no tenía derecho a recibir el pago; y que el PSP del ordenante acredite que este ha sido informado, antes de la

si se exige más información para asegurar que la operación es correcta, estaremos ante una información adicional útil, y si los PSPs intervinientes tienen conocimiento de ella deberían ser capaces, aunque no sea siempre y en todo caso, de detectar que hay una incongruencia entre la información adicional y la exigida legalmente con carácter mínimo. Si no es así, requerir más información solo sirve, a efectos de la relación contractual, para demostrar que el ordenante incurrió en un error³⁶.

Este régimen contrasta con lo previsto en el Reglamento de transferencias inmediatas en euros, que modifica el Reglamento SEPA y que introduce una obligación de verificación en el sentido de que no haya discrepancias entre el identificador del beneficiario y su nombre, e impone el deber de notificar al ordenante la existencia de dichas discrepancias para que pueda corregir la orden. Aunque el ámbito de aplicación de esta obligación es mucho más reducido —transferencias inmediatas SEPA, que se pretende que pasen a ser las transferencias estándar—, parece que evidencia un cambio de criterio en el legislador europeo, o quizás simplemente su determinación de convertir la SEPA

aceptación de la orden, de que la orden de pago podría ser ejecutada por el PSP del beneficiario sobre la base de un número de identificación, incluso si identifica a una persona diferente del beneficiario designado nominalmente (GEVA, B., «Title I “Subject Matter...», *op. cit.*, p. 174).

³⁶ En opinión del Banco de España, «los demás datos consignados en la orden de transferencia (entre ellos, el concepto incluido en esta) son mensajes destinados al beneficiario de los fondos, y no a la entidad» (Banco de España, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 268). Pero aunque eso pueda ser cierto, el RDLSP no se refiere exclusivamente a los datos consignados en la orden estandarizada, sino a todos los exigidos por el contrato marco. En la mayoría de los casos, esta será aquella que se exija por el sistema de pago utilizado por los PSPs para la liquidación de la transferencia, pero este estricto planteamiento rebaja los estándares de diligencia debida de los proveedores. En el asunto C-245/18 el TJUE analizó una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, referente a la interpretación de los artículos 74 y 75 DSP1 (equivalentes a los actuales 88 y 89 DSP2). El caso se refería una operación ejecutada conforme a un identificador único erróneo, y el PSP del beneficiario no había comprobado que el IBAN no se correspondía con el nombre de la persona designada como beneficiaria en la propia operación. El TJUE declaró que el art. 74.2 DSP1 debía interpretarse en el sentido de que, cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago, y tal identificador no corresponda al nombre del beneficiario indicado por ese mismo usuario, la limitación de la responsabilidad del proveedor se extiende también al PSP del beneficiario (Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2016, *Tecnoservice Int.*, C-245/18, ECLI:EU:C:2019:242). En el mismo sentido, la STS 1294/2025 de 27 de marzo de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1294, según la cual la obligación de comprobar la información adicional «exigiría en muchos casos la realización de comprobaciones manuales, en contra del tratamiento y ejecución automatizadas que constituyen hoy la base de los servicios de pago». Concluyendo que cuando el identificador proporcionado por el usuario es incorrecto, el PSP solo sería responsable «cuando se constate la concurrencia de circunstancias, ajenas al suministro de datos adicionales, que pudieren haber influido en la ejecución defectuosa de la operación, sea porque se hubiere estipulado expresamente entre el usuario y el proveedor algún requisito o exigencia añadida (v. gr. la identificación del beneficiario), sea porque el proveedor de servicios de pago del ordenante o del beneficiario hubieren aprovechado el error en beneficio propio, sea porque, comunicada sin demora la existencia del error, uno u otro no hubieran adoptado las medidas que imponía la diligencia de un comerciante experto para permitir la retroacción o, en su caso, minimizar el daño».

en un éxito rotundo. Ahora bien, aunque en el texto aprobado ha desaparecido, en la propuesta de Reglamento de transferencias inmediatas en euros el sentido de esta obligación era que la rapidez de este tipo de operaciones hace que el ordenante no tenga tiempo de darse cuenta de que ha habido un error o un fraude antes de intentar recuperar los fondos³⁷. Pues bien, no se encuentra justificación para esta diferencia de trato con las operaciones no inmediatas, ya que más allá de la debida diligencia que en cualquier caso es exigible al usuario, en el caso de operaciones tradicionales este no dispone de medios adicionales para percatarse de un error o de que ha sido engañado.

Sí se impone en los art. 59.1. RDLSP (párr. segundo y tercero) un deber de asistencia que recae tanto sobre el proveedor del ordenante, como sobre el del beneficiario —incorrecto—. Al proveedor del ordenante, se le exige un «esfuerzo razonable» para recuperar los fondos de la operación, mientras que al PSP del beneficiario —novedad de la Segunda Directiva de servicios de pago— se le requiere «cooperar» en estos esfuerzos, comunicando al proveedor del ordenante toda la información pertinente para el cobro de los fondos. El proveedor del ordenante, además, deberá facilitar a su usuario, cuando este lo solicite por escrito, toda la información de que disponga y que sea pertinente para reclamar al beneficiario el pago indebido, cuando no sea posible recuperar los fondos, mejora esta también derivada de la actualización de la Segunda Directiva de servicios de pago. Hasta qué punto deban esforzarse o cooperar los proveedores entre sí, sigue sin estar claro, debiéndose acudir a las buenas prácticas financieras aplicables en cada caso³⁸.

Se permite, además, pactar en el contrato marco que el ordenante esté obligado al reembolso de los gastos ocasionados, pero solo cuando se recuperen los fondos. Necesariamente, debe entenderse así, aunque lo que dice literalmente el precepto es que «el proveedor podrá cobrar gastos al usuario del servicio de pago por la recuperación de

³⁷ Considerando 11 Propuesta RTIE: «When payees are natural persons, processing of their names and payment account identifiers is proportionate and necessary to prevent fraudulent transactions and detect errors. (fundamental rights) “Under [PSD2], the only determinant of the correct execution of the transaction with respect to the payee is the unique identifier, and PSPs are not required to verify the name of the payee. In the case of instant credit transfers, *there is not enough time for the payer to realise the occurrence of a fraud or error and to try to recover the funds before they are credited to the payee’s account*. PSPs should therefore verify whether there is any discrepancy between the unique identifier of the payee and the name of the payee provided by the payer, and notify the payer placing a payment order for an instant credit transfer in euro about any such discrepancies detected”» (cursiva añadida).

³⁸ Por ejemplo, en Banco de España, *Memoria de Reclamaciones 2018*, p. 371 se declara contrario a las buenas prácticas y usos financieros la actuación de una entidad que, tras la solicitud de devolución de una ordenante víctima de estafa, alegó «haber realizado esfuerzos para recuperar el importe controvertido mediante solicitud de devolución dirigida a la entidad beneficiaria, rechazando esta su petición de forma automática» pero, a juicio del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones no acreditó suficientemente la realización de dichas gestiones y, además, no se pronunció sobre la comisión por devolución cobrada a la usuaria.

los fondos» (art. 59.2 *in fine* RDLSP). De nuevo, se evidencia aquí una cierta confusión en la redacción de la norma, en el sentido de que las comisiones se perciben o cobran y los gastos se reembolsan, restituyen, resarcen... Si se quiere permitir el cobro de una comisión en concepto de precio, permítase. Pero si se pretende que el usuario tan solo compense los gastos asumidos por el proveedor en cumplimiento de su deber de asistencia, debe aclararse. Este es un ejemplo más de la poca precisión lingüística de la que adolece la redacción del RDLSP. La falta de precisión del legislador europeo —que, dicho sea de paso, difícilmente va a lograr un mercado único si no aclara una cuestión tan básica, esencial y frecuente—, no debería excusar también la de los legisladores nacionales.

Curiosamente, el art. 8.4 LTT³⁹ se refería a las transferencias transfronterizas que no llegaban a ultimarse «a causa de algún error u omisión en las instrucciones dadas por el ordenante a su entidad», y entonces se consideró apropiado que su entidad y todas las intermediarias utilizadas por esta procurasen «en la medida de lo posible, efectuar el reembolso del importe de la transferencia», solo que a diferencia del resto de supuestos de ejecución defectuosa, el proveedor no tenía que devolver los gastos e intereses vencidos y podía «deducir los gastos ocasionados por la recuperación en la medida en que estén especificados». Esta Ley —y la Directiva de 1997 en la que trae causa⁴⁰—, mucho más antigua, vigente en una época en la que al proveedor le resultaba más complejo y costoso advertir errores en las órdenes de pago, y aplicable a cualquier tipo de usuario, tutelaba al usuario con más ambición y mejor técnica. De la tramitación parlamentaria de la Primera Directiva de servicios de pago no se desprende justificación concreta a este cambio de orientación.

Más allá de la opinión personal que merezca desde el punto de vista de técnica legislativa, la regla general del art. 59 RDLSP parece proporcionada. Ello sin perjuicio de que deje muchas cuestiones de detalle abiertas, que —como en tantos otros extremos del régimen especial— son las que afectan en la aplicación de la norma y que, sumadas una a otra, reflejan que la tutela efectiva del usuario necesita de mayores precisiones legales.

³⁹ Recuérdesse, Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁰ Recuérdesse, Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas.

3. Operaciones iniciadas por el ordenante

La regla general establecida en el art. 8 LTT se mantiene hasta el vigente art. 60.1 RDLSP⁴¹. El proveedor de servicios de pago del ordenante es responsable frente a su usuario de la correcta ejecución de la orden de pago, durante toda la cadena de pago hasta llegar a la cuenta del beneficiario⁴² —en cuyo caso, si procede, luego podrá repetir contra el PSP efectivamente responsable *ex art. 63*⁴³ en virtud de las reglas de distribución de responsabilidad de los arts. 60 y 61 RDLSP—. El riesgo de la operación y, por tanto, la responsabilidad última en caso de error, se traslada del proveedor del ordenante al del beneficiario, solo cuando el primero pueda acreditar que el segundo recibió el importe de la operación en el plazo oportuno. Nótese que el cese de la responsabilidad del proveedor del ordenante se sitúa en el instante en el que los fondos entran en la esfera de control del proveedor del beneficiario: cuando se abonan, no en la propia cuenta del destinatario de la operación, sino en la de su PSP. Esta es la regla que rige para los supuestos de operaciones

⁴¹ Solo se hace referencia a la regla general, porque el régimen completo sí presenta diferencias sustanciales. Además de las que se explicarán en el cuerpo de este apartado, quizás la más relevante sea la limitación de la aplicación del régimen especial a las operaciones que no superasen los 12 500 € (el ámbito de aplicación de la Ley de transferencias transfronterizas solo cubría las operaciones hasta 50 000), por encima de los cuales debían seguirse las reglas generales de Derecho contractual. Esta supresión del límite se hizo en atención al usuario consumidor, pues, aunque no es habitual que las operaciones de pago de los consumidores alcancen cuantías tan elevadas, nada impide que ocurra, por lo que limitar sus posibilidades de un reembolso rápido y eficaz ante un error que escapa absolutamente de su control no hubiera tenido una justificación clara. Máxime teniendo en cuenta que los PSP tienen a su alcance mecanismos suficientes para cubrir el supuesto riesgo de insolvencia que pretendía evitar el espíritu de la de transferencias transfronterizas, como puede ser un seguro de responsabilidad civil (en este sentido, *vid.* ALVARADO HERRERA, L., «La responsabilidad de los proveedores de servicios de pago en caso de no ejecución o ejecución defectuosa de operaciones en el proyecto de ley de servicios de pago», en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, MADRID PARRA (dir.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 193-208 [p. 203]).

⁴² Considerando 85 DSP2. «[e]l proveedor de servicios de pago del ordenante, en calidad de proveedor de servicios de pago gestor de cuenta o, cuando proceda, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, *debe asumir la responsabilidad de la correcta ejecución del pago*, incluida, en particular, la cantidad total correspondiente a la operación de pago y el plazo de ejecución, así como la plena responsabilidad por los posibles incumplimientos de otras partes en la cadena de pago *hasta llegar a la cuenta del beneficiario*» (cursiva añadida). En su día, respecto del equivalente considerando 47 DSP1, ALVARADO HERRERA concluyó que la discrepancia literal entre la redacción de este considerando y la del art. 75 DSP, que fijaba el momento en el abono en la cuenta del PSP del beneficiario, es un error de redacción (ALVARADO HERRERA, L., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 204). En mi opinión, sin embargo, el error está en los términos escogidos al decir que «debe asumir la responsabilidad», que no permite distinguir el derecho del usuario de reclamar frente a su propio proveedor, reclamación que debe ser *respondida* en virtud del régimen especial, de la efectiva responsabilidad última que dependerá de qué PSP haya incumplido con sus obligaciones y que, en caso de no ser aquel que haya respondido frente al usuario, generará el correspondiente derecho de repetición.

⁴³ Positivización del principio *solvet et repete* (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 560).

defectuosas, en los términos expresados *supra*, los de operaciones no ejecutadas, así como los de operaciones ejecutadas con retraso. Si bien para estos últimos se prevén obligaciones adicionales.

Conforme a esta distribución del riesgo, puede ocurrir que resulte responsable el proveedor del ordenante, o el del beneficiario. De nuevo, los efectos jurídico-privados que prevé el RDLSP son los mismos que en el caso de operaciones no autorizadas. Cuando sea responsable el proveedor del ordenante deberá devolverle a su cliente «sin demora injustificada» el importe correspondiente a la operación de pago no ejecutada, ejecutada defectuosamente o con retraso «y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa». Respecto de la Primera Directiva de servicios de pago, la Segunda añade un nuevo párrafo que se transpone literalmente en el RDLSP. Se refiere a la fecha de valor de esa devolución y determina que no podrá ser posterior a la fecha en que se haya efectuado el adeudo inicial, para la ejecución de la operación que ha acabado siendo defectuosa.

La pregunta que necesariamente debe plantearse es cuánto tiempo puede ser considerado una demora justificada y en qué momento se convierte en injustificada. Y para responderla conviene remontarse al régimen previsto en la Ley de transferencias transfronterizas que en este punto era más concreta. Entonces se daba a la entidad el plazo de 14 días desde la solicitud de reembolso del usuario (art. 8.1 III LTT). Dos diferencias fundamentales con el régimen vigente: el usuario tenía que solicitar la devolución del importe y se establecía un plazo concreto para cumplir tal petición. Lógicamente, el ordenante no podía solicitar la devolución hasta que no finalizase el plazo de ejecución libremente convenido por las partes⁴⁴, pero resulta que la obligación de puesta a disposición de los fondos devueltos decaía si «entre tanto se [hubiera] abonado en la cuenta de la entidad del beneficiario los fondos correspondientes». Lógico, en tanto el presupuesto de la obligación de reembolso desaparece: la transferencia se había efectuado, aunque con retraso. Y quizás este sea el fallo más notable de Ley de transferencias transfronterizas que, sencilla pero bastante completa en lo demás, en este caso no reconocía de forma expresa la consecuencia jurídico-privada del retraso —como sí hacía en muchos otros supuestos—⁴⁵.

⁴⁴ La Ley de transferencias transfronterizas no hacía distinción de aplicación entre consumidores y no consumidores. A falta de pacto, el art. 5.1 preveía uno supletorio: hasta el final del quinto día hábil bancario siguiente.

⁴⁵ Ello dejaba al ordenante, en ocasiones, en una posición muy comprometida respecto de su posible incumplimiento en la relación subyacente —casi seguro, con elemento de Derecho internacional privado, porque se trataba de una transferencia transfronteriza— y con la posible pero difícil tarea de reclamar los eventuales daños y perjuicios sufridos por ese retraso que la propia ley no sanciona.

De vuelta al art. 60.1 RDLSP y a la noción de «sin demora injustificada», es evidente que la falta de determinación de la norma europea⁴⁶, aunque criticable, tiene como fundamento la heterogeneidad de los sistemas de pago europeos que, aunque cada vez menos, siguen teniendo operativas y limitaciones diversas que quizás desaconsejaban en su momento la fijación de un plazo concreto. Pero establecer un plazo, siquiera sea amplio; varios, en función del tipo de operación (nacional, transfronteriza, en euros, etc.); o una horquilla, hubieran sido alternativas que ofrecen mayor seguridad jurídica y menos margen para la fragmentación del mercado y el *forum shopping*. El legislador nacional tampoco ha concretado este concepto jurídico indeterminado.

Ello obliga a deducir del conjunto de la norma qué debe entenderse por demora injustificada. Un criterio podría ser aplicar aquí también el plazo que el art. 49.2 RDLSP prevé para la devolución de adeudos: diez días hábiles. Allí se calculan desde la solicitud del usuario, pero en sede de responsabilidad y teniendo en cuenta que el error proviene del proveedor, parece más apropiado entender que el *dies a quo* sea el momento en el que la operación se hubiera ejecutado correctamente. Ahora bien, teniendo en cuenta precisamente que la causa de la devolución es la negligencia del proveedor, parece más justo que se le obligue a hacer frente a la devolución cuanto antes, independientemente de que tras rastrear la operación recupere para sí los fondos, tal y como sucede en el caso de operaciones no autorizadas. Por tanto, podría ser más adecuado utilizar como referencia el mismo plazo, que además coincide con el fijado para la ejecución —correcta— de las operaciones *ex art.* 58.1: la devolución habrá de producirse, a más tardar, al final del día hábil siguiente a la advertencia del error.

Pero la devolución del importe de la operación y el restablecimiento de la cuenta de pago no suponen realmente una compensación para el usuario por los daños sufridos. Hubiera sido recomendable incluir en la norma vigente la previsión contenida en el art. 8.1 II LTT en virtud de la cual a la devolución del importe y de los gastos —y comisiones—, añadía la obligación de abonar al ordenante un interés calculado sobre el importe de la transferencia para el período transcurrido entre la fecha de la orden y la de devolución, que habría de cuantificarse —cuestión concretada por el legislador español y no por el europeo—, multiplicando por 1,25 el interés legal del dinero. Una indemnización objetiva y proporcionada, calculada desde el día en el que la operación se hubiera ejecutado correctamente, para compensar al ordenante por el tiempo durante el que no ha podido disponer de su dinero, ni destinarlo a la finalidad pretendida en el plazo que quería o necesitaba. Esto último,

⁴⁶ Criticada ya en relación a la Primera Directiva de servicios de pago, *vid.* VARDI, N., «Regulation of Payments after the PSD: Is there still a Role for Domestic Law?» en GIMIGLIANO, G (ed.), *Money, Payment Systems... op. cit.*, pp. 39-57.

además, podría haber provocado un daño —o un lucro cesante— adicional si lo llevó a incurrir en mora en la obligación subyacente, si perdió la confianza del beneficiario y con ello una oportunidad de compra o de negocio, o si concurrieron otras circunstancias que pudieran haberle causado un perjuicio adicional.

Además, el art. 8.5 LTT aclaraba que el régimen previsto debía entenderse «con independencia de cualquier otro derecho, incluido el de obtener otras indemnizaciones por daños y perjuicios, que pueda corresponder al ordenante o al beneficiario de la transferencia». *De lege data* no cabe sino entender que más allá de las escasas consecuencias previstas en el art. 60.1 el usuario podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos. Y eso nos lleva al art. 62 RDLSP⁴⁷.

Este precepto, idéntico al derogado art. 45 LSP, sí fue objeto de transposición más allá del «copia y pega» del art. 76 DSP1 —actual art. 91 DSP2—. Del anterior, señaló la doctrina que fue «otro artículo superfluo, del que se podría haber prescindido»⁴⁸. Desde luego, su redacción no es nada afortunada pero precisamente determinar su redundancia o no es el *quid* de la cuestión.

En la Segunda Directiva de servicios de pago, creemos el único objetivo del art. 91⁴⁹ es aclarar que el régimen de responsabilidad previsto no tiene por qué agotar el elenco de sanciones civiles en materia de contratación de servicios de pago. Lo cierto es que, si no es así, no se entiende a qué se adiciona la supuesta «indemnización económica adicional», pues en el régimen especial de servicios de pago no se prevé ninguna otra indemnización, solo restituciones. Al transponerlo a nuestro ordenamiento jurídico, el legislador español, o hizo un intento de concretar, siquiera mínimamente, la generalidad de la norma europea, o mezcló preceptos que tenían objetivos y finalidades diferentes. El problema es que no está del todo claro a qué se refiere el art. 62 RDLSP.

Es evidente que la primera parte del art. 62 RDLSP tiene la misma finalidad que su homólogo europeo: aclarar que el sistema especial de responsabilidad no excluye la aplicación de las reglas generales de indemnización de daños y perjuicios en el seno del contrato. A

⁴⁷ «Artículo 62 [RDLSP]. Indemnización adicional.

Sin perjuicio de las indemnizaciones adicionales que pudieran determinarse de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el usuario y su proveedor, cada proveedor de servicios de pago será responsable frente a su respectivo usuario de todos los gastos que ocasionen y sean de su responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 y 61, así como de los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa o con retraso de operaciones de pago».

⁴⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 623.

⁴⁹ «Artículo 91. Indemnización económica adicional.

Podrán determinarse, de conformidad con la legislación aplicable al contrato celebrado entre el usuario de servicios de pago y el proveedor de servicios de pago, indemnizaciones económicas adicionales a lo contemplado en la presente sección».

continuación, establece que cada proveedor es responsable frente a su usuario «de todos los gastos que ocasionen y sean de su responsabilidad» de acuerdo con la distribución explicada *supra*, y de «los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa o con retraso de operaciones de pago». Parece que se refiere a los gastos de la operación fallida y de su devolución, así como a los intereses por descubierto que se hayan podido aplicar en la propia cuenta del usuario como consecuencia de la ausencia de fondos suficientes si, por ejemplo, se han cargado otros cobros. Apoya esta interpretación el hecho de que el art. 89.3 DSP2 tenga prácticamente el mismo tenor literal y, sin embargo, no haya sido expresamente incorporado en el art. 60 RDLSP⁵⁰. Pero efectivamente, de cubrir estos supuestos ya se encarga el art. 60.1 RDLSP, cuando obliga a reestablecer el saldo de la cuenta de pago «a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa»⁵¹ e impone expresamente la fijación de la fecha de valor de la devolución el mismo día que la del adeudo. Precisamente por eso extraña que este sea el significado del precepto. Además, la ubicación de esta regla, en el artículo titulado «indemnización adicional» invita a pensar que el legislador se está refiriendo a algo diferente, «adicional» a lo que ya ha tratado en artículos precedentes. Quizás cabría entonces otra interpretación: que este precepto se refiere a los gastos e intereses que se han exigido al usuario en la relación subyacente, en su caso, por la falta o el retraso en el pago. Un argumento adicional en favor de esta interpretación alternativa es que el art. 62 RDLSP es el único, junto al art. 35.2, que no constituye norma de ordenación de acuerdo con el art. 71.3.a) RDLSP. Aunque esta posibilidad no debería ser totalmente descartada, debe reconocerse que la identidad con el art. 89.3 DSP2 da que pensar, y que la terminología usada (intereses, gastos, «aplicados») parece referirse más bien a conceptos financieros.

Cuando haya un retraso en la ejecución imputable al proveedor del ordenante, el párrafo sexto del art. 60.1 RDLSP ordena al PSP del beneficiario, a petición del proveedor que actúe en nombre del ordenante, a asegurarse de que la fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario no sea posterior a la que se habría atribuido en caso de correcta ejecución. Esta obligación solo tiene sentido cuando sea responsable el PSP del ordenante porque lo mismo, salvo la necesidad de solicitud, se ha previsto expresamente para cuando lo sea el del beneficiario, como indicamos más adelante.

⁵⁰ Art. 89 DSP2: «3. Asimismo, los proveedores de servicios de pago responderán frente a sus respectivos usuarios de servicios de pago de todos los gastos que ocasionen, así como de los intereses aplicados al usuario de servicios de pago como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa o con retraso de la operación de pago».

⁵¹ Esta es la razón de que LÓPEZ JIMÉNEZ lo considere superfluo.

Por otra parte, el proveedor del beneficiario que asuma los eventuales gastos e intereses que se le cobren a su usuario por el retraso atribuible al proveedor del ordenante, gozará de derecho de repetición por esos importes contra la otra entidad (art. 61 RDLSP).

La última obligación que se establece para el proveedor del ordenante, bajo petición de su usuario y con independencia de quién sea responsable del defecto en la operación, es la de rastrear inmediatamente la operación de pago y notificar los resultados al ordenante.

El otro posible sujeto responsable por la no ejecución o por la ejecución defectuosa o con retraso de una orden de pago es el proveedor de servicios de pago del beneficiario (art. 60.1, párr. cuarto RDLSP). Recuérdesse que la obligación que incumbe al PSP del beneficiario en la ejecución de una orden de pago iniciada por el ordenante, es la de puesta a disposición de los fondos y correspondiente fijación de la fecha de valor en el plazo del art. 58.1 RDLSP (con carácter general, inmediatamente después de que el importe de la operación de pago haya sido abonado en la cuenta del proveedor del beneficiario).

Así, cuando sea responsable el proveedor del beneficiario, la obligación general e incontestable es, igualmente, poner a disposición del beneficiario los fondos de manera inmediata. A continuación, el párrafo cuarto añade un inciso final que podría inducir a confusión al decir que: «y, en su caso, abonará el importe correspondiente en la cuenta de pago del beneficiario», exigiendo que la fecha de valor del abono sea la que hubiera correspondido en caso de ejecución correcta.

Parece obvio que cuando el beneficiario tenga una cuenta de pago, para poner a su disposición los fondos han tenido que abonarse en dicha cuenta. El matiz, por tanto, se hace necesario si se considera la concurrencia de las siguientes circunstancias: en primer lugar, que el proveedor del beneficiario haya recibido los fondos y los tenga en su propia cuenta, en este caso, para cumplir con su obligación el primer paso es abonarlos en la cuenta de su cliente y, después —aunque suela suceder automáticamente— ponerlos a su disposición, es decir, en su caso, liberarlos para que el beneficiario pueda movilizarlos. Puede también suceder que el PSP del beneficiario no haya abonado la cantidad completa, sino solo una parte. O que el beneficiario no tenga una cuenta de pago (art. 56 RDLSP). Llama la atención que en este caso no se prevea un equivalente al restablecimiento de la cuenta de pago del ordenante, aunque, como se ha dicho, la regla de fijación de la fecha de valor debería ser suficiente para evitar el cobro de los eventuales intereses por descubierto y, en su caso, reembolsarlos. Igualmente, si se entiende que el art. 62 RDLSP se refiere a los gastos e intereses financieros, también éstos quedarían cubiertos. De hecho, parece precisamente este caso en el que el responsable es el proveedor del beneficiario, el que justifica en la Directiva la precisión del ap. 3 del

art. 89. De nuevo, aquí convendría fijar expresamente la obligación de abonar, además, un interés de demora al beneficiario.

Por otra parte, la dinámica de la distribución de responsabilidades, basada en el momento en el que los fondos pasan de la esfera de control del proveedor del ordenante a la del beneficiario, así como las consecuencias previstas tras la ejecución defectuosa, no parecen responder de forma consistente a los supuestos que dan origen a la responsabilidad.

Por un lado, están los supuestos de no ejecución. Pueden abarcar tanto el caso en el que el PSP haya cargado el importe de la operación en la cuenta del ordenante, pero luego no lo llegue a transmitir; como el caso en que ni siquiera llegue a adeudar la cantidad ordenada. La norma no especifica que la segunda posibilidad deba tener ninguna consecuencia distinta a la primera⁵², de modo que el proveedor deberá «devolver» una cantidad que nunca llegó a adeudar. Se podría interpretar como una suerte de indemnización por daños y perjuicios cuyo importe se fija de forma objetiva, de cuantía igual al importe de la operación. Lo que no debería aplicarse entonces es la regla sobre el restablecimiento del saldo en la cuenta, porque no procede —no se «restablece» nada— ni tampoco la fijación de la fecha de valor del abono en la misma fecha en la que se haya efectuado el adeudo, porque no se ha producido ningún adeudo.

Lo mismo sucede con las operaciones que se ejecutan con retraso. La «correcta ejecución» de la que responden los proveedores de acuerdo con el primer párrafo del art. 60.1 RDLSP incluye necesariamente la ejecución en plazo. Pero si, aunque tarde, se ha ejecutado, tampoco hay nada que devolver, salvo que, como se ha dicho, se considere una especie de indemnización de daños y perjuicios tasada.

De lo contrario, el ámbito de aplicación del art. 60.1 quedaría cercenado. Las operaciones ejecutadas con retraso, en realidad, tan solo tienen como consecuencia que el PSP del ordenante deberá pedir al proveedor del beneficiario que fije la fecha de valor como si se hubieran ejecutado sin retraso. El resto de lo previsto en la norma solo podrá aplicarse a las operaciones en que, advertido el retraso en medio de la ejecución, nunca llegan a completarse. Pero entonces estamos ante una operación no ejecutada, no una operación ejecutada con retraso. En relación a las primeras, una de las preguntas formuladas a la Comisión bajo el régimen de la Primera Directiva de servicios de pago versaba sobre la necesidad de la devolución cuando la ejecución se produjese fuera de plazo. La

⁵² Art. 60.1. II «Cuando sea responsable el proveedor de servicios de pago del ordenante con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la *operación de pago no ejecutada* o ejecutada de forma defectuosa y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la *operación de pago defectuosa*» (cursiva añadida).

respuesta, lejos de aclarar en nuestra opinión, introduce otro elemento que complica la interpretación del precepto⁵³. Al parecer, el art. 75 debía leerse en relación al art. 58 DSP1 (actuales 89 y 71 DSP2), esto es, en relación con la obligación de notificación y rectificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente (art. 43 RDLSP). Nótese, no obstante, que esta respuesta es una interpretación de la Comisión Europea, que carece de valor jurídico más allá del meramente orientativo. Solo demuestra que el art. 43 de la norma española no debería aludir a operaciones incorrectas y, que, si lo hace, las «incorrecciones» deberían entenderse referidas únicamente a las obligaciones impuestas en el capítulo correspondiente a la autorización. Igual que estas reglas especiales de responsabilidad, al hablar de operaciones defectuosas, deberían referirse solo a las que supongan la contravención de las obligaciones impuestas en el capítulo dedicado a la ejecución. Creemos que esta es interpretación más correcta a la hora de dar sentido a este confuso y deficitario sistema de responsabilidad. Y si lo que pretende el legislador es establecer reglas generales, aplicables a todos los supuestos, lo primero es delimitarlos adecuadamente y, después, prever un capítulo o, mejor aún, un título dedicado exclusivamente al sistema de responsabilidad en materia de servicios de pago.

Quizás así se evitarían los problemas que se plantean cuando la norma dice que se aplica a bastantes supuestos a los que luego realmente no parece ser aplicable y, además, deja fuera a otros que carecen de regla especial alguna.

Porque, lamentablemente, no puede concluirse que sea una decisión derivada de la voluntad de los legisladores europeo y nacional el hecho de que el régimen especial no parezca abarcar supuestos relacionados con el envío de dinero o con los pagos con tarjeta en los que, desde la perspectiva del ordenante, no haya asociada ninguna cuenta de pago. Más bien parece fruto de una defectuosa redacción de la norma que no recoge supuestos que habrían debido ser contemplados.

Téngase en cuenta, además, que prácticamente ningún incumplimiento del resto de obligaciones de los proveedores recogidas en otros capítulos del RDLSP tiene una consecuencia determinada legalmente. Se piensa, por ejemplo, en la negativa injustificada de acceso a un proveedor de servicios tercero, la falta de confirmación de la disponibilidad de los fondos, la falta de devolución, el envío ilegítimo de

⁵³ «La ejecución incorrecta abarca, entre otras cosas, la ejecución tardía de las operaciones de pago (fuera del plazo máximo de ejecución). En caso de que el pago no se ejecute dentro del plazo máximo de ejecución, el artículo 75 debe leerse conjuntamente con el artículo 58, que permite la rectificación de tales operaciones. Además, el proveedor de servicios de pago tendría que compensar al usuario de servicios de pago por cualquier gasto o intereses que se hubieran producido a causa de ese retraso» (traducción propia) (COMISIÓN EUROPEA, *Your questions on PSD...*, *op. cit.*, p. 76).

instrumentos de pago, el bloqueo injustificado o el no desbloqueo del instrumento cuando sea procedente. No parece que ello sea una decisión consciente del legislador.

Posiblemente, la pretensión de la Segunda Directiva de servicios de pago nunca fue prever especialidades para todas las contravenciones que afectasen a la ejecución y prestación de servicios de pago. Puede discutirse la idoneidad de establecer un régimen de responsabilidad parcial, incompleto pero, desde luego, a falta de homogeneización completa por parte del legislador europeo, el español podía haber abordado este régimen, y no lo hizo. Ello, en nuestra opinión, es criticable.

4. Operaciones iniciadas por el beneficiario o a través del mismo

Cuando la operación que devenga defectuosa —en sentido amplio— se inicie por el beneficiario o a través de él, la regla sigue vigente: cada proveedor responderá frente a su cliente. En el art. 60.2 RDLSP se distinguen dos supuestos: la existencia de defecto en la transmisión de la orden, y el defecto en la tramitación de la operación.

En el primero, el criterio del ámbito de control tiene que ver, lógicamente, con la orden de pago. Cuando la orden de pago sea transmitida al proveedor del ordenante en el momento convenido con el beneficiario, cesa la posible responsabilidad del PSP del beneficiario. La consecuencia aparejada a este supuesto consistirá en la devolución inmediata del importe de la orden de pago al proveedor del ordenante (primer párrafo), lo cual no parece que tenga mucho sentido, salvo que solo sea aplicable cuando la orden se transmita antes de tiempo. Si se transmite después, no se alcanza a comprender la razón por la que haya de devolverse el importe de la operación. Además, la norma se limita a exigir que la devolución se produzca al proveedor del ordenante, cuando, necesariamente este ha de abonársela a su propio cliente, que es el perjudicado. Hemos de acudir al art. 89.2 I *in fine* de la DSP2. Pero entonces la situación es de perplejidad: la Segunda Directiva de servicios de pago no dice que deba devolverse el importe de la orden de pago, como tampoco lo decía la Primera Directiva de servicios de pago, ni la LSP. Lo que debe devolverse al proveedor del ordenante es la *orden* de pago. Es decir, ello debe entenderse como el deber de reiterar la orden de pago. Ciertamente, esta interpretación correctora no mejora especialmente el contenido del precepto, pero al menos permite avanzar ante una muy defectuosa transposición de la norma europea.

El art. 60.2 RDLSP continúa con un segundo párrafo, aparentemente limitado a los supuestos de retraso, en los que la fecha valor del abono al beneficiario no podrá ser posterior a la que hubiera correspondido en caso de ejecución de la operación en plazo. Cabe preguntarse

entonces si el hecho de que la cuenta del beneficiario no haya de restituirse tras una ejecución antes de tiempo se prevé como una suerte de compensación. Porque puede entenderse que el abono temprano de la operación defectuosa haya permitido el pago de otras operaciones —en las que el beneficiario de la orden defectuosa actúa como ordenante— o de los intereses para los que, con anterioridad, no había fondos suficientes. Parece que esto no es un efecto voluntariamente querido por el legislador, pero creemos apropiado considerar que, si su proveedor es negligente, aunque no se le cause un daño económico —más bien lo contrario—, el beneficiario pueda aprovechar ese crédito momentáneo que, a fin de cuentas, será compensado cuando la operación en cuestión sea finalmente ejecutada de forma correcta.

El segundo caso, aquel en el que defecto en la tramitación de la operación sea responsabilidad del proveedor del beneficiario, se refiere a la falta de puesta a disposición de los fondos o de la correcta fijación de la fecha de valor *ex art.* 58 RDLSP. La consecuencia obvia es el cumplimiento de dichas obligaciones por el proveedor. A lo que deberá añadirse, como en todos los casos análogos, independientemente de quién inicie la operación, la indemnización a través de la percepción del interés de demora correspondiente.

Por supuesto, si de todo lo anterior resultare que el proveedor del beneficiario no es responsable, lo será el del ordenante, que tendrá devolver al ordenante «según proceda y sin demora injustificada» el importe de la operación, restituir la cuenta de pago y fijar la fecha de valor del abono no más tarde que la del adeudo (párrafo cuarto del art. 60.2 RDLSP)⁵⁴. Llama la atención ese matiz (que no se incluye en el art. 60.1), de que la devolución deba hacerse «según proceda», lo que podría llevar a la conclusión de que aquí el legislador sí previó, al menos, que en los casos de no ejecución porque el proveedor del ordenante no ha dado cumplimiento a la orden transmitida por el PSP del beneficiario, no hay nada que devolver. O, incluso, que tampoco procede la devolución cuando la operación se ha completado con retraso.

Lo anterior solo se exceptúa cuando el proveedor del ordenante pueda demostrar que el del beneficiario ha recibido el importe de la operación de pago, incluso si el pago simplemente se ha ejecutado con retraso, en cuyo caso el proveedor del beneficiario atribuirá una fecha de valor al abono que no será posterior a la que habría tenido en caso de ejecución correcta de la operación. Pero el quinto párrafo del art. 60.2 plantea numerosas cuestiones: para empezar, impone la carga de la prueba sobre el proveedor del ordenante, lo que es aceptable cuando se trate de acreditar que él recibió la orden de pago y le dio cumplimiento, de modo que si los importes se han *atascado* o perdido

⁵⁴ Sobre la demora injustificada, *vid.* interpretación expuesta *supra*.

en algún momento, los fondos ya habían salido de su esfera de control. Pero ¿qué sucede cuando alegue que no ha recibido la orden de pago del proveedor del beneficiario? Porque en este caso sería concebible pensar que no va a poder acreditar que ha transmitido los fondos si ni siquiera sabía que los tenía que remitir. Debe entenderse que, con carácter previo a que el proveedor del ordenante deba demostrar que, dentro de su competencia, ejecutó correctamente la orden de pago, el proveedor del beneficiario ha debido acreditar que transmitió la orden correctamente; es decir, que dentro de su esfera de control, la instrucción fue procesada sin fallos.

Un segundo problema interpretativo respecto al párrafo quinto del art. 60.2 RDLSP es el del significado de la expresión «incluso si el pago *simplemente* se ha ejecutado con retraso»⁵⁵. Hasta donde se lee en la norma, el retraso es un supuesto que origina responsabilidad. No se comprende por qué debe soportar el proveedor del beneficiario las consecuencias del incumplimiento del proveedor del ordenante. Quizá la respuesta sea que cada uno es responsable frente a su cliente, en cuyo caso, desde luego, el proveedor del beneficiario repetirá contra el del ordenante *ex art.* 63 RDLSP. Ahora bien, en un caso de retraso imputable al proveedor del ordenante, se les causan daños a ambos usuarios. Aunque el precepto no lo diga expresamente, es claro que el proveedor del ordenante deberá responder frente a su usuario por los daños y perjuicios causados, independientemente de que estos se produzcan en el ámbito del contrato de servicios de pago o en la relación subyacente, en su caso, conforme a las normas generales del derecho contractual.

En cualquier caso, en relación a este supuesto, nuevamente, el RDLSP no ha respetado el principio de armonización plena. El art. 89.2 IV DSP2 no habla «*simplemente*» de un retraso, sino de un «pequeño retraso» lo que, a pesar de la falta de concreción, evidencia que la regla dispuesta no tiene vocación de ser aplicada ante cualquier tipo de retraso. Lo cual parece lógico, porque no es lo mismo, ni tiene las mismas consecuencias, un retraso de uno o dos días, que de un mes. Lo cierto es que, de por sí, la introducción de un nuevo supuesto —el «pequeño retraso» o el «simple retraso»—, sin ninguna concreción, y al que no se alude en ningún otro precepto de las normas, es cuestionable. Desconcierta esta imprecisión, tanto del legislador europeo por conducir a una inevitable fragmentación del mercado, como del español, que lejos de aportar seguridad jurídica ante una laguna evidente, tergiversa el sentido de la norma.

Finalmente, se impone al proveedor del beneficiario la misma obligación de *rastreo* de las operaciones de forma gratuita que en el

⁵⁵ Mayor perplejidad aún causa el art. 89.2 IV DSP2 (origen de este párr. quinto del art. 60.2 RDLSP) que se refiere a «un pequeño retraso».

apartado anterior se establecía para el proveedor del ordenante cuando la operación fuese iniciada por este (art. 60.2, párr. sexto RDLSP).

5. Operaciones iniciadas por un proveedor de servicios de iniciación de pagos

La última previsión en relación a la responsabilidad por no ejecución o ejecución defectuosa de operaciones de pago tiene que ver con la novedad de la introducción de los proveedores de servicios de pago terceros dentro del ámbito de aplicación del RDLSP. Únicamente se aborda en este epígrafe, igual que en la norma, la no ejecución o la ejecución defectuosa imputable a los proveedores de servicios de iniciación de pagos, dado que el servicio de información sobre cuentas se presta al margen de la ejecución de operaciones de pago.

Antes de la modificación de la Segunda Directiva de servicios de pago, aparte de los problemas de seguridad digital, la intervención de un proveedor de servicios de iniciación en la ejecución generaba también inseguridad jurídica en relación al reparto de responsabilidades en la cadena de pago. Tras la actualización europea y su transposición en el art. 61 RDLSP, la nueva regla especial pretende garantizar la protección del usuario, especialmente del consumidor, sin perjuicio de la asignación de responsabilidad entre los distintos proveedores. Asignación que se ha pretendido equilibrar entre el proveedor gestor de cuenta y el de iniciación de pagos, de modo que cada uno de ellos se responsabilice por la parte de la operación que esté bajo su control⁵⁶.

Lo primero que debe tenerse en cuenta al respecto es que también en el caso de la intervención de un proveedor de servicios de iniciación de pagos se mantienen las dos reglas que vertebran la distribución de responsabilidad en el sistema especial para la no ejecución o ejecución defectuosa. Por un lado, el control es elemento nuclear a la hora de atribuir responsabilidad. Obviamente, en el caso de los iniciadores de servicios de pago, dicho control no se despliega sobre los fondos, que nunca llegan a poseer, sino sobre la orden de pago. Pero, por otro lado, se mantiene también la regla fundamental de tutela del usuario, según la cual cada proveedor es responsable frente a su cliente. Y aquí ya puede introducirse el matiz definitivo: cada proveedor *gestor de cuenta*, es responsable frente a su cliente.

Así, la primera pauta impuesta por la ley antes de distribuir responsabilidades, es que el gestor de cuenta del ordenante deberá devolverle a este el importe de la operación y restituir la cuenta de pago, también cuando la operación no ejecutada o ejecutada incorrectamente se haya

⁵⁶ Considerandos 73 y 74 DSP2.

iniciado por el ordenante a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos (art. 61.1 RDLSP).

Este régimen es coherente por dos razones. La primera, porque lo habitual —y, por tanto, el modelo que toma como referencia el legislador europeo— es que entre el ordenante y el proveedor de servicios de iniciación de pagos no medie una relación contractual duradera sino puntual, asimilada en su caso al contrato de operación de pago singular, y de carácter aislado. Porque en el modelo de negocio típico de los proveedores de servicios de iniciación de pagos a quien se le presta un servicio de carácter duradero o, al menos, con una vinculación «fija discontinua» es al comerciante-beneficiario. Razón por la cual, a mi juicio, debería revisarse si este tipo de operaciones no deberían calificarse como operaciones iniciadas a través del beneficiario. Al fin y al cabo, el servicio de iniciación no deja de ser una suerte de *alter ego* del pago a través de tarjeta. Si bien es cierto que en algunos puntos de la ley especial parecen tratarse como una categoría individual (*vid.* por ejemplo, art. 36 RDLSP), en otros, como en sede de responsabilidad, se hace referencia a la iniciación por el ordenante, aunque a través del proveedor de servicios de iniciación de pagos. Quizás sí sea conveniente tratarlos de forma diferenciada a los efectos de dar cabida a nuevos modelos de negocio en torno a este servicio de iniciación que puedan surgir con el desarrollo del mercado⁵⁷, pero con un régimen más detallado.

La segunda razón que justifica la obligación del gestor de cuenta de responder frente al ordenante tiene que ver con la propia naturaleza del servicio de iniciación. Si el proveedor de servicios de iniciación de pagos nunca entra en posesión de los fondos del usuario, sería desproporcionado exigirle que efectuase una devolución de unos importes que nunca han estado bajo su control. Máxime teniendo en cuenta que, al menos por ahora, los gestores de cuenta tienen, con carácter general, mayor tamaño y recursos para poder reclamar frente a terceros proveedores en caso de que la responsabilidad sea suya. Esta posibilidad de resarcimiento, además de contemplada con carácter general en el art. 63 RDLSP, se prevé también —y en nuestra opinión de forma innecesaria— en el art. 61.2 RDLSP. El único sentido que cabe atribuirle a repetir la regla general en este precepto sería, si acaso, incitar el cumplimiento *motu proprio* del proveedor de servicios de iniciación de pagos, aunque el hecho de que el artículo supedita el resarcimiento a la petición del gestor de cuenta carece de sentido, salvo que se entienda que, implícitamente, se le concede a este el deber de evaluar quién ha originado el defecto en la operación. Ello concordaría con la imposición sobre el proveedor de servicios de iniciación de pagos de la carga de la prueba de la circunstancia de que el gestor recibió la orden de pago en el momento preceptivo o convenido, «y que, dentro de su

⁵⁷ Subyace aquí esa idea de *future-proof legal framework*, para la que el castellano no tiene un término tan redondo pero que no deja de consistir en el diseño de un marco jurídico perenne.

ámbito de competencia, la operación de pago fue autenticada y registrada con exactitud y no se vio afectada por un fallo técnico u otras deficiencias vinculadas a la no ejecución, la ejecución defectuosa o la ejecución con retraso de la operación» (art. 61.1, párr. segundo RDLSP).

Nótese que las incongruencias respecto a la obligación de devolución cuando la operación no se haya ejecutado o cuando, aunque con retraso, se haya completado persisten cuando intermedia un proveedor de servicios de iniciación de pagos. Por otro lado, sin más especialidades que las antedichas, las reglas generales sobre indemnización económica «adicional» al derecho de resarcimiento ya comentado y la excepción en los casos de fuerza mayor, serán también aplicables a los proveedores de servicios de iniciación de pagos.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESPECIAL DEL RDLSP

La idea de prever un régimen especial de responsabilidad, incluso aunque no de cobertura a todos los supuestos que pueden generarla o no contemple todos los efectos jurídico-privados derivados del incumplimiento de las obligaciones de las partes, es muy conveniente. Por un parte, por la especificidad de la contratación de servicios de pago y del régimen legalmente previsto para la prestación de estos servicios. Por otra, consecuencia de la anterior, porque las normas generales del derecho contractual privado no siempre dan una respuesta satisfactoria a la multitud de problemas que pueden surgir en la ejecución de estos contratos.

Ahora bien, el régimen previsto adolece de numerosas deficiencias. Por eso, la revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago es el momento oportuno para abordar estas cuestiones y, si no lo hace el legislador europeo, al menos el legislador español debería tomar la iniciativa en esta labor de actualización a nivel nacional. Sería el momento de aprovechar la oportunidad perdida en las dos transposiciones anteriores.

Una de las cuestiones fundamentales es si el régimen establecido por la Segunda Directiva de servicios de pago y, por extensión, por nuestra ley nacional, constituye un verdadero sistema de responsabilidad o, más bien, estamos ante una enumeración de obligaciones del proveedor de servicios de pago en circunstancias concretas cuya finalidad es la rectificación de errores. Este interrogante se basa en la observación de que parece más bien que estamos ante un sistema dirigido a restaurar la situación financiera previa al error, en vez de dirigirse a indemnizar al usuario por dicho error. En mi opinión, debería configurarse un sistema de responsabilidad tasada, especialmente en el caso de operaciones defectuosas (incluidas las que se ejecutan en sentido distinto al de la orden del usuario), como hizo en su día la Directiva de

transferencias transfronterizas, que permitiese compensar al usuario por los daños causados. Y ello teniendo en cuenta, además de los posibles daños financieros en el seno de la relación contractual de servicios de pago (comisiones por la ejecución de la operación defectuosa, posibles intereses por descubierto, etc.), también los que se hayan podido causar en el marco de la relación subyacente.

En el régimen vigente, tras una operación no autorizada o una ejecutada con algún defecto, la consecuencia es siempre devolver al usuario el importe de la operación y, si se le han cobrado intereses o se le ha repercutido gastos como consecuencia de esa incorrección, abonárselos. Pero, ¿en qué se concreta la responsabilidad del PSP? Corregir un error que objetivamente no ha sido causado por el usuario parece más bien una cuestión de sentido común y de exigencia del cumplimiento de los contratos, que un efecto particular impuesto por la ley especial.

Además, una interpretación estricta y literal del régimen de responsabilidad excluye su aplicación no solo en supuestos que parecen haber quedado fuera por voluntad del legislador, como la falta de confirmación de la disponibilidad de los fondos o la negativa de acceso a proveedores de servicios de pago terceros —lo cual, dicho sea de paso, nos parece cuestionable—, sino también en otros que, *a priori*, sí han sido contemplados en la norma. Por ejemplo, las operaciones ejecutadas completamente pero en las que se ha producido un retraso, o aquellas no ejecutadas en las que el proveedor del ordenante ni siquiera llegó a adeudar el importe en la cuenta del usuario, u operaciones en las que no hay una cuenta en la que poder hacer efectivas las obligaciones impuestas por los arts. 45 ó 60 RDLSP. Si alguna modificación es, creemos, inaplazable en este proceso de revisión legislativa es la de la delimitación de los supuestos de hecho a los que deben aplicarse estas reglas especiales.

Sobre el error en la transposición de la consecuencia aparejada al defecto en la operación iniciada por el beneficiario o a través de él, ha de partirse de la base de que ni siquiera el régimen previsto en la Segunda Directiva de servicios de pago —idéntico al anterior— resulta satisfactorio. En caso de que la operación no se ejecute o se ejecute incorrectamente, el proveedor deberá reiterarla; pero, si aun así no la transmite al PSP del ordenante o lo hace incorrectamente, la norma no es clara al respecto: no se indica que deba pagar el proveedor del beneficiario el importe correspondiente a su usuario. Evidentemente, la solución más plausible en estas circunstancias sería que el proveedor responsable abonase a su usuario una indemnización de daños y perjuicios por cumplimiento defectuoso del contrato. Pero no se prevé así, al menos no de forma expresa. El art. 62 RDLSP se limita a establecer que cada proveedor en cuestión responderá frente a su usuario de los gastos que se le ocasionen y de los intereses que se le hayan aplicado como consecuencia del error, sin especificar si se refiere solo a los gastos e intereses

financieros o también a los derivados de la relación subyacente. Duda que surge, principalmente, por la cuestionable decisión de mezclar en ese artículo supuestos diferentes.

Esa obligación tiene como origen el art. 89.3 DSP2, como cláusula de cierre a las consecuencias previstas en caso de no ejecución o ejecución defectuosa —en sentido amplio— de las operaciones de pago. En la transposición, se mezcla esta cuestión con lo previsto en el art. 91 DSP2, que en nuestra opinión no tiene nada que ver. Es evidente que transposición de la Directiva al Derecho español es altamente cuestionable.

A todo lo anterior se suma una multitud de conceptos jurídicos indeterminados que el legislador nacional no ha precisado. Fuente siempre de inseguridad jurídica, en algunas ocasiones roza la indefinición más absoluta. Por poner algunos ejemplos, no se detalla el contenido del derecho de rectificación previsto en el art. 43 RDLSP ni se aclara cómo ha de interpretarse en relación con los arts. 45, 60 y 61 RDLSP dedicados a las operaciones no autorizadas y a las operaciones ejecutadas defectuosamente.

La respuesta a estas cuestiones es determinante de que lo allí previsto sea un derecho del usuario, o del proveedor. El régimen de responsabilidad, si es que podemos llamarlo así, está plagado de ambigüedades y conceptos jurídicos indeterminados: «sin demora injustificada», «sin dilación indebida», «comisiones o gastos», «intereses aplicados al usuario», «indemnización económica adicional», «simplemente con retraso», «pequeño retraso», por citar los más destacados.

Parece que los legisladores no tienen presente en todo caso que la contratación de servicios de pago se produce, casi siempre, a través de contratos de adhesión. Supuestamente, este debería ser un régimen tuitivo, porque se aplica de forma imperativa solo cuando el usuario es consumidor o microempresa, usuarios que contratan con entidades financieras desde una posición de desequilibrio contractual y en un mercado que naturalmente tiende a inclinar la balanza del lado del proveedor. Es claro que este régimen lleno de incoherencias no tutela de manera efectiva los intereses económicos de los usuarios.

Ello no supondría tanto problema, si las reglas generales (arts. 1101, 1124, 1258 CC, etc.) fueran eficaces en todos estos casos. Por supuesto, estos artículos pueden amparar numerosos incumplimientos. También, cuando proceda, el TRLGDCU. Pero sucede que en muchos casos no son suficientes. Independientemente de que la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones recaiga prácticamente en todos los casos en el proveedor, incluso cuando quede acreditado un incumplimiento, corresponderá al usuario probar que ha sufrido un daño, cuantificarlo y demostrar que hay una relación de causalidad directa

entre ambos elementos. Pero en ocasiones, el daño no es cuantificable. Y, aunque lo sea, a nivel de consumidores y, aunque menos, también de las microempresas, es probable que ni siquiera sea rentable iniciar una reclamación judicial o arbitral porque la cuantía de la posible indemnización no compense el tiempo que el usuario ha de invertir en el proceso y los honorarios que deba adelantar a los profesionales que le asistan en el proceso judicial, sin perjuicio de la eventual imposición de costas al proveedor.

Debe tenerse en cuenta además que, más allá de la posible reclamación ante la propia entidad de servicios de pago *ex art.* 69 RDLSP, cuya resolución favorable dependerá de la buena voluntad del proveedor, no contamos con un sistema alternativo de resolución de conflictos que de la adecuada tutela a los intereses económicos de la parte débil de la relación⁵⁸. La resolución del conflicto no puede realizarla el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España ya que carece de competencia en el plano jurídico-privado y en su configuración actual, no podría desempeñarla de acuerdo con el criterio del TJUE⁵⁹. Todo ello más de ocho años después de la aprobación de la Segunda Directiva de servicios de pago y quince desde que su antecesora ordenase a los Estados miembros que velasen por el establecimiento de «procedimientos adecuados y eficaces de reclamación y recurso extrajudiciales con vistas a la resolución extrajudicial de litigios que atañan a los derechos y obligaciones» derivados de la norma europea de servicios de pago (art. 83 DSP1 y más detallado ahora en el art. 101 DSP1). La creación de la Autoridad de defensa del cliente financiero llega tarde y sigue siendo —cada vez más— urgente.

⁵⁸ En Italia, por ejemplo, las entidades están obligatoriamente sometidas al *Arbitro Bancario Finanziario*, que aunque no emite resoluciones vinculantes tiene competencia para conocer de las reclamaciones de consumidores contra PSPs establecidos en toda la UE. En Malta, el competente es el *Arbiter for Financial Services*, al que las partes están obligatoriamente sometidas y cuyas resoluciones sí son vinculantes. También vinculan las del *Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank* alemán, previo acuerdo de las partes, o las del *Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening* (Kifid) en Países Bajos, en todo caso. Por el contrario, no lo son las del *Médiateur de l'autorité des marchés financiers* francés.

⁵⁹ En relación a la Primera Directiva de servicios de pago el TJUE dejó claro que incluso si el legislador nacional decide concentrar en el mismo órgano la supervisión para la imposición de sanciones y la resolución de reclamaciones de los usuarios, estas funciones deben ejercerse de manera autónoma, en el marco de procedimientos diferenciados (Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *PrivatBank*, C-480/18, ECLI:EU:C:2020:274, párrafo 69, y declaración 3.^a del fallo).

