

LA TUTELA DEL CLIENTE DE LOS SERVICIOS DE PAGO EN
EL CONTEXTO DE LA PS2D

*CUSTOMER PROTECTION OF PAYMENT SERVICES IN THE
CONTEXT OF PS2D*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1618-1641

Francisco
PÉREZ DEL
AMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La creación de un mercado de servicios de pago eficiente ha sido considerado un requisito fundamental en la construcción del mercado único de la Unión Europea. El legislador europeo consciente de su importancia puso las primeras bases con la aprobación la Primera Directiva de Servicios de Pago. No obstante, el acelerado dinamismo tecnológico del sector unido a la necesidad de proporcionar un entorno más fiable han puesto de manifiesto los riesgos de obsolescencia normativa. En este contexto, los objetivos de la PS2D buscan proporcionar una respuesta más eficiente y segura a los retos que presenta el actual desarrollo del mercado de servicios de pago. A lo largo de este trabajo se examinará esa evolución institucional, a partir de la cual se analizarán las recientes resoluciones jurisprudenciales con respecto a la tutela del cliente.

PALABRAS CLAVE: Tutela del cliente; consumidores; usuarios; servicios de pago; TPP; PIS; AISP; tarjetas de crédito; contactless; NFC; SCA; API.

ABSTRACT: *The creation of an efficient payment services market has been considered a fundamental requirement in the construction of the European Union's single market. The European legislator, aware of its importance, set the first steps in this direction with the adoption of the First Payment Services Directive. However, the accelerating technological dynamism of the sector coupled with the need to provide a more reliable environment have highlighted the risks of regulatory obsolescence. In this context, the objectives of the PS2D seek to provide a more efficient and safer response to the challenges posed by the current development of the payment services market. This paper will examine these institutional developments, on the basis of which recent case law rulings on customer protection will be analysed.*

KEY WORDS: *Customer protection; consumers; users; payment services; TPP; PIS; AISP; credit cards; contactless; NFC; SCA; API.*

SUMARIO.- I. CONTEXTO Y RETOS DE LA DIRECTIVA PS2D. - II. LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CLIENTE DE SERVICIOS DE PAGO. - 1. La STJUE 11 noviembre 2020. - A) *La modificación de las condiciones generales de contratación.* - B) *La tecnología NFC como instrumento de pago.* - C) *Responsabilidad del proveedor en operaciones de pago de escasa cuantía a través de la tecnología NFC.* - D) *Incapacidad técnica de autenticación y responsabilidad del proveedor.* - 2. La STJUE 2 septiembre 2021. - A) *Negativa a un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor.* - B) *Exclusión del contrato de fianza del régimen de responsabilidad de las Directivas PSD y PS2D.* - 3. La STJUE 15 octubre de 2020.

I. CONTEXTO Y RETOS DE LA DIRECTIVA PS2D.

El legislador europeo, consciente de que la existencia de un mercado de servicios de pago adecuado constituye un requisito básico para la construcción de un mercado único eficiente en la Unión Europea, puso sus primeros cimientos para asentar las bases comunes para la prestación de estos servicios a través de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007(Directiva PSD)¹. Esta directiva, además de establecer un marco de protección homogéneo para los usuarios de servicios de pago, facilitó notablemente la aplicación operativa de los instrumentos de pago en euros dentro de la zona única de pagos, la Single Euro Payments Area (SEPA).

Sin embargo, las vertiginosas innovaciones tecnológicas y la necesidad de propiciar un entorno más fiable y seguro para su desarrollo evidenciaron muy pronto la obsolescencia de esta normativa. Estas fueron, pues, las bases para la aprobación de la nueva Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 (Directiva PS2D)².

No cabe duda de que en los últimos años la digitalización de los intercambios en el mercado ha revelado su enorme potencial para incrementar los niveles de eficiencia económica como consecuencia de sus propios efectos procompetitivos, del aumento de la diferenciación de los productos y de un mejor aprovechamiento de las economías de escala.

Concretamente, las innovaciones en los métodos de pago podrían haber generado un ahorro de 98.000 millones de euros en los hogares y empresas de

1 Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

2 Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

• Francisco Pérez del Amo

Doctorando, Alma Mater Studiorum Università di Bologna/Universidad de León
francisco.perez6@unibo.it

Estados Unidos³. En Europa se estima que los costes globales de ofrecer pagos minoristas suponen casi un 1 % del PIB⁴. De acuerdo con el dato anterior, se observa una tendencia a la reducción de los costes de transacción a medida que se avanza en el proceso de digitalización, de modo que la generalización de tarjetas de crédito, tarjetas contactless y pagos a través de dispositivos móviles ha propiciado una distribución de los costes fijos a medida que se ha aumentado el volumen de operaciones⁵.

De ahí que no deba extrañar que el legislador europeo aspirara con la Directiva PS2D a fomentar esa innovación en los servicios de pago a través del móvil y de Internet y a reforzar y mejorar la tutela de los usuarios de estos servicios.

La regulación de los servicios de pago ha de promover, en particular, un entorno que propicie el desarrollo ágil de las transacciones de pago, unas reglas comunes respecto a su operatividad, un abanico suficientemente amplio de opciones de pago y unas normas de protección efectiva para los usuarios de servicios de pago⁶. La seguridad y la homogeneidad en los procesos de pago son piezas clave en la mejora de la eficiencia y en la reducción de los costes de dichos procesos, tanto a nivel nacional, como en aquellos pagos realizados entre Estados miembros.

Tal y como se ha apuntado, la Directiva PS2D aspira a una armonización plena (art. 107), pero no excluye que en algunos puntos de su regulación los legisladores nacionales puedan hacer uso de su autonomía legislativa. Por este motivo, resulta de interés estudiar la implementación de este instrumento jurídico comunitario en la Unión Europea y, ya más en particular, analizar comparativamente el contenido de las normas de transposición de España (Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera).

Concretamente, en el caso español se ha apreciado una transposición en la práctica literalidad de la Directiva PS2D, sin una adaptación previa al ordenamiento interno. Lo que podría sugerir ex ante una idea de plena armonización, que, sin embargo, podría ser generadora de futuros conflictos interpretativos sobre la normativa en cuestión. El Banco de España es la principal entidad que está resolviendo esta clase de conflictos, puesto que, a través de sus publicaciones, está ofreciendo orientaciones sobre la aplicación y alcance de la Directiva, con

-
- 3 CHAKRAVORTI, B.; MAZZOTTA, B. D.: *The cost of cash in the United States*, Institute for Business in the Global Context, The Fletcher School, Tufts University, 2013, p. 7.
 - 4 SCHMIEDEL, H.; KOSTOVA, G.L; RUTTENBERG, W.: "The social and private costs of retail payment instruments: a European perspective", *ECB Occasional paper*, 2012, núm. 137^o, p. 4.
 - 5 JUNIUS, K.; et al.: "Costs of retail payments—an overview of recent national studies in Europe", *ECB Occasional Paper*, 2022, núm. 294, p 30.
 - 6 ZUNZUNEGUI, F.: "La digitalización de los servicios de pago (Open Banking)", *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper*, núm. 1, 2018, pp. 23-24.

los consiguientes problemas de legitimidad, por cuanto que sus criterios no son fuente del Derecho⁷.

Por otra parte, resulta de gran utilidad evaluar cuáles son los estándares de conducta exigidos a los prestadores de servicios por estos supervisores nacionales -más allá de los que pueda diseñar la Autoridad Bancaria Europea- o estudiar las eventuales diferencias entre los sistemas arbitrados por los legisladores nacionales en orden a la tutela del cliente, sea este un consumidor o no; condición de consumidor que puede añadir un plus de protección al usuario de estos servicios en algunos ámbitos (v.gr. frente a posibles cláusulas abusivas de los contratos de estos servicios o en relación con la concesión de crédito que estos proveedores pudieran conferirles), como hasta cierto punto ha evidenciado la STJUE 11 noviembre 2020 -caso DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation-⁸.

Pero, sin duda, la principal novedad de la Directiva PSD2 ha sido la introducción de nuevos agentes en el mercado de los servicios de pago: los denominados TPPs (Third Party Payment Service Providers)⁹.

Aunque la aparición de estos nuevos proveedores puede favorecer la competencia, también puede crear distorsiones si no se adoptan las cautelas jurídicas adecuadas.

Las empresas emergentes podrían encontrarse con un segmento de mercado particular con una ventaja competitiva respecto a la banca tradicional. Plantea KAHN¹⁰ que las entidades bancarias soportarían una mayor carga regulatoria, la pérdida de un efecto red como ventaja competitiva, un desmantelamiento del proceso de subvenciones cruzadas dentro del negocio tradicional y, en última instancia, un encarecimiento relativo del coste de financiación del sector, al reducirse una fuente de financiación barata y estable como es la que suministra la gestión de los medios de pago.

Además, la entrada de las denominadas Big Tech, que presentan en buena medida características de monopolio natural, gracias al aprovechamiento de economías de escala, podría suponer otra importante disrupción para el sector de medios de pago¹¹. Ejemplos como el caso Amazon, con una estrategia de

7 ZUNZUNEGUI, F.: "Luces y Sombras de la transposición de la Directiva de Servicios De Pagos (PSD2)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2020, núm. 159, p. 94.

8 STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

9 CONESA LAREO, C.; GORJÓN RIVAS, S.; RUBIO ORTEGA, G.: "Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2", *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 87-90.

10 KAHN, C.M.: "El reto de regular las entidades de pago no bancarias: la respuesta de la Directiva PSD2", *Papeles de Economía Española*, 2016, núm. 149, p. 27.

11 POZZOLO, A.F.: "PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.BANI; V. DE STASIO; A. SCIARRONE ALIBANDI), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp. 27 y ss.

mercado basada en la integración vertical y el establecimiento de precios predatorios¹² resaltaría la importancia de fomentar conductas antitrust y de introducir mecanismos legales adecuados como podría ser la entrada en la gestión del componente no competitivo¹³ a fin de asegurar un level playing field en el que se desenvuelva el sector financiero, ya sean los actores tradicionales o los emergentes.

Pues bien, junto a los servicios de pago que cabría calificar como tradicionales, la Directiva PS2D autoriza y regula los servicios de información de cuentas (AISP -account information services-) y los servicios de iniciación del pago (PIS -payment initiation services-) sometiendo a todos sus proveedores, para evitar distorsiones, a un mismo régimen de autorización y supervisión¹⁴.

En ambos servicios, el proveedor no precisa administrar una cuenta de pago, sino que tiene el consentimiento del cliente para operar u obtener información de las cuentas que ese cliente tiene en otras entidades. A tal fin, resulta imprescindible que los bancos abran su información y la cedan a los TPPs para que estos, previa contratación y autorización del usuario, puedan prestar sus servicios.

En esa medida, los TPPs son capaces de gestionar un elevado volumen de información de sus clientes. Y, esa información, que puede mostrar desde sus pautas de consumo hasta su perfil de riesgo crediticio, puede ser muy valiosa [como bien ha demostrado la Directiva (UE) 2019/770 al autorizar el intercambio contractual de datos personales por servicios] convirtiendo a los usuarios de estas plataformas en prosumidores, en cuanto que pueden generar un valor añadido para estas empresas.

La utilización y generalización de interfaces seguras, también conocidas como APIs (-application programming interface-), que permiten que un software sea capaz de comunicarse con otro con el que en principio no tiene relación y con el que ni siquiera comparte espacio, ubicación o tecnología, podrían fomentar este nuevo contexto tecnológico y normativo. Así, se generaría un nuevo escenario donde las potenciales aplicaciones y los activos generados en términos de Big Data podrían presentar una serie de desafíos desde el punto de vista regulatorio.

Por tanto, y, más allá de que normativamente se sea exigente con la necesidad de un consentimiento libre y expreso del cliente para el tratamiento de sus datos, tras una información adecuada, pueden surgir conflictos con la transferencia de

12 KHAN, L.M.: "Amazon's antitrust paradox", *Yale Law Journal*, 2016, núm. 126, pp. 802-804.

13 HOVENKAMP, H.: "Antitrust and Platform Monopoly", *Yale Law Journal*, 2021, núm. 130, pp. 2049-2050.

14 TAPIA HERMIDA, A. J.: "La Segunda Directiva de Servicios de Pago". *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 63 y ss.

tales datos; lo que podría hacer recomendable una expresa regulación del sector¹⁵ en concordancia con las disposiciones generales establecidas para la protección de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016¹⁶, así como una particular supervisión en el que resulten coordinadas las posibles actuaciones de los distintos organismos supervisores.

Resulta también evidente el riesgo para los clientes de estos nuevos servicios, tanto respecto a estos TPPs, que pueden tener acceso y usar una información más allá de la necesaria para prestar sus servicios y transferirla indebidamente; como en relación con terceros, si estos obtienen fraudulentamente esa información o si llegan a suplantar la identidad del usuario. Riesgos estos que, aun cuando traten de minimizarse por el legislador europeo, no cabe descartar que se materialicen en la práctica. Lo que obligará, por ejemplo, ante un pago fraudulento o una operación no autorizada, a delimitar la responsabilidad entre estos TPPs y las entidades donde el cliente defraudado tenía la cuenta de pago y/o a evaluar los mismos contratos suscritos por ese cliente con estos TPPs y/o con su entidad de gestión y control de cuentas en términos de transparencia y/o eventual abusividad, al encontrarnos en situaciones de un desequilibrio estructural entre las partes contratantes, en el que existe una diferencia cualitativa entre estas nuevas entidades (insiders en el sector) y los usuarios (outsiders)¹⁷. Por tanto, resulta de sumo interés analizar las consecuencias jurídicas que pueden derivar, ante operaciones no autorizadas, de la inobservancia de las normas que tratan de preservar la simetría y el equilibrio contractual¹⁸.

Para eludir algunos de estos riesgos, la Directiva PS2D y el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 han implementado normas de seguridad exigiendo, de una parte, la autenticación reforzada del usuario (strong consumer authentication -SCA-); y, de otra, obligando a los agentes a utilizar interfaces seguras, las mencionadas APIs, a fin de excluir el recurso a la utilización de la peligrosa técnica del screen scraping.

- 15 Señala VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2018, núm. 46, (BIB 2018, 7467), que la provisión de una adecuada regulación sobre Big Data, a partir de una adecuada colaboración entre el sector privado y las administraciones públicas podría favorecer el equilibrio contractual en los contratos de consumidores. La reutilización de estos recursos posibilitaría a los consumidores tener una posición más accesible a esta nueva fuente de valor o beneficiarse de los resultados generados por su propia actividad.
- 16 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- 17 MINNECI, U.: "Unauthorized payment transactions according to PSD2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law" en AA.VV. *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking"* (ed. por E.BANI; V. DE STASIO; A. SCIARRONE ALIBANDI), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, p. 116.
- 18 FRATINI, F.: *La tutela del usuario de servicios de pago en la Payment Services Directive 2*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 160-172.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos en pro de la tutela del cliente, existen algunos espacios de nebulosa que pueden quedar al margen de su ámbito protector. Así acontece con las operaciones de pago realizadas en la UE con proveedores que operan desde fuera de la UE y, muy especialmente, con los instrumentos, usualmente utilizados en el mercado para el intercambio de bienes o servicios, aunque jurídicamente estos no constituyan estrictamente medios de pago (art. 1170 CC) tales como, el bitcoin o el ether y, más dudosamente, las stablecoins cuando estas criptomonedas estuvieran asociadas a una moneda de curso legal. La rápida implantación de estos activos en el mercado podría llegar a provocar la obsolescencia normativa de la propia Directiva PS2D, al revelarse necesaria su regulación como herramientas de intercambio en el mercado digital; en particular, para evitar las actuales tasas de riesgo para el perfil de un consumidor medio¹⁹. De ahí que haya que estar atentos en este escenario a la evolución de las propuestas de legislación europea sobre criptoactivos, conocidas como MiCA (on Markets in Crypto-Assets).

II. LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CLIENTE DE SERVICIOS DE PAGO.

En estos últimos años se han ido sucediendo una serie de resoluciones judiciales en el ámbito de la Directiva PS2D, que inciden especialmente en la tutela de los usuarios de los servicios de pago. A continuación, abordaremos algunos de los casos más relevantes.

I. La STJUE 11 noviembre 2020²⁰.

En el caso *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation* contemplado en esta resolución, el TJUE fija su doctrina en relación con los deberes y obligaciones del proveedor de servicios de pago. El Tribunal sostiene que las tarjetas contactless han de ser calificadas como instrumentos de pago, con las consiguientes implicaciones en términos de responsabilidad del proveedor, de conformidad con el contenido de la Directiva PS2D.

En este supuesto concreto, la entidad bancaria impone a sus clientes condiciones generales de contratación en la utilización de tarjetas bancarias personalizadas que utilizan la tecnología Near Field Communication (NFC).

En primer lugar, la entidad se reserva la facultad de proceder a modificar unilateralmente tales condiciones generales, tras la debida notificación con dos

¹⁹ CHU, D.: "Broker-dealers for virtual currency: regulating cryptocurrency wallets and exchanges", *Columbia Law Review*, 2018, núm.118, p. 2359.

²⁰ STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

meses de antelación a su entrada en vigor y la aquiescencia tácita por parte del cliente, salvo comunicación expresa de su oposición.

En segundo lugar, se establece la ausencia de obligación por parte de la entidad bancaria de acreditar las transacciones de escasa cuantía que utilizan la función NFC, así como la ausencia de responsabilidad respecto a aquellos pagos que no hayan sido objeto de autorización por el titular de la tarjeta. Asimismo, se advierte al titular de la asignación del riesgo derivado del uso indebido de la tarjeta en aquellas operaciones de escasa cuantía.

Y, en tercer lugar, se determina la imposibilidad de bloqueo de la tarjeta en caso de extravío en relación con los pagos de escasa cuantía. Además, se permite efectuar pagos hasta un importe de 75 euros, incluso en el supuesto de que la tarjeta haya sido bloqueada y hace extensible estos criterios de uso de la tarjeta de crédito, de forma general, a los pagos de importe reducido.

Estas cláusulas fueron objeto de un litigio que se resolvió en el Tribunal Supremo de la República de Austria y es esta autoridad judicial quien formula una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo.

La primera cuestión prejudicial reside en cómo ha de interpretarse el art. 52. 6 a) en relación con el art 54.1 de la Directiva PS2D respecto al consentimiento tácito prestado por el cliente relativo a las modificaciones de las condiciones generales de contratación, tras la previa notificación del proveedor de tales modificaciones.

La segunda cuestión plantea cuál ha de ser el criterio del art 4.14 de la Directiva PS2D respecto a la consideración o no como instrumento de pago de la tecnología NFC utilizada en la tarjeta bancaria asociada a una cuenta ligada al usuario de servicios de pago.

La tercera cuestión prejudicial está relacionada con la posibilidad de considerar a esta tecnología NFC de la tarjeta bancaria como medio de pago y cómo se ha de interpretar el art 63.1 b) de la Directiva PS2D, sobre la excepción de identificación y control de las transacciones efectuadas con la tarjeta bancaria contactless en los importes de escasa cuantía.

Y, en cuarto lugar, el Tribunal Supremo austriaco pregunta si el criterio excepcional del art. 63.1 a) de la Directiva PS2D solo puede ser aducido en el caso en que no sea posible ni el bloqueo ni impedir el uso posterior de la tarjeta.

A) La modificación unilateral de las condiciones generales de contratación.

En relación con la primera de las cuestiones prejudiciales relativa al art 52.6 a) de la Directiva PS2D, el TJUE aduce que la propia Directiva no especifica

el contenido de las condiciones generales del contrato marco. Este precepto atribuye únicamente naturaleza excepcional a la modificación de las condiciones del contrato cuando estas hayan sido objeto de consentimiento tácito entre el cliente y el proveedor de servicios de pago. La naturaleza de estos cambios han de mantener las características elementales iniciales, de tal modo que la propuesta de modificación no implique en la práctica la realización de un nuevo contrato.

El propio criterio dispuesto en el art 52.6 a) de esta Directiva ha de interpretarse en relación con su art. 54.1, aplicable, por tanto, tanto a los clientes de servicios de pago que gozan de la condición de consumidor, como a aquellos que no lo son. Lo dispuesto en el art. 4.20, que hace alusión a la condición de consumidor, será un elemento esencial a la hora de considerar la imposibilidad de no aplicar un acuerdo, total o parcial, del contrato (art. 38).

Asimismo, podemos observar cómo dichas cláusulas podrían ser objeto de un eventual control de abusividad de conformidad con el art. 2 de la Directiva 93/13 CEE, con independencia de lo dispuesto en la propia Directiva PSD2, sin perjuicio de que los Estados miembros adopten medidas adicionales con objeto de dotar al consumidor de un mayor nivel de protección.

En virtud de lo dispuesto por el Considerando 55 de la Directiva PSD2, el ámbito de esta Directiva no inhabilita la aplicación de otras disposiciones normativas a nivel comunitaria relativas a la tutela del consumidor²¹, tales como, la Directiva 2005/29/CE²², así como las Directivas 2000/31/CE²³, 2002/65/CE²⁴, 2008/48/CE²⁵, 2011/83/UE²⁶ y 2014/92/UE²⁷. De este modo, en los casos en los que el cliente de servicios de pago presente el status de consumidor definido por

21 MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: "El Tribunal de Luxemburgo examina las tarjetas contactless a la luz de la Directiva 2015/2366 de Servicios de Pago (PSD2)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, núm. 36, pp. 130-143.

22 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

23 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

24 Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

25 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

26 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo UNIR ESTE PÁRRAFO.de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

27 Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

el art. 2 de la Directiva 93/13, esta Directiva será aplicable junto con la Directiva P2SD al análisis e interpretación del contrato de servicios de pago. La necesidad de una armonización mínima entre los diferentes Estados miembros no impide que estos puedan adoptar medidas adicionales con el objeto de dotar al consumidor de un mayor nivel de protección.

Derivado de lo anterior, el TJUE considera que la cláusula modificativa de las condiciones generales de contratación en este caso concreto podría comportar una modificación unilateral de facto del contrato marco, en la medida en que los clientes de servicios de pago podrían no tener elementos de juicio suficiente para analizar este cambio. Esto nos conduciría a la aplicación del art. 3.3. j) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En esa medida, podría apreciarse la abusividad de las cláusulas que autoricen al proveedor de servicios de pago, en este caso concreto, a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo.

El Abogado General²⁸ había sostenido con anterioridad que la posibilidad de modificación de las condiciones generales de un contrato marco habría de ser interpretada restrictivamente. Por tanto, el art. 52. 6 a) de la Directiva PS2D no legitimaría al proveedor a imponer una modificación de las condiciones generales a través de una cláusula predispuesta. Este criterio de interpretación restrictivo de las facultades del predisponente sería aplicable a partir de la aplicación de la doctrina del silencio como declaración de voluntad²⁹. De esta forma, el silencio de buena fe de un consumidor solo podría interpretarse como aceptación de una modificación si la modificación fuera beneficiosa para el consumidor o en aquellos supuestos de escasa relevancia jurídica y económica y que, de algún modo, puedan venir exigidos por una modificación sobrevenida de las circunstancias.

No obstante, el TJUE estima que la interpretación sobre el elemento de abusividad en la cláusula analizada ha de ser competencia del tribunal remitente de la cuestión prejudicial. Y señala que la posible ilicitud de esta cláusula debe ser determinada en virtud de los principios de buena fe, equilibrio y transparencia recogidos en de la Directiva 93/13 CEE.

En consonancia con lo expuesto, se concluye que el art. 52.6. a) de la Directiva PS2D no es de aplicación en este supuesto concreto. Este precepto establece la información y condiciones que han de ser proporcionadas por el proveedor de

28 Conclusiones del Abogado General 30 abril 2020 en el caso *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation*. (ECLI:EU:C:2020:322).

29 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "¿Cuándo basta el consentimiento tácito a una modificación de un contrato y cuándo es necesario el consentimiento expreso? El caso de los contratos sobre medios electrónicos de pago", *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/04/cuando-basta-el-consentimiento-tacito.html>

servicios de pago, pero dispone una limitación en lo relativo a la condición del cliente como consumidor o al tipo de cláusulas que pueden ser objeto de acuerdo.

B) *La tecnología NFC como instrumento de pago.*

En relación con la segunda cuestión prejudicial, relativa la condición de la función NFC ligada a la tarjeta bancaria personalizada en los términos previstos del art. 4.14 de la Directiva PSD2, el TJUE determina la condición de instrumento de pago de la misma.

Es apreciable la jurisprudencia previa del TJUE en relación con la conceptualización y características de un instrumento de pago personalizado. En la STJUE 9 abril 2014 -caso T Mobile Austria GmbH contra Verein für Konsumenteninformation-³⁰, se señalaba que un instrumento de pago con estas características debe posibilitar al proveedor de servicios de pago comprobar que la orden de pago ha sido iniciada por el cliente habilitado para operar. En los supuestos del art. 63.1. b) de la Directiva PSD2, esto es, para aquellos instrumentos utilizados de manera anónima no habría de darse una obligación del proveedor a suministrar una prueba de autenticación. Por tanto, se había considerado su inclusión como instrumento de pago no personalizado. Así, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que el concepto de instrumento de pago definido en el art. 4.23 de la Directiva PSD (y actual art. 4.14 de la Directiva PSD2), “puede incluir un conjunto de procedimientos no personalizados acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario y utilizado por el usuario para iniciar una orden de pago”.

Para el supuesto concreto de las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas con función NFC hemos de observar la aplicación de este criterio. Esta tecnología permite, una vez realizada la activación por el usuario de la cuenta bancaria, de acuerdo con el contrato marco entre el proveedor de servicios de pago y el titular, la posibilidad de ser utilizada por cualquier persona que esté en posesión de la misma dentro los límites estipulados en el contrato, sin necesidad de realizar mayor control de autenticación.

En consecuencia, las características propias de la tecnología NFC implican una disociación de las funciones restantes de la tarjeta bancaria en el supuesto del pago de cantidades de menor importe, lo que comporta su configuración como instrumento de pago autónomo. La tarjeta bancaria dotada de esta tecnología presenta dos instrumentos de pago distintos (uno personalizado y otro anónimo) que están sujetos a regímenes jurídicos diferentes, aunque tengan el mismo soporte físico³¹.

30 STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

31 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona de 30 de abril de 2020 en el asunto c-287/19 Denizbank ag contra Verein für Konsumenteninformation, sobre la

Esta interpretación ya fue tenida en cuenta por el Abogado General³², que aducía que las tarjetas bancarias con tecnología NFC, con independencia de su naturaleza de crédito o débito, presentarían esa doble funcionalidad. De una parte, permiten transacciones en los supuestos en los que el cliente es específico e identificable; pero, de otra, también habilitan transacciones en la que dicha autenticación no se da, por lo que puede ser utilizada de forma anónima e independiente. Por tanto, de conformidad con el art. 4.14 de la Directiva PS2D, se observa que la función NFC de la que está provista la tarjeta bancaria multifuncional personalizada, al posibilitar esos pagos de escasa cuantía asociadas a la cuenta bancaria, de forma aislada, puede considerarse instrumento de pago e incluirse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva PS2D.

Esa multiplicidad funcional vinculada a un único soporte físico lleva al Tribunal de Luxemburgo a concluir, en relación también con la cuestión prejudicial planteada, que la existencia de una función NFC ligada a un contrato de tarjeta bancaria personalizada previo habría de ser objeto de un nuevo contrato añadido o bien de una modificación esencial de las condiciones generales del contrato anterior. En cualquiera de los dos supuestos, el TJUE considera imprescindible el consentimiento explícito del cliente a la hora de incluir este servicio de pago adicional.

C) Responsabilidad del proveedor en operaciones de pago de escasa cuantía a través de la tecnología NFC.

La tercera cuestión prejudicial relacionada con la interpretación de los pagos de escasa cuantía con función NFC y su vinculación a la utilización anónima del art. 63.1 de la Directiva PS2D, es resuelta teniendo presente el carácter excepcional de este tipo de transacciones. La menor relevancia relativa de las transacciones de escasa cuantía -inferiores a 30 euros- permite a partir del precepto mencionado ut supra, la configuración de un régimen excepcional en el cual los derechos y obligaciones de proveedor y cliente de servicios de pago son flexibilizados.

La naturaleza anónima de la transacción o la objetiva incapacidad de demostración de la operación por el titular conduce a una atenuación del régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago. El propio Tribunal de Luxemburgo había planteado con anterioridad³³ la ausencia de obligación de los

interpretación de la Directiva 2015/2366 (PSD2) en relación con las modificaciones contractuales de los servicios de pago incluidos en las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas (tarjetas contactless)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones_del_Abogado_General_de_30_de_abril_de_2020_en_el_Asumto_C287_19.pdf

32 Conclusiones del Abogado General 30 abril 2020 en el caso *DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2020:322)

33 STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

proveedores sobre la autenticación de la operación -recordemos identificación y controles de seguridad adicionales- en los supuestos de anonimato.

Concretamente, en el supuesto de las tarjetas dotadas con tecnología NFC, se plantea la práctica imposibilidad de distinguir la persona en posesión de la tarjeta bancaria del titular de esta, en el supuesto de que estos difirieran; lo que podría derivar en la realización de operaciones sin consentimiento del titular de la tarjeta, por cuanto que la persona que efectúa el pago no requiere de mayores controles de identificación o de la introducción de claves personales. Por tanto, se entendería justificada la exención de la carga probatoria por parte del proveedor de servicios acerca de la identidad o autenticidad del pagador.

D) Incapacidad técnica de autenticación y responsabilidad del proveedor.

La cuarta cuestión prejudicial está estrechamente vinculada con la anterior, de tal forma que el proveedor ha de manifestar su incapacidad técnica en la autenticación de operaciones de pago no autorizadas con tecnología NFC. El propio art. 63 l. a) de la Directiva PS2D dispone un régimen atenuado de responsabilidad en el que se dan los supuestos de imposibilidad de bloqueo de la operación o de la futura utilización de la tarjeta. Por otra parte, es determinante la obligación del usuario de servicios de pago (art. 69.l b) de la Directiva PS2D de informar al proveedor sin demora en los casos de extravío, robo o apropiación indebida del instrumento de pago objeto de la operación.

No obstante, el TJUE estima oportuno la aplicación de un criterio restrictivo al régimen de atenuación de las obligaciones y deberes del proveedor para estas operaciones de pago sin identificación -también en los supuestos de operaciones realizadas tras el bloqueo de la tarjeta- en aras de lograr una equitativa asignación de riesgos entre proveedor y cliente de servicios de pago. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo, en línea con lo mantenido con anterioridad por el Abogado General relativo a la protección de los clientes de servicios de pago, y, especialmente, a aquellos que presentan la condición de consumidor, plantea que la mera alegación de imposibilidad de acreditar la autenticación no puede ser condición suficiente para obviar su responsabilidad. Esta afirmación ha de evaluarse de acuerdo con el estado de los recursos técnicos disponibles, por lo que el tribunal competente ha de interpretar en última instancia si el proveedor ha utilizado todos sus conocimientos a fin de evitar la operación de pago indebida y, por tanto, puede, de esta forma, beneficiarse del régimen de responsabilidad del art 63.l. a) de la Directiva PS2D.

2. STJUE 2 de septiembre 2021³⁴.

En la STJUE 2 septiembre de 2021-caso Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) – Alpes-Provence contra Comisión Europea - se resuelve sobre la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en relación con operaciones de pago no autorizadas. Si bien el régimen de responsabilidad del proveedor planteado por la parte actora difiere del típicamente presentado, al incumplir el cliente la obligación de notificar el pago no autorizado en un plazo de trece meses desde el adeudo.

En este litigio inicialmente resuelto dentro del ordenamiento francés a raíz de un contrato de crédito de cuenta corriente a una sociedad, y tras las reclamaciones derivadas de la realización de operaciones no autorizadas, presenta el Tribunal de Casación francés una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo:

En primer lugar, se plantea si “debe interpretarse el artículo 58 de la Directiva 2007/64 en el sentido de que establece, respecto de las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, un régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago excluyente de toda acción de responsabilidad civil de Derecho común basada, por los mismos hechos, en un incumplimiento de dicho proveedor de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho nacional, en particular en el supuesto de que el usuario del servicio de pago no haya informado al proveedor de servicios de pago, en los trece meses posteriores a la fecha del adeudo, de que una operación de pago no había sido autorizada o de que se había ejecutado incorrectamente”.

En segundo lugar, en caso de dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión, “¿se opone dicho artículo a que el fiador del usuario del servicio de pago invoque, sobre la base de los mismos hechos, la responsabilidad civil de Derecho común del proveedor de servicios de pago, beneficiario de la fianza, para impugnar el importe de la deuda garantizada?”.

A) Negativa a un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor.

En relación con la primera cuestión prejudicial, solicita el Tribunal de Casación un criterio a nivel comunitario sobre la posibilidad de un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor de servicios de pago respecto de lo dispuesto en los arts. 58 y 60.I de la Directiva PSD, fundamentados en la obligación de notificación del cliente de adeudos en su cuenta no autorizados por él.

³⁴ STJUE 2 septiembre 2021 (TJCE 2021, 204).

Sostiene el TJUE que, a la hora de analizar un determinado precepto, no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal. Se debe tener en consideración también el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. De este modo el art. 60 de la Directiva PSD impone que los Estados miembros deben salvaguardar, en el caso de una operación de pago no autorizada, su devolución de inmediato al ordenante de la misma por parte del proveedor de servicios de pago y, en su caso, velar por el restablecimiento en la cuenta de pago en la cual se haya adeudado el importe al estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

En su criterio, el art. 58, en relación con el art. 60 y a tenor del Considerando 31 de la Directiva PSD, determinan un régimen general de responsabilidad condicionado a la obligación de notificación de operaciones no autorizadas dentro del plazo previsto. Este criterio que fue mantenido por el Abogado General³⁵, postula que un usuario que no haya notificado a su prestador de servicios de pago una operación no autorizada, a los trece meses de su adeudo, no podrá exigir la responsabilidad de dicho prestador, tampoco con arreglo al Derecho común, y, por lo tanto, no podrá obtener el reembolso de dicha operación no autorizada.

El art. 59 de la Directiva PSD establece un régimen de responsabilidad favorable al cliente, en el que la carga probatoria es asignada al proveedor de servicios de pago, que ha de generar estos efectos supeditados a esa obligación de notificación.

Por otra parte, el TJUE señala que el art 86 de la PSD tampoco ofrece la posibilidad a los Estados miembros de poder mantener o introducir disposiciones diferentes de las que en ella se prevén, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 58, 59 y 60 de esta Directiva. Estos preceptos han sido objeto de una armonización plena, lo que inhabilita a los Estados miembros a poder crear sobre el fundamento del mismo hecho causante un régimen diferenciado de responsabilidad de proveedor de servicios de pago.

Una interpretación teleológica de los art. 58 y 60 de la Directiva PSD no habría de ofrecer una solución alternativa de las criterios contextuales y literales avanzados por este Tribunal. A tenor de los Considerandos 1 y 4 de la PSD, se aprecia la voluntad del legislador comunitario de crear un mercado único de servicios de pago armonizado, a fin de evitar fricciones y confusiones que afecten a la seguridad jurídica. De lo que se deduce que un régimen particular diseñado en un Estado miembro es factible en la medida en que esto no minore la armonización comunitaria, ni afecte a los objetivos de últimos de la Directiva PSD.

35 Conclusiones del Abogado General 8 de julio de 2021 en el caso Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) – Alpes-Provence contra Comisión Europea (ECLI:EU:C:2021:564).

Este esfuerzo armonizador, a fin de apuntalar la seguridad jurídica en las transacciones, es apreciado también en el informe de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea de 15 de junio de 2006 (8623/06 ADD), en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2002/65/CE (603 — C6-0411/2005 — 2005/0245(COD)), así como en el Dictamen de 23 de diciembre de 2006 del Comité Económico y Social sobre “Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2005/65”. En todas estas resoluciones hay una voluntad común de considerar un régimen de pago caracterizado por un plazo único en aras de conferir a la operación de pago un carácter definitivo.

Por tanto, el Tribunal de Luxemburgo desestima la posibilidad de un régimen de responsabilidad paralelo, en el supuesto en que el usuario haya incumplido la notificación de la obligación del art. 58 de la Directiva PSD.

B) Exclusión del contrato de fianza del régimen de responsabilidad de las Directivas PSD y PS2D.

La segunda cuestión prejudicial, ligada con el supuesto afirmativo a la primera, plantea el derecho de un fiador del cliente del servicio de pago de invocar la responsabilidad civil de Derecho Común del proveedor, beneficiario de la fianza, con objeto de impugnar la deuda garantizada.

El art 1.2. de la Directiva PSD, en relación con su Considerando 44, dispone cuáles son los derechos y obligaciones de los usuarios de servicios de pago y de los proveedores de estos servicios que presentan un carácter de habitualidad y profesionalidad.

Por otra parte, su art. 2 delimita el ámbito de aplicación de esta Directiva, en relación con los arts. 58 y 60. En suma, se indica que esta Directiva es aplicable solamente cuando, tanto el proveedor de los servicios de pago del ordenante como el proveedor de los servicios del beneficiario, o el único proveedor de servicios de pago en una operación de pago, se encuentren en la Unión Europea. De este precepto no se deduce que la fianza del usuario de servicios de pago se encuentre incluida en su ámbito de aplicación.

El Tribunal de Luxemburgo atiende a la naturaleza del usuario como persona física o jurídica, sea ordenante, beneficiario o ambos (art. 4.10). El art. 4.7 define al ordenante como el titular de la cuenta de pago que autoriza la operación; mientras que el art. 4.8 se refiere al beneficiario como aquel sujeto que recibe los fondos

objeto de la operación. Por tanto, el contrato de fianza no estaría incluido en ninguna de estas definiciones de la Directiva PSD. Esto es, se considera al fiador un tercero, cuya finalidad sería garantizar al acreedor de servicios de pago el adeudo de la operación. Ese carácter ajeno a la propia operación le excluiría del ámbito de la Directiva, al no estar vinculado ni como ordenante ni como beneficiario de la operación.

Por otra parte, en relación con el art. 60, el propio Abogado General sostiene que en el régimen jurídico de la responsabilidad se ofrece un equilibrio entre la obligación de información que recae sobre el proveedor de servicios de pago y la obligación de notificación de cualquier operación no autorizada dentro de un plazo de trece meses que incumbe al usuario de servicios de pago. Y este equilibrio permite fundamentar la responsabilidad estricta del proveedor sin que el usuario tenga que demostrar una falta o una negligencia. Por todos estos motivos, el TJUE resuelve que el fiador habrá de recurrir a las vías que le concede el Derecho nacional. Por consiguiente, no puede exigirse al fiador que se someta a la obligación de notificación de tales operaciones no autorizadas de las que pudiera responder, establecida en el art. 58 de la Directiva.

3. La STJUE 15 octubre 2020³⁶.

La STJUE 15 octubre 2020 -caso Association française des usagers de banques contra Ministre de l'Économie et des Finances- genera un particular interés, tanto en relación con la posibilidad de ventas combinadas como a la prohibición de operaciones vinculadas. No obstante, en el presente trabajo se ha de prestar especial atención a la segunda cuestión prejudicial que se plantea: si el art. 45 de la Directiva PSD aplicable en ese momento, actualmente adaptado en el art. 55 de la Directiva PSD y los arts. 9 a 14 de la Directiva 2014/92/UE, sería contrario a la cancelación de un contrato de cuenta abierta por el prestatario en la entidad bancaria del prestamista para proceder a la domiciliación de sus ingresos a cambio de una ventaja individualizada en un contrato de crédito. Y si bajo este supuesto, tras la cancelación del contrato, se derivan la pérdida de ventaja para el usuario incluso en el caso de haber transcurrido más de un año desde la celebración del contrato. Por otra parte, se suscita también la cuestión acerca de si la duración de este periodo puede llegar a los diez años o prolongarse durante toda la vida del contrato de crédito.

El art. 45 de la Directiva PSD, que hace referencia a los gastos o comisiones, establece que el usuario del servicio de pago podrá resolver el contrato marco en cualquier momento, a menos que las partes hayan convenido en un preaviso. Este precepto, en su apartado 2, establece que la resolución de ese contrato marco

36 STJUE 15 octubre 2020 (TJCE 2020, 258).

que se haya celebrado por un período superior a 12 meses o indefinido será gratuita para el usuario de servicios de pago si se efectúa una vez transcurridos 12 meses. El art. 55 de la Directiva PS2D acoge este mismo criterio, con la única salvedad de que la resolución sin gastos del contrato marco se reduce a la vigencia del contrato de un mínimo de seis meses.

El TJUE plantea que, atendiendo al objetivo postulado de promover la movilidad de los clientes (Considerando 29 Directiva PSD, y Considerando 62 Directiva PS2D), los consumidores deben de tener derecho a la resolución de un contrato maco en determinadas circunstancias.

En relación con la Directiva 2014/92 /CE, se observa que todos los gastos y penalizaciones que, en su caso, deba abonar el consumidor al proveedor de servicios de pago por servicios vinculados a una cuenta de pago o en relación con los mismos, han de ser considerados como comisiones (art. 2). En esta misma Directiva, en su art. 12.3, se establece el deber de los Estados miembros de vigilar que las comisiones propias de operaciones de pago sean conformes al art. 45 de la Directiva PSD (en la actualidad art. 55 Directiva PS2D).

De conformidad con lo anterior, y en línea con lo dispuesto por el Abogado General, se estima que la pérdida de ventaja individual a la que refiere el art. L. 313-25-I del Código de Consumo francés, objeto de este litigio, es el producto de aplicar una cláusula contractual acordada entre las partes subordinando la potencial ventaja a la condición de domiciliación del prestatario de sus ingresos salariales y equivalentes en la misma entidad durante un tiempo determinado. De lo que se deduce que la pérdida de esta ventaja del prestatario no estaría vinculada a la cancelación del primer contrato de cuenta de pago, sino a la cancelación de la domiciliación de los ingresos en esta entidad. En esa medida, ese contrato de cuenta corriente es independiente y podría mantenerse la cuenta abierta incluso tras la cancelación de la mencionada domiciliación.

El concepto de gastos o comisiones no debe incluir la pérdida de una ventaja individualizada ofrecida por el prestamista a cambio de la apertura de una cuenta y domiciliación de ingresos en la entidad de este prestamista en el contexto de un contrato de crédito tras ser cancelada esta cuenta por el prestatario³⁷.

En atención a lo dispuesto anteriormente, el Tribunal de Luxemburgo considera que, dentro de la conceptualización de la pérdida de una ventaja, no cabría incluir una comisión facturada por el proveedor de servicios de pago en el contexto de

37 TAPIA HERMIDA, A.J.: "Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2021, núm. 161, pp. 277-278.

resolución o cancelación de un contrato marco de una cuenta de pago en relación con el art. 45 Directiva PSD y el art. 55 Directiva PS2D.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Cuándo basta el consentimiento tácito a una modificación de un contrato y cuándo es necesario el consentimiento expreso? El caso de los contratos sobre medios electrónicos de pago”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/04/cuando-basta-el-consentimiento-tacito.html>

CHAKRAVORTI, B.; MAZZOTTA, B. D.: *The cost of cash in the United States*, Institute for Business in the Global Context, The Fletcher School, Tufts University, 2013, pp. 1-70.

CONESA LAREO, C.; GORJÓN RIVAS, S.; RUBIO ORTEGA, G.: “Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2”, *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 81-102.

CHU, D.: “Broker-dealers for virtual currency: regulating cryptocurrency wallets and exchanges”, *Columbia Law Review*, 2018, núm.118, p. 2323-2359.

FRATINI, F.: *La tutela del usuario de servicios de pago en la Payment Services Directive 2*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 160-172.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona de 30 de abril de 2020 en el asunto c-287/19 Denizbankag contra Verein für Konsumenteninformation, sobre la interpretación de la Directiva 2015/2366 (PSD2) en relación con las modificaciones contractuales de los servicios de pago incluidos en las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas (tarjetas contactless)”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones_del_Abogado_General_de_30_de_abril_de_2020_en_el_Asunto_C287_19.pdf

HOVENKAMP, H.: “Antitrust and Platform Monopoly”, *Yale Law Journal*, 2021, núm. 130, pp. 1952-2050.

JUNIUS, K. ET AL.: “Costs of retail payments—an overview of recent national studies in Europe”, *ECB Occasional Paper*, 2022, núm. 294, pp. 1-36.

KAHN, C.M.: “El reto de regular las entidades de pago no bancarias: la respuesta de la Directiva PSD2”, *Papeles de Economía Española*, 2016, núm. 149, pp. 21-28.

KHAN, L.M.: “Amazon’s antitrust paradox”, *Yale Law Journal*, 2016, núm. 126, pp. 710-802.

MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: "El Tribunal de Luxemburgo examina las tarjetas contactless a la luz de la Directiva 2015/2366 de Servicios de Pago (PSD2)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, núm. 36, pp. 130-143.

MINNECI, U.: "Unauthorized payment transactions according to PSD2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.BANI; V. DE STASIO; A. SCIARRONE ALIBANDI), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp. 109-120.

POZZOLO, A.F.: "PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.BANI; V. DE STASIO; A. SCIARRONE ALIBANDI), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp 27- 42.

SCHMIEDEL, H.; KOSTOVA, G.L; RUTTENBERG, W.: "The social and private costs of retail payment instruments: a European perspective", *ECB Occasional paper*, 2012, núm. 137º, pp. 1-50.

TAPIA HERMIDA, A. J.: "La Segunda Directiva de Servicios de Pago". *Revista de estabilidad financiera*, 2018), núm. 35, pp. 57-80.

TAPIA HERMIDA, A.J.: "Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2021, núm. 161, pp 251-278.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2018, núm 46. (BIB 2018, 7467).

ZUNZUNEGUI, F.: "La digitalización de los servicios de pago (Open Banking)", *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper, núm. 1*, 2018, pp. 1-24.

ZUNZUNEGUI, F.: "Luces y Sombras de la transposición de la Directiva de Servicios De Pagos (PSD2)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2020, núm, 159, pp. 89-112.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

STJUE 15 octubre 2020 (TJCE 2020, 258).

STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

STJUE 2 septiembre 2021 (TJCE 2021, 204).

