



FACULTAD DE DERECHO

EL DEPÓSITO DE DINERO ELECTRÓNICO

AUTOR: ALEJANDRO PARAJA ECHENIQUE

5º E3 C

DERECHO MERCANTIL

TUTOR: JAVIER WENCESLAO IBÁÑEZ JIMÉNEZ

Madrid
Abril 2018

I. RESUMEN Y ABSTRACT

RESUMEN

El dinero electrónico ha ido cobrando mayor relevancia durante estos últimos años, principalmente impulsado por el desarrollo de nuevas tecnologías que permiten disponer del mismo en distintas aplicaciones telemáticas.

El legislador se ha ido adaptando a estos cambios tecnológicos, creando una nueva legislación o adaptando la existente a este nuevo escenario.

Cada vez son más las empresas que ofrecen soluciones financieras desde un enfoque tecnológico. Además, el legislador europeo ha facilitado, con la última directiva de servicios de pago (DSP2), la entrada de estos nuevos sujetos, lo que indudablemente incrementa la competencia. A través de este aumento de la competencia se persigue dar un mejor servicio a los usuarios.

Este estudio pretende realizar un análisis de las carteras y aplicaciones de dinero electrónico conforme al régimen legal español. Además, se investigan las tendencias internacionales tanto respecto del dinero electrónico y sus entidades, como de los depósitos del mismo.

Palabras clave: dinero electrónico, depósitos de dinero electrónico, entidades de dinero electrónico, entidades de pago, garantías de depósito.

ABSTRACT

Electronic money has gained more and more relevance during these last years, driven mainly by the development of new technologies that allow it to be available in different telematics applications. The legislator has adapted to these technological changes, creating new legislation or adapting the existing one to this new banking scenario.

More and more companies offer financial solutions from a technological approach. In addition, the European legislator has facilitated the entry of these new subjects with the latest payment services directive (DSP2), which undoubtedly increases competition. Through this increased competition, the aim is to provide a better service to users.

The objective of this study is to analyze the portfolios and applications of electronic money in consistency with the Spanish law. In addition, international trends are researched regarding electronic money and its entities, as well as their deposits.

Keywords: electronic money, electronic money deposits, electronic money entities, payment entities, deposit guarantees.

ÍNDICE

I. RESUMEN Y ABSTRACT:	2
RESUMEN	2
ABSTRACT	3
II. INTRODUCCIÓN:	7
1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA Y ANTECEDENTES:	7
2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS:.....	10
3. LA METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO:	11
III. DESARROLLO:	13
I. DINERO ELECTRÓNICO:	13
<i>I.I ¿QUÉ ES EL DINERO ELECTRÓNICO?</i>	13
<i>I.II FUNCIONAMIENTO DEL DINERO ELECTRÓNICO:</i>	17
<i>I.III ENTIDADES DE DINERO ELECTRONICO:</i>	20
<i>I.IV. LAS NUEVAS ENTIDADES DE DIENERO ELECTRONICO:</i>	23
II. DÉPOSITO DE DINERO ELECTRÓNICO:.....	26
<i>II.I REGULACIÓN LEGAL DEL DEPÓSITO DE DINERO ELECTRÓNICO:</i>	26
<i>II.II FUNCIONAMIENTO DEL DEPÓSITO:</i>	33
<i>II.III GARANTIAS DE DEPÓSITO:</i>	34
<i>II.IV FORMAS DE ALMACENAJE DE DINERO ELECTRÓNICO:</i>	42
III. ANÁLISIS DEL CASO YOUNIQUE MONEY:.....	45
IV. CONCLUSIONES	48
V. BIBLIOGRAFÍA	54

LISTADO DE ABREVIATURAS:

API- Application Programming Interface

BIS-Banco Internacional de Pagos

CC- Código Civil

CNMV- Comisión Nacional del Mercado de Valores

DApps- Aplicaciones Descentralizadas

DE- Dinero electrónico

DLT- Tecnología de Registros Distribuidos

EDE- Entidad de dinero electrónico

GAFA- Google, Amazon, Facebook y Apple

LGDCU- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LMV- Ley del Mercado de Valores

NFC- Near Field Communication

PISP- Payment Initiation Service Providers

PSD- Directiva de Servicios de Pago

PSD2- Directiva de Servicios de Pago 2

RD- Real Decreto

TPP- Third Party Payment Service Providers

UE- Unión Europea

II. INTRODUCCIÓN

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA Y ANTECEDENTES

El desarrollo tecnológico es un fenómeno que afecta a la vida de las personas intentado mejorarla y hacerla más sencilla. En el campo de la economía y las finanzas tiene también un impacto muy relevante. La tecnología se ha ido introduciendo paulatinamente en este mundo y las formas de pago han ido evolucionando desde la creación de la tarjeta de crédito. Actualmente los bancos y las empresas tecnológicas han ido desarrollando nuevas formas de acceso al dinero tanto en efectivo como en dinero electrónico. Sin embargo, el dinero en efectivo supone una forma de disponer de dinero que inevitablemente está abocada a la desaparición siendo sustituido por el dinero en formato electrónico.

El dinero electrónico es el dinero que se utiliza para hacer transacciones a través de diferentes tipos de medios electrónicos, como por ejemplo una red de computadoras o internet; aunque el concepto de dinero electrónico también se extiende a sistemas de pago digital que sustituyen las monedas convencionales en ciertos países.

Su expansión está relacionada directamente con el desarrollo de los ordenadores, la conectividad global a través de internet y la telefonía móvil, en su sentido más amplio y conocido, funciona como medio de pago virtual pero que se expresa y respalda en unidades monetarias comunes, interviniendo entidades financieras en el proceso.

En sentido estricto el dinero electrónico se expresa y almacena en bits. Cuando un emisor entrega dinero virtual a una persona le entrega un fichero electrónico con un conjunto de bits encriptados y no se requiere la intermediación de un banco ni tampoco tener una cuenta bancaria, sería el caso de las criptomonedas.

Parece irremediable la idea de que debemos de ir adaptándonos a que el dinero deje definitivamente su forma física para transformarse en un medio de pago digital. Ésto es debido a que el dinero electrónico presenta una serie de ventajas frente al efectivo:

En primer lugar, reduce las transacciones fraudulentas ya que cada pago que se hace queda registrado en una base de datos reduciendo así la economía sumergida.

En segundo lugar, agiliza los pagos reduciendo colas en comercios y principales establecimientos de pago. Por ejemplo, en Tokio se instauró la forma de pago electrónica con el fin de reducir las interminables colas que se formaban para comprar un billete de transporte público.

En tercer lugar, la seguridad. Los sistemas de pago móviles requieren unos protocolos de autenticidad que van más allá del simple código de seguridad de la tarjeta de crédito. Muchos de los sistemas introducen la huella dactilar o fotos de la persona dueña de la tarjeta, lo que inevitablemente refuerza la seguridad de los pagos.

Estas ventajas que proporciona el dinero electrónico ayudan a que se convierta en la principal forma de pago en un futuro cercano. Este fenómeno genera cierta controversia desde el punto de vista de la accesibilidad al mismo. Está claro que el dinero en efectivo es un recurso al que cualquier persona puede acceder. Sin embargo, el dinero electrónico requiere ciertos dispositivos electrónicos para su uso que pueden ser desde un teléfono móvil hasta un ordenador. Lógicamente, estos elementos pueden ser de difícil acceso para ciertas personas, ya que el precio de un teléfono móvil inteligente suele rondar los 200¹ euros como mínimo. Actualmente

¹ Fuente página web de la tienda informática Mediamark.

las tarjetas inteligentes son accesibles a todos los públicos, aunque no se tenga cuenta bancaria, se puede operar en modo prepago. El problema surgirá si finalmente desaparece el dinero efectivo, ya que esta forma prepago dejara de funcionar así, y se suministraran los fondos desde una cuenta bancaria. Aunque parezca extraño, en el mundo cerca de un 30% de la población carece de una cuenta bancaria, lo que supone unos 2.000 millones de personas². En países menos desarrollados de Latinoamérica o África se ha optado por el dinero electrónico a través de operadores móviles sencillos. Se trata de teléfonos móviles muy básicos donde a través de SMS recibirías un código que te permita operar, tanto para pagar en un comercio como para traspasar saldos. En estos países, la población que no tiene acceso al sistema bancario convencional es realmente significativa, y mediante este nuevo método de pago se pretende dotar al ciudadano de más posibilidades. Por otro lado, su principal inconveniente es la red telefónica. En estos países existen zonas donde carecen de una red telefónica sostenible y por tanto en ocasiones resulta difícil operar con dicha tecnología.

En España, como mencionaba anteriormente, los monederos electrónicos asociados al Smartphone requieren mayor desarrollo tecnológico ya que funcionan a través de la tecnología NFC (Near Field Communication) y no todos los teléfonos móviles están dotados de dicha tecnología. Además, algunas de las aplicaciones como Apple Pay y Google Wallet requieren de un sistema de reconocimiento por fotografía o incluso lector de huella dactilar, lo que supone un precio del teléfono más elevado. Por otro lado, es importante destacar que además del gasto, que puede suponer adquirir un teléfono inteligente que cumpla con las características mencionadas, hay una importante parte de la población española que no está familiarizada con esta tecnología y no parecen tener predisposición para ello. En concreto, un 20%³ de la población española no utiliza el Smartphone. Sí entramos más a fondo a analizar este dato, se observa que entre la población más joven este número disminuye, sin

² informe Global Findex del Banco Mundial

³ Informe Mobile en España y el Mundo 2016.

embargo, como era de esperar por otra parte, a medida que la edad aumenta se produce un descenso del uso.

Sin centrar la atención demasiado en el análisis de estos dispositivos, conviene analizar el trasfondo que supondría operar únicamente con dinero electrónico. El principal riesgo sería la imposibilidad de una parte de la población de acceder al sistema financiero. Esto supondría un riesgo grave para la sociedad ya que estas personas no podrían realizar ningún tipo de consumo ni pago a no ser que dispongan de alguno de los métodos de pago mencionados.

2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS

El objetivo principal de este trabajo es en análisis de las carteras y aplicaciones de dinero electrónico conforme al régimen español y las tendencias internacionales.

Durante este estudio se entra a analizar el funcionamiento interno del dinero electrónico, destacando sus dos formas de operativa: tanto la basada en tarjetas, como en software informático.

Se realiza también una descripción de las partes implicadas en dicho funcionamiento, prestando especial atención a las entidades de dinero electrónico, las cuales se postulan como alternativa del sistema bancario tradicional. Dentro de estas entidades se analiza un nuevo tipo de entidad. De forma abreviada, su nomenclatura es GAFSA, la cual se forma por las iniciales de sus denominaciones sociales (Google, Amazon, Facebook y Apple).

Se analiza en detalle el depósito de dinero electrónico, explicando la regulación vigente. Además, se estudian los principales factores que afectan a su correcto funcionamiento, extendiendo dicha investigación a las tendencias internacionales.

Otro punto de investigación son las garantías que se establecen entorno a los depósitos. Se estudian los principales tipos, así como las tendencias internacionales que surgen entorno a los mismos.

Por último, se realiza una explicación detallada de los factores que han dado lugar al cierre de la entidad de dinero electrónico Younique Money, analizando principalmente las implicaciones legales que ha tenido para los depósitos de sus clientes.

3. LA METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Como punto de partida de este estudio, se ha realizado una extensa revisión bibliográfica, con el fin de conocer la regulación que afecta a dichos depósitos, así como el funcionamiento y entramado interno que gira entorno a los mismos.

Durante este estudio se ha utilizado una metodología de tipo descriptivo, con el fin de conocer los principales factores que afectan al depósito de dinero electrónico, así como las diferentes formas que existen del mismo. Se examina también cuales son los principales intermediarios de este sistema.

El desarrollo del trabajo está dividido en tres grandes bloques:

El primer bloque está dedicado a realizar una introducción al concepto de dinero electrónico, así como analizar los principales aspectos regulatorios. En este bloque, se analiza también el funcionamiento tecnológico con el que opera el dinero electrónico, así como las entidades que lo hacen posible, entrando en un detallado análisis de dichas entidades.

El segundo bloque se centra en describir el depósito de dinero electrónico. Al igual que en el bloque anterior se realiza un estudio de la legislación vigente que regula dicho mecanismo de depositaria. Se analiza, en este bloque, el funcionamiento del mismo, así como las principales garantías que ofrece a los usuarios.

El tercer y último bloque está destinado a analizar el caso de la entidad de dinero electrónico Yunique Money.

III. DESARROLLO

I. DINERO ELECTRÓNICO:

I.I ¿QUÉ ES EL DINERO ELECTRÓNICO?

Antes de sumergirnos de forma completa en el depósito de dinero electrónico, resulta incuestionable explicar en qué consiste el dinero electrónico o en ocasiones abreviado con las siglas DE.

La definición de dinero electrónico⁴ viene recogida en la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico. El Banco Internacional de Pagos (BIS) lo define como: *“valor almacenado o producto de prepago en el que se almacena un registro de fondos o valor disponible para el consumidor para múltiples usos en un dispositivo electrónico que pertenezca al consumidor”*. Si bien, otros organismos hablan de dinero electrónico al referirse a dinero que se emite de forma electrónica. Este es el caso de las criptomonedas, como Bitcoin.

A raíz de la citada Ley 21/2011 se entiende que para que se pueda clasificar como dinero electrónico debe cumplir una triple característica:

En primer lugar, debe ser almacenado por medios electrónicos o magnéticos, como son las tarjetas de crédito o débito, los monederos digitales o tarjetas prepago. Por otro lado, también se almacena en wallets conectadas a aplicaciones

⁴ Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico: todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico.

descentralizadas (DApps) que se conectan a una red distribuida DLT. Estas aplicaciones tienen las siguientes características:

- *“La aplicación debe tener un código abierto, debe operar autónomamente, y sin una entidad controlando sus fichas. La aplicación puede adaptar su protocolo en respuesta a mejorar presupuestos y feedback del mercado, pero todos cambios deben ser decididos por consenso de sus usuarios.*
- *Los datos y anotaciones de operaciones de la aplicación deben ser almacenados criptográficamente en una blockchain pública y descentralizada.*
- *La aplicación tiene que usar una ficha criptográfica (Bitcoin o una ficha propia de su sistema), cuál es necesaria para acceder a la aplicación, y cada contribución de valor de miners debería ser recompensada con esas fichas.*
- *La aplicación debe generar fichas según un algoritmo criptográfico estándar, sirviendo como prueba de valor, cuál está contribuido por los nodulos a la aplicación (Bitcoin usa el Proof of Work Algorithm)”⁵.*

La regulación de estas aplicaciones difiere de la normativa establecida en torno a las tarjetas bancarias, ya que se trata de un tema de vanguardia donde aún se está trabajando para darle una regulación adecuada, aunque se podría ver afectado por la normativa existente de blockchain.

En segundo lugar, debe emitirse con recibo a los fondos que permitan efectuar la operación de pago de acuerdo a la Ley 16/2009, la cual en su artículo 2.5 define una operación de pago como *“una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, consistente en situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos”*. Estas operaciones, están calificadas como neutras, en las que la entidad bancaria no toma una posición

⁵ Vollstädt, E. (16 de marzo de 2015). *BITNATION GOVERNANCE*. Obtenido de Bitnation governance: <https://blog.bitnation.co/que-son-las-dapps/?lang=es>

deudora ni acreedora, sino que realiza operaciones instrumentales por las cuales cobra una comisión⁶.

El tercer requisito, establece, la necesidad de que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico. Lógicamente, si la persona con la que realizamos, por ejemplo, una compraventa, no acepta como medio de pago el dinero electrónico no se podrá utilizar el mismo. Se podría decir que técnicamente existe una falta de interoperabilidad⁷.

Por otro lado, la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico también establece una delimitación negativa del dinero electrónico, ya que estipula que dicha ley “*no se aplicará a aquel valor monetario:*

a) almacenado en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o bien para un conjunto limitado de bienes o servicios, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente;

b) utilizado para realizar operaciones de pago exentas en virtud del artículo 3.1) de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago”.

Se produce aquí un debate legal⁸ con el fin de establecer que términos son incluidos dentro de esta definición, es decir, que conceptos no serían calificados como dinero electrónico. Como solución a este problema, se crea el RD 778/2012 de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico⁹. Este texto legal tiene

⁶ Manuel Pino Abad y Pablo Luis Núñez Lozano. (2011). *Tratado de Derecho mercantil T.9: La Sociedad Anónima. Vol.7: Las sociedades anónimas especiales*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales

⁷ Fernández, Á. L. (12 de febrero de 2016). La llave maestra del ‘cashless’ es la interoperabilidad. *Retina*, 5.

⁸ De acuerdo a José Antonio Vega Vega, catedrático de Derecho de Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

⁹ En virtud del artículo 23 del RD 778/2012: no estará sujeto a la normativa reguladora de dinero electrónico el valor monetario almacenado en instrumentos cuyo uso esté limitado a:

a) A los establecimientos del emisor, o

como objetivo de acuerdo a su exposición de motivos “*coadyuvar a aumentar la precisión del régimen jurídico aplicable a la emisión de dinero electrónico, clarificando su definición y el ámbito de aplicación de la norma. De esta forma, al aumentar la seguridad jurídica de los intervinientes en el mercado, se facilitará el acceso a la actividad de emisión de dinero electrónico y se estimulará la competencia en dicho sector*”.

Resulta relevante citar el análisis que hace José Antonio Vega Vega acerca de este Real Decreto, “*De acuerdo con estas precisiones reglamentarias, podemos concluir que, en el tenor de esta exclusión, pueden encajar las tarjetas de compra y vales de combustible de empresas, tarjetas de socios, tarjetas de transporte público, vales de alimentación o vales de servicios, que como sabemos están sujetos, en ocasiones, a un marco jurídico específico en materia fiscal o laboral destinado a promover el uso de tales instrumentos para lograr los objetivos establecidos en la legislación social. Es obvio que por su finalidad y por su ámbito de aplicación estas tarjetas o vales, cualquiera que sea su instrumentalización o forma de representación, no nacen con fines de servir de medio de pago ni para configurarse como módulos de valor de carácter general, sino que la mayoría de las cosas corresponde a contraprestaciones por servicios o trabajo, lo que les aleja de las características del dinero*”.¹⁰

Establece además una segunda reflexión, refiriéndose a operaciones de pago realizadas a través de un dispositivo electrónico pero los bienes adquiridos a través de esa operación se entregan y se utilizan en dispositivos de telecomunicación. Además, el operador no debe ocupar únicamente la figura de intermediario, sino

b) dentro de una red limitada de proveedores que hayan celebrado un acuerdo comercial directo con el emisor del instrumento.

¹⁰Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago. Artículo 26: Redes limitadas

Se considerará que el uso de un instrumento se circunscribe a una red limitada si sólo puede emplearse para la adquisición de bienes y servicios en una determinada cadena de proveedores de bienes o servicios, o para una serie limitada de bienes y servicios, sea cual sea la localización del punto de venta.

Los proveedores de bienes y servicios incorporados a una de estas redes limitadas deberán haber suscrito un contrato en virtud del cual se reconozcan las obligaciones comunes a todos ellos para la aceptación del instrumento y los derechos de los usuarios del mismo que, en todo caso, deberán ser idénticos independientemente del proveedor del bien o servicio.

que es operador de servicios de telecomunicación. De acuerdo a esto, José Antonio Vega explica que “*la segunda exclusión legal se refiere a aquellos valores monetarios utilizados para operaciones que, aun realizándose con valores que pudiéramos conceptuar en principio como dinero electrónico, atienden al concepto de operaciones de pago exentas desde el punto de vista legal, del texto legal se deduce que para que estos últimos valores económicos o monetarios queden excluidos del concepto legal de dinero electrónico deben concurrir dos requisitos:*

El primero, que la entrega o el consumo de los bienes y servicios se haga en línea, es decir, que sea una operación de comercio electrónico directo que verse sobre bienes intangibles.

*El segundo requisito hace referencia a la necesidad de que el operador de servicios de la sociedad de la información no actúe únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el proveedor de los bienes y servicios. Esto es, que no será un mero prestador del servicio o, lo que es lo mismo, que su función no se limite a facilitar a otros el acceso y la operatividad en redes informáticas, sino que tenga una participación activa, en virtud de cualquier título en Derecho, en el suministro o entrega de los bienes o servicios”.*¹¹

I.II FUNCIONAMIENTO DEL DINERO ELECTRÓNICO

El sistema de funcionamiento del dinero electrónico es en cierta manera complejo. Se diferencian dos mecanismos, uno basado en tarjetas y otro basado en software informático. Su funcionamiento operativo se rige a través del sistema e-cash, el cual establece una triple relación en la que intervienen la entidad emisora del dinero electrónico, la persona titular del mismo, el que sería el usuario propiamente dicho

¹¹ Vega, J. A. (2015). *Derecho mercantil electrónico*. Madrid: Reus S.A.

y finalmente, el tercero que acepta ese dinero electrónico como medio de pago, que puede ser tanto un particular como un empresario.

Para que este sistema funcione es necesario que los intervinientes en la operación, es decir, cliente y comerciante, tengan una cuenta abierta en la entidad emisora de dinero electrónico, la cual se denomina cuenta de referencia.

La entidad emisora tiene un papel activo ya que será la encargada de abrir y gestionar una cuenta de dinero electrónico siempre y cuando medie solicitud y autorización por parte de los clientes. Otra tarea que le está encomendada a la entidad emisora es la de proporcionar el software y los programas informáticos necesarios para la instalación del monedero electrónico. Asimismo, la entidad emisora será la encargada de proporcionar la conexión red que una al cliente, es decir, su cuenta de dinero electrónico y el servidor de la entidad financiera.

Para que se pueda realizar una transferencia es necesaria la existencia de fondos en la cuenta de dinero electrónico. Existen dos modos de provisión de fondos; por un lado, se puede utilizar un sistema prepago, donde, como el propio nombre indica, se realiza un ingreso previo a la compra en la cuenta de dinero electrónico y .por otro lado, se puede vincular a la cuenta de referencia, la cual puede ser tanto de crédito como de débito, y esta surtirá de liquidez a la cuenta de dinero electrónico siempre y cuando, claro está, posea saldo positivo.

La transferencia es recibida por la entidad emisora, la cual descontará en la cuenta de dinero electrónico, la cantidad que corresponde al valor que se asignó. Por su parte el cliente deberá identificarse con la firma digital que tiene asignada personalmente y que será comprobada a su vez por el banco. Además, la entidad emisora deberá firmar digitalmente la moneda, ya que es la forma de probar la autenticidad de la moneda, es decir proporciona el respaldo bancario. Cuando ambos intervinientes realizan dichas tareas, el banco envía de nuevo la moneda

firmada, de forma telemática, al cliente. Seguidamente intervendrá en software del dispositivo, el cual, a través del sistema blinding factor, descifrará el número de identificación del dinero electrónico antes de que se use dicha moneda.¹²

Una vez realizado este difícil proceso, el usuario tendrá en su poder una moneda firmada por el banco, pero de la que este último desconoce su número de serie, lo que supone que en un futuro cuando este usuario acudiese al banco a descontarla no sería capaz de relacionarla con el propio usuario, ya que se firmó un número de serie distinto. Esto proporciona al comprador un anonimato comparable al de una moneda común. Se asimilaría así las monedas de un monedero electrónico a las monedas que hay en una cartera convencional en términos de anonimato.

Desde un punto de vista comercial la moneda electrónica puede ser utilizada como medio de pago tanto a empresarios como a particulares. En el comercio online, la página web deberá mostrar un logotipo indicando que el dinero electrónico es aceptado como medio de pago. Si el cliente desea operar con dinero electrónico deberá seleccionar dicho servicio para que posteriormente, el ordenador del comerciante envíe la petición de pago. El cliente deberá entonces aceptarla y este completará la transacción enviando, a través de su programa informático, la moneda o monedas electrónicas correctamente firmadas y provistas de su número de identificación. Una vez realizado esto, el empresario deberá presentar las monedas en el banco correspondiente, el cual procederá a comprobar la firma de la moneda y más importante, comprobar que esa moneda no ha sido usada con anterioridad, es decir, que no ha sido presentada al cobro anteriormente.

Este proceso de autenticación se realiza gracias al número de identificación del que es provisto la moneda, el cual es anotado en un registro interno de la entidad emisora. Por esta razón, cuando el empresario presenta al cobro una moneda, la

¹² Devoto, M. (1998). *La economía digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero*. Logroño: Revista iberoamericana de derecho informático.

entidad emisora solo tendrá que comprobar, en el mencionado registro, que no ha sido presentada anteriormente. Este sistema evita que se produzca fraude en el momento del cobro a través de la copia de moneda, ya que las monedas solo podrán ser usadas en una ocasión.¹³

Una vez comprobado que no figura en el registro un número de identificación igual al presentado se procede a la transferencia de fondos a favor del comerciante. Además, como se explicaba con anterioridad, se preserva el anonimato del cliente, ya que la moneda electrónica no contiene ningún dato que la relacione con el mismo.

L.III ENTIDADES DE DINERO ELECTRONICO

El régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, de forma abreviada EDE, viene recogido en el artículo 2 del Real Decreto 778/2012 del 4 de mayo. En este artículo se describen los requisitos necesarios para la creación de una entidad de dinero electrónico:

- a) Revestir cualquier forma societaria mercantil. Las acciones, participaciones o títulos de aportación en que se halle dividido el capital social deberán ser nominativos.*
- b) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección en territorio español.*
- c) Disponer de un capital social no inferior a 350.000 euros.*
- d) Que los accionistas o socios titulares de participaciones significativas sean idóneos conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.*
- e) Que los administradores de la entidad de dinero electrónico sean personas de reconocida honorabilidad y posean, la mayoría de ellos, los conocimientos necesarios para la emisión de dinero electrónico y la prestación de servicios de pago. Estos requisitos*

¹³ Gándara, M. d. (2003). *El Dinero electrónico*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas

deberán asimismo concurrir en cada uno de los directores generales o asimilados de la entidad.

f) Disponer, a los efectos de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, de procedimientos de gobierno corporativo adecuados, incluida una estructura organizativa clara, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, así como procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que esté o pueda estar expuesta, junto con mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables adecuados. Tales métodos, procedimientos y mecanismos serán exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de emisión de dinero electrónico y los servicios de pago prestados por dicha entidad.

g) Establecer procedimientos y órganos de control interno y de comunicación para prevenir e impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.”

Del artículo se desprende cierta rigurosidad y formalismo que se ve justificado, ya que son entidades con semejanzas a las entidades bancarias y por ello deben ser caracterizadas por ese extra de seguridad. En algunos casos, prima la objetividad como son los puntos a) y c), donde se recoge taxativamente tanto la forma societaria como el capital social. Sin embargo, otros puntos como pueden ser el d) y el e) dan lugar a una cierta interpretación subjetiva por parte del legislador. En concreto cuando se hace referencia a la idoneidad y la honorabilidad, términos que dan lugar a esa interpretación más subjetiva antes mencionada. Estas entidades son requeridas para realizar su actividad de una autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda. Se puede pensar que el legislador busca dotar de cierta discrecionalidad al Estado con el fin de que éste se vea provisto de alguna justificación válida a la hora de denegar una licencia para la creación de una entidad de dichas características.

Por tanto, sería necesario una descripción más profunda de dichos criterios mencionados con el fin de proporcionar una mayor transparencia y seguridad jurídica que la que está planteada actualmente. Estos obstáculos podrían salvarse estableciendo unos requisitos más precisos. Un criterio a tener en cuenta podría ser

una experiencia laboral en el sector bancario mínima. Se sustituiría así el criterio “de reconocida honorabilidad...los conocimientos necesarios para la emisión de dinero electrónico” por la exigencia para los administradores de una experiencia mínima de, por ejemplo, 10 años en el sector bancario español. Al igual que en el mencionado artículo 2, se extendería este requisito a los directores generales de la entidad de dinero electrónico.

Además de dicha autorización, la entidad de dinero electrónico deberá inscribirse en el registro mercantil, así como en el banco de España. Esto es debido a que el fin del registro mercantil es la publicidad material. De acuerdo con Fernández del Pozo, doctor en derecho mercantil, “*El fin básico del Registro Mercantil se concreta, pues, en lo que ha dado en llamarse «publicidad material» (frente a la «publicidad formal» del Registro): la institución hace posible, para la seguridad abstracta del tráfico empresarial, la eficacia erga omnes de las situaciones jurídico -personales típicas (las susceptibles de inscripción en la hoja registral) y referentes a empresarios inscribibles*”.¹⁴

Las actividades comprendidas dentro del margen de actuación de las EDE son:

- Emitir dinero, con algunas excepciones recogidas en la Directiva 2009/110/CE¹⁵.
- Concesión de créditos en relación con determinados servicios de pago
- Prestar servicios de pago en el caso de que el Banco de España lo autorice
- Gestión de sistemas de pago
- Garantizar los depósitos recibidos

¹⁴ Pozo, L. F. (2013). *Publicidad material y fe pública en el registro mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

¹⁵ Por motivos prudenciales, los Estados miembros deben velar por que solo puedan emitir dinero electrónico las entidades de dinero electrónico que dispongan de la debida autorización o que se beneficien de una excepción de conformidad con la presente Directiva, las entidades de crédito autorizadas conforme a la Directiva 2006/48/CE, las oficinas de cheques postales facultadas en virtud de la legislación nacional para emitir dinero electrónico, las instituciones mencionadas en el artículo 2 de la Directiva 2006/48/CE, el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales cuando no actúen en su condición de autoridad monetaria, u otras autoridades públicas y Estados miembros o sus entidades regionales o locales cuando actúen en su condición de autoridades públicas.

I.IV. LAS NUEVAS ENTIDADES DE DINERO ELECTRONICO

Hay una fuerte tendencia de mercado, en la cual los gigantes tecnológicos como Google, Amazon, Apple o Facebook, intentan introducirse en el servicio de pagos respaldados por su poder, traducido en el número de usuarios que engloban.

Como ejemplo desde 2017 la empresa multinacional Facebook operan en algunos países, entre ellos España, como entidad de dinero electrónico. Esta entidad se registró en la institución competente, el banco de España, en diciembre de 2016. Su nombre social actualmente es Facebook Payments International Limited. Facebook tiene su sede europea en Irlanda y fue precisamente el banco central de este país el que emitió la información y los permisos necesarios para que el gigante norteamericano pudiese operar en los países que conforman la Unión Europea.

La nueva regulación europea de servicios de pagos digitales (PSD2) facilita los pagos en toda Europa ya que ofrece mayor seguridad adaptando los servicios bancarios a las nuevas tecnologías. Esta directiva está pensada para reforzar la posición que ocupa el consumidor dentro del complejo sistema de los servicios de pago, ya que se beneficiará de un incremento en la competencia. Esto es debido a que los proveedores de pago tradicionales, es decir, los bancos, deberán compartir los datos de sus clientes, siempre que estos lo consientan, con terceras empresas denominadas TPPs (Third Party Payment Service Providers). Los datos facilitados serán el acceso a las cuentas de los clientes de un banco, así como el inicio de pagos en su nombre. La falta de esta información era uno de las barreras que frenaban el desarrollo de las TPPs, ya que no podían proporcionar soluciones viables a gran escala.

La directiva PSD2 implementa los requisitos de seguridad. Prueba de ello es el requerimiento de la autenticación dos factores para realizar un pago electrónico. De esta forma, un usuario que desee realizar un pago deberá realizar dos de las tres

pruebas establecidas como válidas para procesar una transacción. Entre los protocolos de autenticidad destacan el tradicional número PIN o la huella dactilar.

Cabe destacar una nueva modalidad de pago seguro, el PISP (Payment Initiation Service Providers). Este nuevo método refuerza la seguridad de los pagos al establecer el pago como una acción push con punto inicial en la cuenta del emisor y punto final en la cuenta del receptor. Se mejora así la seguridad en comparación con el actual mecanismo de las tarjetas de crédito, denominado pago pull.

La normativa PSD2 trata de dotar de un mayor dinamismo al servicio de pagos, ya que, a través del Application Programming Interface, el propio consumidor tendrá la posibilidad de autorizar al comercio para ejecutar un pago en su nombre a través de su cuenta bancaria, eliminando así intermediarios. Según algunos expertos, la forma para compartir información entre los bancos y las TPPS va a depender de una mejora de las Application Programming Interface. De acuerdo a De la Chica, *“aunque en la PSD2 nunca se habla expresamente de APIs, la mayoría de profesionales del sector tecnológico y financiero damos por hecho que las APIs serán el medio técnico que permitirá a los bancos cumplir con lo que establece la normativa”*.¹⁶

Estas nuevas entidades, como puede ser Facebook podrán realizar las siguientes acciones:

- Emitir, distribuir y reembolsar dinero electrónico
- Emitir y adquirir instrumentos de pago
- Realizar transferencias de fondos o pagos, mediante dispositivos de telecomunicaciones, digitales o informáticos.

¹⁶ José Manuel de la Chica, Venture Solutions Architect en New Digital Business de BBVA, <https://www.bbva.com/es/lo-saber-la-psd2/>

En términos prácticos esto permitirá a Facebook, ayudado de sus distintas plataformas como Messenger, realizar envíos de dinero.

Sin embargo, sus acciones se ven en algunos casos limitadas. No podrá intermediar en los mercados de valores, ni captar depósitos bancarios. Tampoco podrá conceder préstamos en ninguna de sus modalidades.

Desde el punto de vista de las garantías, no existe un fondo de garantía que cubra los distintos soportes donde es almacenado el dinero electrónico. Sin embargo, los depósitos si estarían cubiertos. Además, hay que tener en cuenta que el legislador establece en el artículo 2 del Real Decreto 778/2012 del 4 de mayo una serie de requisitos para establecerse como entidad de dinero electrónico entre los que se pueden destacar el capital social mínimo de 350.000 euros, que indudablemente favorecen a dotar de mayor seguridad al modelo.

II. DÉPOSITO DE DINERO ELECTRÓNICO

II.I REGULACIÓN LEGAL DEL DEPÓSITO DE DINERO ELECTRÓNICO

En primer lugar, es necesario analizar en que consiste un depósito. El código civil recoge en su artículo 1758 una definición de depósito “*Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla*”. De acuerdo a este precepto la recepción de un bien mueble ajeno, como es el dinero electrónico, constituiría el depósito. La persona o entidad que recibe dicho bien ajeno deberá cumplir con una serie de obligaciones recogidas en el artículo 1766 y siguientes del Código Civil. Principalmente, el depositario está obligado a guardar y restituir la cosa, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Por su parte, el depositante tiene una serie de obligaciones relacionadas con el gasto o perjuicio que puede ocasionar el depósito al depositario.

En segundo lugar, resulta necesario analizar su carácter mercantil. En este sentido el Código de Comercio recoge en su artículo 303¹⁷ los requisitos para que un depósito sea considerado mercantil. En el caso de un depósito de dinero electrónico, se cumplirían dichos requisitos. La entidad de dinero electrónico, el depositario, será un comerciante. El dinero, el bien que se deposita, es objeto de comercio. El propio depósito de dinero electrónico se realiza a consecuencia de una operación mercantil, el cambio de dinero fiduciario a dinero electrónico. En el artículo 310 Código de Comercio, se explica que, en el caso de depósitos verificados en los bancos, sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán primero por los estatutos de las mismas, segundo, por las prescripciones de este Código, y

¹⁷ Artículo 303 (Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio)

Para que el depósito sea mercantil se requiere:

1.º Que el depositario, al menos, sea comerciante.

2.º Que las cosas depositadas sean objeto de comercio.

3.º Que el depósito constituya por sí una operación mercantil, o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles.

últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos.

En tercer lugar, es necesario analizar su caracterización como depósito bancario. Se trataría de una operación pasiva de depósito cuya naturaleza jurídica es *sui generis*, de carácter crediticio, por ser un préstamo que el cliente hace a la entidad, de ahí que, en el balance de una entidad financiera, los depósitos sean su pasivo, obligaciones de pago, y los créditos sean el activo, derechos de cobro, es decir, al revés que en el resto de empresas.

Además, de acuerdo a José Antonio Vega Vega “*existe unanimidad doctrinal a negar el carácter de permuta al cambio de servicios, o de servicio contra cosa, pues se trataría de, en opinión de la doctrina civilista un contrato innominado*”. Esta línea argumentativa también es defendida por Albadalejo¹⁸.

Vega Vega establece una distinción entre la permuta tradicional y la comercial, argumentando que “*la permuta comercial se diferencia de la permuta tradicional por el objeto y la causa, dado que en su caracterización se contraponen los conceptos de cosa y dinero, debiendo entender que el primer vocablo no se incluye numerario (1538 CC) y, además se excluyen las prestaciones de servicios. Y aun cuando admitiéramos la posibilidad de permuta de dinero, siempre sería cuando este bien no cumpliera su función de medio de pago, extremo que no ocurre en las permutas comerciales, en las que el dinero siempre puede intervenir como instrumento o medio de pago o como cumplimiento de las obligaciones compensatorias recíprocas*”.¹⁹ De acuerdo a este razonamiento, parece extraerse que en la permuta comercial sí que podría producirse el intercambio de bienes por servicio. Además, en la permuta comercial el dinero se establece como medida de valor y no como cosa.

¹⁸ Albadalejo, M., Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. II, Ed. Bosh, 1977, pág. 93.

¹⁹ Vega, J. A. V. (2011). El contrato de permuta comercial:(BARTER). Editorial Reus.

Por otro lado, la causa de una permuta mercantil, el intercambio de cosas muebles persigue un fin lucrativo a diferencia de la causa de la permuta tradicional, que persigue un fin de cambio de derechos de propiedad.

El depósito de dinero electrónico viene regulado por el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, el cual remite en materia de salvaguarda de fondos recibidos a cambio de la emisión de dinero electrónico a la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico. Esta ley, en su artículo 9²⁰, hace referencia a dos formas de salvaguarda de fondos, ambas recogidas en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Dicho artículo 9 establece una primera forma de depósito, recogida en el apartado A del artículo 10.1 de la Ley 16/2009. Dicho apartado A, hace mención a la separación entre los fondos de los usuarios de servicios de pagos y los de cualquier persona física o jurídica que no sea usuario de dichos servicios. Estos fondos deberán depositarse en una entidad de crédito o ser invertidos en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo. Dichos productos de inversión vienen recogidos en el apartado 2 del Real Decreto 778/2012.

Si bien éste parece el método más común de realizar la salvaguarda de fondos, el artículo 9 la Ley 21/2011 en su apartado 3 explica que cuando la EDE lo solicite y se le autorice podrá optar por el método de salvaguarda recogido en el apartado B

²⁰ *Artículo 9. Requisitos de garantía.*

1. Las entidades de dinero electrónico salvaguardarán los fondos recibidos a cambio del dinero electrónico que haya sido emitido, conforme a lo previsto en el artículo 10.1.a) de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Los fondos entregados a cambio de la emisión de dinero electrónico, que sean recibidos por la entidad de dinero electrónico a través de un instrumento de pago, no deberán ser salvaguardados de acuerdo con el apartado anterior hasta que no hayan sido ingresados en la cuenta de pago de la entidad de dinero electrónico o se hayan puesto de alguna otra forma a disposición de ésta, conforme a los plazos de ejecución previstos en la sección II del capítulo III del título IV de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, cuando resulten aplicables.

En cualquier caso, estos fondos habrán de ser salvaguardados transcurridos, como máximo, cinco días hábiles desde la emisión del dinero electrónico.

2. Se salvaguardarán asimismo conforme a lo previsto en el primer párrafo del apartado anterior los fondos recibidos por las entidades de dinero electrónico en relación con las actividades enunciadas en el artículo 8.1.a) de esta Ley que no estén vinculadas a la emisión de dinero electrónico.

3. No obstante lo anterior, el Banco de España, atendiendo a la singularidad del negocio de las entidades de dinero electrónico y con el fin de mejorar la protección de los fondos recibidos por ellas, podrá autorizar, cuando así lo solicite la entidad, la utilización del método de salvaguarda previsto en el artículo 10.1.b) de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, ya sea para proteger los fondos que se hayan recibido a cambio del dinero electrónico emitido, ya sea los recibidos para la prestación de servicios de pago no vinculados a dicha emisión.

del artículo 10.1 de la Ley 16/2009. Este segundo método se caracteriza por cubrir los fondos con una póliza de seguro u otra garantía comparable, que cubra la cantidad equivalente a la que habría sido separada en caso de no existir dicha póliza. Respecto a su entrada en acción, solo cabría su ejecución en el caso de que la autoridad judicial competente hubiese declarado el concurso de la entidad.

Respecto del artículo 9 de la Ley 21/2011 cabe prestar especial atención a su apartado primero, cuando hace referencia a los fondos que sean recibidos a través de un instrumento de pago. El concepto civil de “pago” supone una extinción de obligaciones de acuerdo al Código Civil²¹. El artículo 1157 del CC explica que para que una deuda se considere pagada, debe haberse entregado la cosa, es decir, el dinero. De acuerdo con estos artículos, un instrumento de pago debe ser aquel que permita de alguna forma, ya sea telemática o física, extinguir la obligación de pago que tiene el deudor frente a la entidad de dinero electrónico.

Respecto del artículo 10.1²² de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago también es necesario establecer ciertas puntualizaciones:

En primer lugar, el deber de custodia del depositario: cuando el artículo hace mención a la salvaguarda de los fondos recibidos se refiere al deber de custodia por parte del depositario. Este deber viene recogido en el Código Civil, en su artículo

²¹ Artículo 1156 del Código Civil

²² Artículo 10. Requisitos de garantía.

1. Las entidades de pago salvaguardarán los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución de las operaciones de pago, sujetándose a uno de los dos procedimientos siguientes:

a) No se mezclarán en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos y, en caso de que todavía estén en posesión de la entidad de pago y aún no se hayan entregado al beneficiario o transferido a otro proveedor de servicios de pago al final del día hábil siguiente al día en que se recibieron los fondos, se depositarán en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo en los términos que se establezcan reglamentariamente.

En este caso, los titulares de los fondos gozarán de derecho de separación sobre las cuentas y activos mencionados en el párrafo precedente, de conformidad con la normativa concursal, en beneficio de los usuarios de servicios de pago, con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, en particular en caso de insolvencia.

b) O bien, estarán cubiertos por una póliza de seguro u otra garantía comparable de una compañía de seguros o de una entidad de crédito que disponga de la calidad crediticia mínima que se determine reglamentariamente, que no pertenezcan al mismo grupo que la propia entidad de pago, por una cantidad equivalente a la que habría sido separada en caso de no existir la póliza de seguro u otra garantía comparable, que se hará efectiva en caso de que haya sido dictado auto de declaración de concurso de la entidad.

1766²³. Se entiende que el depósito no se debe custodiar porque se debe restituir, sino que se debe restituir porque se concluyó la obligación de custodiar²⁴.

En segundo lugar, el proveedor de servicio de pago: se explica que los fondos pueden provenir de los propios usuarios, pero también de otro proveedor de servicios de pago. La directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del consejo de 25 de noviembre de 2015 define entidad de pago como “*una persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, de conformidad con el artículo 11, para prestar y ejecutar servicios de pago en toda la Unión*”. Cabe la posibilidad de que sea un proveedor de pago el que envíe los fondos con el fin de realizar una operación de pago. En la misma directiva citada se hace referencia a que los fondos de los usuarios de los fondos de pagos se mantengan separados de los fondos de las entidades de pago. A ojos del legislador resulta establecer “*requisitos de salvaguardia si la entidad de pago está en posesión de fondos de los usuarios de los fondos de pagos. Cuando la misma entidad de pago efectúe una operación de pago tanto para el ordenante como para el beneficiario y se ofrezca al ordenante una línea de crédito, puede resultar conveniente salvaguardar los fondos destinados al beneficiario una vez que representen el crédito de este ante la entidad de pago.*”²⁵

En tercer lugar, los principios de segmentación propios de las empresas de servicios de inversión y de transparencia. De acuerdo al artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, debe existir una clara diferenciación entre los instrumentos financieros de los clientes y los de la entidad. Además, la entidad debe realizar un registro interno que permita conocer en todo momento la localización de los fondos de sus clientes. El legislador persigue con estos requisitos una doble

²³ El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro.

²⁴ Manso, T. H. (1991). *La obligación de custodia en el depósito*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra.

²⁵ DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

intención, por un lado, evitar el fraude a los clientes y por otro establecer un mecanismo adecuado y transparente que permita la prevención de los conflictos de interés.²⁶²⁷

En esta línea a favor de la transparencia, se pronuncia la LMV, que hace referencia los vínculos de las entidades con personas físicas o jurídicas que dificultan el trabajo de supervisión por la CNMV²⁸.

En cuarto y último lugar, el derecho de separación: en caso de que la entidad depositaria entre en un procedimiento concursal, la CNMV podrá realizar el traslado de los fondos de los clientes a otra entidad de depósito. Este proceso se contempla también para los *“activos depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que preste el servicio de depósito”*.

Se establece una cooperación entre la administración concursal y la autoridad judicial, ya que de acuerdo al apartado e del artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, *“tanto el juez competente como los órganos del procedimiento concursal facilitarán el acceso de la entidad a la que vayan a traspasarle los valores a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectivo el traspaso. La existencia del procedimiento concursal no impedirá que se hagan llegar al cliente, de acuerdo con las normas del sistema de compensación, liquidación y registro, los valores comprados o el efectivo procedente del ejercicio de los derechos económicos o de la venta de los valores”*.²⁹

²⁶ Fernández de Aroz Gómez-Acebo, A. (2000). Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores. *Instituto de Estudios Económicos, Madrid*.

²⁷ Circular 6/2010, de 21 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre operaciones con instrumentos derivados de las instituciones de inversión colectiva.

²⁸ La falta de transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad, o la existencia de vínculos estrechos con otras empresas de servicios de inversión u otras personas físicas o jurídicas que impidan el ejercicio efectivo de las funciones de supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y, en general, la existencia de graves dificultades para inspeccionarla u obtener la información que la Comisión Nacional del Mercado de Valores estime necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones supervisoras.

²⁹ Ezquerro, J. P. (2011). Revista de derecho concursal y paraconcursal. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 25-40.

Además de las citadas leyes, es necesario analizar el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico. En concreto, en su artículo 16, establece los requisitos de garantía que deben salvaguardar las entidades de dinero electrónico. Respecto a estos requisitos se analizan los siguientes conceptos:

En primer lugar, se hace referencia a una garantía directa y a primer requerimiento. De acuerdo a la doctrina de la Cámara de Comercio Internacional sobre las First Demand Guarantees, cabe mencionar la opinión del profesor Fernández Masiá, *“Las garantías a primera demanda son compromisos irrevocables, independientes de los contratos subyacentes; son emitidas por un banco garante a partir de las instrucciones del ordenante y que suponen el pago de una cantidad establecida en la propia garantía al beneficiario de la misma una vez que aquélla se reclama. La Cámara de Comercio Internacional ha tenido como objetivo poner de manifiesto la utilización de los más importantes instrumentos del comercio internacional con el fin de lograr una importante seguridad jurídica y ayudar a evitar dudas, errores y confusiones”*³⁰.

En segundo lugar, respecto del contrato de seguro que se menciona en el apartado D cabe hacer mención de los comentarios del profesor Veiga Copo, *“La interpretación de cláusulas y también de pólizas oscuras es síntoma en cierto modo del poder soberano de los jueces quienes han de interpretar aquellos contratos de seguro que no sean ni claros ni precisos. Vienen a subvenir la falta de probidad, atinado juicio y buena fe en quién elaboró, predispuso e impuso semejantes cláusulas a quienes han concertado un seguro, y, sobre todo, quienes lo han concertado sin poder mover un ápice la redacción de dichos clausulados.”*³¹

³⁰ Masiá, E. F. (2013). *Las garantías bancarias en el comercio internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

³¹ Veiga Copo, A. (2010). La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro.

II.II FUNCIONAMIENTO DEL DEPÓSITO

El depósito de dinero electrónico tiene como principio dinero en cuenta corriente o dinero en efectivo. Esto es así debido a que para conseguir dinero electrónico es necesario la transformación de dinero fiduciario en electrónico.

Los usuarios acuden a entidades de dinero electrónico y realizan en dichas entidades la entrega y posterior transformación de dinero físico en electrónico con el fin de operar con el mismo. De esta forma el cliente tendrá una cantidad de dinero electrónico que podrá transformar en dinero físico siempre que lo desee acudiendo a la entidad de dinero electrónico de nuevo.

Los fondos de dinero fiduciario que son entregados por el cliente pasan a ser custodiados por el emisor de dinero electrónico, surgiendo así la figura del depósito. El emisor deberá actuar conforme a la mencionada Ley 16/2009 de 13 de noviembre, la cual establece que el emisor podrá optar por dos métodos de custodia de fondos.

Por un lado, depositar los fondos en una cuenta separada en una entidad de crédito o invertirlos en activos seguros y líquidos que supongan un bajo riesgo. Esto tendría la ventaja para los titulares de fondos de gozar de un derecho de separación sobre dichas cuentas o activos.

Por otro lado, la entidad de dinero electrónico puede contratar los servicios de una póliza de seguro que tendrá efectos cuando se dicte un auto declarando el concurso de la entidad de dinero electrónico.

Si bien, este procedimiento no afectaría de los fondos que son recibidos por la entidad de dinero electrónico a través de un instrumento de pago.

Por último, la fracción de los fondos que este destinada a la emisión de dinero electrónico también se verá afectada por las normas de custodia que se establecen en la mencionada ley.

II.III GARANTIAS DE DEPÓSITO

Los riesgos, desde el punto de vista de los depósitos son principalmente dos: por un lado, el riesgo de insolvencia. Este riesgo contempla la posible pérdida de fondos en caso de insolvencia del emisor de dinero electrónico o alguna de las partes implicadas. Por otro lado, el riesgo de liquidez, el cual supone la imposibilidad de acceder a los fondos en cualquier momento.

La normativa debe poner especial atención en que los fondos de los clientes están separados de manera correcta entre los activos del emisor.³² De esta forma, en caso de que se produzca la quiebra por parte del emisor, no podrán ser embargados por sus acreedores. Los fondos deberán estar protegidos también, frente a la posible insolvencia del banco depositario, ya las entidades de dinero electrónico mantienen los fondos íntegros en una cuenta bancaria.

Frente a las posibles pérdidas que puedan sufrir las entidades de dinero electrónico se establecen una serie de garantías en relación a los riesgos mencionados:

El riesgo de liquidez quedaría cubierto con el requerimiento, por parte de los reguladores, a las entidades de dinero electrónico de establecer una ratio 1:1 entre

³² Artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

el dinero electrónico emitido y los fondos de los clientes. No cabría así el caso de falta de fondos para satisfacer las necesidades de los clientes. Además, el legislador establece una serie de restricciones a cerca del uso de los fondos. Por esta razón, un emisor de dinero electrónico no podrá actuar como intermediario de los fondos recibidos, no podrá otorgar crédito.

Por otro lado, a las entidades financieras se les obliga a invertir un porcentaje de sus activos en instrumentos seguros y líquidos con el fin de no incurrir en una falta de liquidez para atender a las necesidades de sus clientes. Sin embargo, en el caso de las entidades de dinero electrónico, se exige por parte del órgano regulador mantener la totalidad de los fondos de dinero electrónico en inversiones seguras y líquidas. Dependiendo del país donde se opere los instrumentos elegidos varían. En la Unión Europea, y con ello en España, se permite a los emisores de dinero electrónico la contratación de un seguro privados que garantice los fondos que no están cubiertos con inversiones liquidas³³. En la mayoría de los países se exige el depósito de fondos en cuentas bancarias de una o más entidades financieras distintas a fin de diversificar el riesgo lo máximo posible. En Estados Unidos se exige, además, a los emisores de dinero electrónico la inversión en títulos de deuda pública. Este modelo es seguido por algunos países de América Latina como Brasil o Uruguay³⁴.

El riesgo de insolvencia se ve también afectado por el requerimiento de mantener un importe del 100 por ciento de los fondos de dinero electrónico en activos líquidos y seguros. Este modelo, que es seguido por la mayoría de países del mundo que operan con dinero electrónico, puede no ser una garantía suficiente en el caso de que el emisor de dinero electrónico se declare insolvente, produciendo la imposibilidad de reembolsar los fondos íntegros a los clientes. De esta forma un cliente solo contaría con la garantía de un derecho de crédito no garantizado frente a los activos del emisor.

³³ Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

³⁴ Jeftanovic, P. (2001). EL DINERO ELECTRONICO Y LA POLITICA MONETARIA. Pharos, 8(2).

Con el fin de dotar de una mayor protección a los clientes, se establece una segregación entre los fondos de dinero electrónico y los activos de la entidad de dinero electrónico. De esta forma quedan claramente diferenciados los fondos que en caso de declaración de insolvencia pueden ser embargados por acreedores externos. Al igual que en el riesgo de liquidez, cada país establece una serie de preceptos legales que sirven de guía sobre cómo debe ser realizada dicha separación. En este caso tendrá influencia si el país que se analiza sigue el sistema jurídico del common law o el derecho civil continental.

Resulta de interés realizar una comparativa sobre el sistema que opera en los diferentes países. En España, es la propia Ley de Dinero Electrónico la que establece como debe realizarse la segregación de activos. En los países de la Unión Europea se sigue también este modelo de control mediante una ley específica. Fuera de Europa, países como Brasil, Indonesia o Filipinas son partidarios de este tipo de control. Estos países han optado por establecer una normativa específica con el fin de dotar de una mayor seguridad y garantizar la correcta separación entre los fondos y los activos del emisor. En dicha regulación específica se prohíbe la no diferenciación de los fondos de los clientes con los otros activos del emisor, así como la entrega de los fondos a los clientes en caso de insolvencia de la entidad.

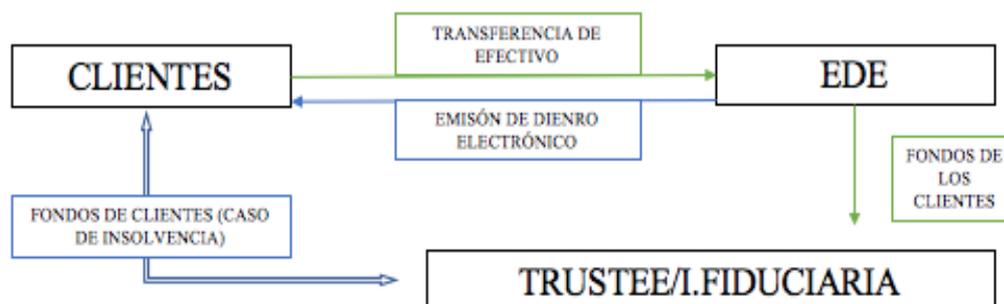
Por otro lado, si se analizan países donde impera el sistema common law, se puede apreciar una serie de variaciones. En este sistema jurídico se acude al concepto del trust, que es un instrumento jurídico por el cual una persona transmite bienes a otra, llamada trustee, la cual gestionará los fondos en beneficio de los clientes de dinero electrónico. El trustee puede ser tanto la propia entidad de dinero electrónico o un tercero que ocupe las labores de depositaría. La ventaja de este modelo reside en la propiedad de los fondos. El trustee gestiona los fondos con permiso de los clientes, los cuales no llegan a perder la propiedad de los mismos en ningún momento. Por esta razón, los fondos tienen una consideración distinta del resto de activos del trustee y gracias a ello no pueden ser utilizados por el emisor de dinero electrónico

para responder a sus obligaciones crediticias en caso de quiebra. Este sistema está presente en países como Estados Unidos, Kenia o Afganistán.

Los países que siguen un sistema basado en el derecho civil continental utilizan la figura jurídica del contrato fiduciario para aislar los fondos de dinero electrónico. De acuerdo con Garrigues; *“los contratos fiduciarios son aquellos que gozan de carácter mercantil, por el que una persona, llamada fideicomitente o constituyente, transfiere la propiedad de unos bienes para que sean administrados por otra persona, llamada fiduciario. Los fiduciarios son entidades, sociedades fiduciarias, reguladas y supervisadas de forma parecida a las entidades de crédito. El fiduciario adquiere la obligación de administrar los bienes de acuerdo con la finalidad establecida por el constituyente, en favor de uno o varios beneficiarios, que, dependiendo de la finalidad, puede ser la misma persona que el constituyente”*.³⁵ Aunque es menos evidente que el sistema del trust presenta muchas similitudes con este. El emisor de dinero electrónico transmite los fondos al fiduciario, el cual se compromete al buen fin de los mismos. En caso de que se produzca insolvencia el fiduciario deberá transmitir los fondos a los beneficiarios, es decir, a los clientes que depositaron el dinero en un primer momento. Como sucedía con el trust, la entidad de dinero electrónico puede actuar como fiduciario o puede contratar los servicios de un tercero, como puede ser un banco, para que realice la figura de institución fiduciaria. En países como Perú, Paraguay y Uruguay impera esta figura conocida como fideicomiso.

³⁵ Díaz-Cañabate, J. G. (1981). *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Aranzadi, S.A.U.

GRÁFICO SISTEMA TRUST O FIDUCIA CUANDO LA ENTIDAD DEPOSITANTE ES DISTINTA DE LA EMISORA



*Elaboración propia³⁶

Una vez que se realiza el depósito de los fondos en una entidad bancaria de depósito existe el riesgo de insolvencia de esta última. Para mitigar este riesgo se establecen tres garantías:

- Garantía de depósito
- Requisitos de capital
- Requisitos de diversificación

En primer lugar, la garantía de depósito. Esta garantía surge a raíz del requerimiento a los emisores de dinero electrónico de depositar los fondos de sus clientes en un banco comercial. Para ello el emisor agrupa todos los fondos recibidos en una cuenta bancaria común³⁷, que tiene carácter de cuenta única a efectos de aplicar la garantía de depósito. Los clientes individuales que realicen un depósito tendrán sus fondos respaldados por el régimen de garantía de depósito, que asegura los fondos hasta cierta cantidad. En España, el fondo de garantía de depósitos cubrirá las peticiones de los depositantes hasta 100.000³⁸ euros en caso de insolvencia de una

³⁶ Fuente: BBVA Research

³⁷ Artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

³⁸ Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre

entidad financiera. Además, tanto en España como en la Unión Europea se permite que haya fondos cubiertos por una póliza de seguro privado. Sin embargo, la cobertura que puedan tener las cuentas bancarias de las entidades de dinero electrónico dependerá del volumen de operaciones de la misma y del país donde realicen dicho depósito. De esta forma, si una entidad de dinero electrónico deposita en una cuenta bancaria los fondos de todos sus clientes que ascienden, por ejemplo, hasta los 5 millones de euros, solo verá protegido por la garantía de depósito un 2% de los fondos (100.000euros). Si analizamos la cobertura que tendría cada cliente de forma individual se puede observar que es irrelevante.

Dependiendo del país donde se opere la garantía de depósito funciona de una determinada forma. En algunos países de América Latina como Perú, Paraguay y Uruguay el dinero electrónico no estaría cubierto individualmente por la garantía de depósito.

Por otro lado, tanto India como Colombia utilizar un enfoque directo, el cual asegura los fondos mediante un sistema de regulación especial que es de aplicación a las entidades financieras supervisadas y a las plataformas autorizadas para ofrecer productos de depósito. Se entiende que para que una cuenta individual de dinero electrónico esté protegida por la garantía de depósito es necesario que la entidad este registrada en el sistema de garantía de depósitos.

Por último, el pass-through³⁹⁴⁰, modelo utilizado en Estados Unidos mediante el cual se permite la cobertura de la garantía de depósito a pesar de que la entidad de dinero electrónico no de miembro del sistema de garantía de depósito. Este enfoque agrupa los fondos recibidos por el emisor de dinero electrónico y se depositan en una cuenta común de depósito en una entidad de depósito que sí está asegurada. Se produce así una acumulación de pequeñas cuentas que dan lugar a una cuenta que

³⁹ Calomiris, C. W., & White, E. N. (1994). The origins of federal deposit insurance. In *The regulated economy: A historical approach to political economy* (pp. 145-188). University of Chicago Press.

⁴⁰ Cull, R. J., Senbet, L. W., & Sorge, M. (2001). *Deposit insurance and financial development* (Vol. 2682). World Bank Publications.

está mejor protegida a efectos de la garantía de depósito. De esta forma los clientes individuales se ven beneficiados por los límites, ya que tendrán un seguro de depósito hasta el límite de cobertura. La cuenta donde se agrupan las pequeñas cuentas no tenía límite alguno de cobertura.

En segundo lugar, los requisitos de capital. Esto supone una de las principales garantías para los fondos de los clientes ante la posibilidad de pérdidas. Los requisitos de capital pueden ser requeridos en el momento de constitución como entidad de dinero electrónico o bien tener carácter permanente.

Cuando se establece un requisito inicial de capitalización, el legislador busca, con ello, garantizar que la entidad de dinero electrónico tenga fondos suficientes para llevar a cabo las actividades relacionadas con la emisión de dinero electrónico. Al igual que en las garantías anteriores no existe una legislación única y dependerá por tanto del país de establecimiento. En España, el legislador ha fijado en 350.000⁴¹ euros el capital inicial para la constitución de una entidad de dinero electrónico. Además, se establece un requisito de capital permanente igual al 2% del dinero electrónico en circulación. En Europa se fijan los mismos requisitos de capital, tanto el inicial como el permanente.

⁴¹ Artículo 2 del Real Decreto 778/2012 del 4 de mayo

En el siguiente grafico se muestra el capital inicial que es requerido dependiendo del país donde se establezca la entidad de dinero electrónico:



*Elaboración propia⁴²

Como se observa en el grafico hay grandes diferencias de capital entre los países analizados. Entre la India donde se exige un capital superior a los trece millones de euros y Filipinas donde no supera los cien mil euros existe un trasfondo de regulación. Se entiende que los países donde el capital inicial es más alto se deben a una mayor dificultad de supervisión por parte del órgano de control y con una exigencia de capital superior se intenta suplir esa carencia de autoridades de supervisión. Esto puede suponer un freno a la innovación, ya que exigir un capital inicial muy alto puede desincentivar a los inversores.

Existen, también, diferencias entre los países respecto al capital que debe permanecer de forma permanente durante la actividad de la entidad de dinero electrónico. Como se mencionaba anteriormente, en Europa se fijaba un capital permanente igual al 2% del dinero electrónico en circulación. En Colombia y Perú se opta, también por ese 2%.

⁴² Fuente: BBVA Research

Mediante la exigencia de un porcentaje de pasivos de dinero electrónico se persigue establecer una garantía de capital acorde al creciente volumen de negocio, disponible para afrontar una posible situación de insolvencia del banco. Sin embargo, otros países como Filipinas o Kenia optan por establecer un capital concreto, coincidente con el inicial.

En tercer lugar, se establecen requisitos de diversificación. En algunos países se exige la diversificación de los fondos de dinero electrónico en diferentes bancos. Además, los bancos utilizados deben gozar de una solvencia adecuada. Esto es acreditado por la calificación de solidez con la que se le ha clasificado. De esta forma, los fondos estarán cubiertos frente a las posibles pérdidas que pueda sufrir una de las entidades de depósito. Con ello también se mejoraría la eficacia de las garantías de depósito de los clientes.

II.IV FORMAS DE ALMACENAJE DE DINERO ELECTRÓNICO

Habría que analizar el depósito de dinero electrónico desde una perspectiva más técnica, dejando a un lado la disposición legal y adentrarse en las formas que existen de almacenaje. Una vez que este se “*crea*” dicho dinero deberá existir un dispositivo donde se pueda almacenar.

Los dispositivos o formas de almacenamiento de dinero electrónico son diversas, pero a grandes rasgos cabría hacer una doble clasificación que engloba la totalidad de ellas: las tarjetas inteligentes o smart cards y las e-wallets.

Es necesario hacer mención previa a las tarjetas bancarias convencionales. Estas tarjetas carecen de regulación específica en la legislación española. Sin embargo, hay leyes que hacen referencia a las mismas, como la Ley 16/2011, de 24 de junio,

sobre Crédito al Consumo. Además, tanto la LGDCU en su artículo 112 como la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación hacen mención de las mismas en sus textos. A nivel europeo, cabe destacar la Recomendación de la Comisión Europea 590/1998 y la Recomendación 97/489/CE sobre sistemas de pago y relaciones entre titulares y emisores de las tarjetas.

De acuerdo a la doctrina: *“El sistema para funcionamiento de las tarjetas lo dispone el emisor o un tercero con el que el emisor contrata su uso en beneficio propio y el sistema operativo de las tarjetas electrónicas no es completamente seguro; En el estado actual no se puede garantizar una seguridad absoluta y quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es el emisor que ha puesto en marcha el sistema y de ahí su responsabilidad por circunstancias relativas al funcionamiento del sistema cuyos riesgos y limitaciones él conoce y que no deben ser imputados al usuario, y, de ahí, también que sea de su cargo la prueba de la mala fe o negligencia grave del usuario o titular de la tarjeta”*⁴³.

Respecto de las tarjetas inteligentes cabe establecer una primera clasificación en función del número de usos que se puede realizar de la misma. De esta forma se establece una triple clasificación:

1. Tarjetas con un único propósito: son tarjetas con las cuales solo se podría pagar en la empresa emisora de misma. Como ejemplo de ellas podemos establecer las que proporciona la empresa para adquirir productos alimenticios de las máquinas expendedoras. La nota característica de este tipo de tarjetas es que el dinero electrónico nace en el momento en el que se carga la tarjeta mediante la entrega de dinero convencional. Además, otro rasgo característico sería que al consumirse el saldo de la misma esta queda inactiva.

⁴³ Kluwer, R. W. (2018). *Tarjetas bancarias*. Madrid: Bosh.

2. Tarjetas de más de un propósito: en esta categoría se englobarían las tarjetas monedero que permiten a su usuario realizar diferentes tipos de pago.
3. Tarjetas universales: son aquellas tarjetas que son aceptadas por empresas distintas de la emitente, las cuales cuentan con los mecanismos para el cobro de dichos dispositivos. Otro rasgo que diferencia este tipo de tarjetas es que nacen sin un uso predestinado.

Las tarjetas inteligentes son tarjetas prepago en las que el usuario carga una cantidad de dinero, para posteriormente realizar pequeños pagos de manera cotidiana. Este tipo de tarjetas son una alternativa a la tarjeta de crédito o de débito, y se utilizan principalmente en compras de importe reducido en establecimientos o servicios adheridos, así como a través de internet.⁴⁴

Desde un punto de vista operativo, las tarjetas son de uso sencillo, ya que la recarga se puede realizar bien desde la oficina bancaria o el cajero o se puede optar también por realizarlo a través de internet, lo que implicaría la ausencia de dinero en efectivo.

⁴⁴ Fuente: BBVA Research

III. ANÁLISIS DEL CASO YOUNIQUE MONEY

El caso del cierre de la empresa Yunique money es un ejemplo del problema que puede surgir cuando no se respeta la normativa legal que regula los depósitos de dinero electrónico.

Yunique money era una entidad de dinero electrónico que operaba en España como gestora de las tarjetas prepago de la compañía multinacional PayPal. Durante el desarrollo de su actividad contaba con las necesarias licencias de funcionamiento concedidas por la entidad responsable, el Banco de España. Sin embargo, en el año 2013 se le abre un expediente sancionador y se le retira la licencia para operar como entidad de dinero electrónico. Dicha revocación se explica en una nota de prensa, en donde se detalla la sanción y el motivo de la misma a juicio del organismo regulador;

“El Boletín Oficial del Estado del pasado sábado, 14 de febrero, ha publicado la resolución del Banco de España por la que se sanciona a Yunique Money E.D.E., S.A., con la retirada de la autorización para operar como entidad de dinero electrónico (EDE). Esta resolución es el resultado de un expediente sancionador incoado en abril de 2013 y ha tenido como consecuencia que la citada entidad haya causado baja en los Registros oficiales del Banco de España con fecha 30 de enero de 2015.

La revocación de la autorización se produjo por la comisión de una infracción muy grave derivada de irregularidades contables esenciales que impedían conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad. Asimismo, se impuso una multa de 300.000 euros por otra infracción muy grave consistente en deficiencias administrativas, contables y de control interno y una sanción de amonestación pública por no alcanzar los recursos propios necesarios para operar como entidad de dinero electrónico.

Una vez retirada la autorización para operar como EDE, Yunique deberá liquidar todas las operaciones realizadas al amparo de dicha licencia, devolviendo a sus clientes el importe de los saldos sin utilizar en las tarjetas o medios de pago emitidos por aquella. A tal efecto, los clientes pueden dirigirse a la entidad a través de su página web, donde se describe el procedimiento para recuperar sus fondos.”

A raíz del cese de actividad, los miles de usuarios proceden a reclamar los fondos que tenían depositados en dichas tarjetas prepago como se explicaba en la citada nota de prensa. Sin embargo, un procedimiento que parecía relativamente sencillo comienza a complicarse para los usuarios. Los clientes deben tramitar la reclamación para la devolución de fondos a través de la página web de la empresa, la cual establece unos requisitos que resultan un obstáculo para los usuarios y da lugar a la incapacidad para retirar fondos.

El Banco de España por su parte, también apunta que las reclamaciones que se dirijan contra la empresa se tramitaran a través de mecanismos de protección de consumidores y usuarios, es decir, ante la autoridad de consumo competente o el tribunal de justicia que resulte competente para conocer el asunto.

Al observar que los fondos no estaban siendo devueltos a los clientes, la Organización de Consumidores y Usuarios denunció a Yunique Money ante las autoridades competentes del Banco de España.

Yunique Money ante estas acusaciones decide lanzar un nuevo comunicado en el que explica cuál es el nuevo procedimiento para la recuperación de los fondos. Dicho procedimiento incluye cumplimentar un formulario donde entre otros datos debes especificar el saldo exacto que estaba depositado en la Smart-card. Lógicamente, después del largo periodo transcurrido muchos de los usuarios no

eran capaces de especificar el saldo exacto por lo que la página web de la compañía mostraba un mensaje de error.

De esta forma el usuario es incapaz de recuperar los saldos de las tarjetas y la compañía está apropiándose de forma indebida de los depósitos de usuarios que depositaron su confianza en PayPal.

Desde un análisis legal, se podría decir que el órgano supervisor ha sido poco cauto, ya que, desde que se abre el expediente sancionador hasta que se retira la autorización para operar como entidad de dinero electrónico pasan dos años. Durante este periodo la entidad siguió cometiendo irregularidades contables esenciales que impedían conocer la situación patrimonial y financiera tal y como se recoge en el Boletín Oficial del Estado. El mismo órgano que inicia el expediente sancionador debió velar porque los niveles de recursos propios de la entidad no disminuyeran por debajo del límite legal, 350.000 euros como finalmente sucedió y por lo que la entidad fue sancionada. Este requisito de capital social mínimo se crea con el fin de proporcionar garantías a los clientes, pero si no se respeta, esas garantías no serán útiles. Además, de acuerdo al Real Decreto 778/2012, donde se establece dicho capital mínimo como requisito necesario para constituirse como entidad de dinero electrónico, en el momento en que no se cumple dicho requisito, se debe retirar automáticamente la licencia.

La OCU, debe demostrar ante la autoridad judicial competente, que el nuevo mecanismo establecido por Yunique Money sigue siendo abusivo para los consumidores. Deberá crearse un nuevo mecanismo que permita retirar los fondos de forma sencilla, sin impedimentos técnicos para los usuarios.

IV. CONCLUSIONES

El dinero electrónico ha ido adquiriendo un papel de relevancia en el sistema bancario español, así como a nivel internacional.

La legislación ha ido adaptándose a este fenómeno a medida que se ha ido desarrollando.

En nuestro país, el legislador ha optado por establecer una normativa específica para su regulación Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, donde se recogen los principales aspectos del DE, estableciendo la delimitación tanto positiva como negativa. El DE también se ve afectado por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, de la que es necesario destacar la prohibición de emitir dinero electrónico que se establece para las entidades de pago.

A nivel europeo también se ha ido creando una regulación específica de los servicios de pago. En el año 2009 entraba en vigor la primera directiva al respecto, la DSP 1, cuyo objetivo era la creación de un mercado de pagos único en el ámbito de la Unión Europea. El legislador europeo ha seguido trabajando en este objetivo y adaptándose a las nuevas formas de mercado, por eso en el año 2016 creó la DSP 2, cuyas normas vinculan a los países de la UE, desde el pasado enero de 2018, en lo referido a los servicios de pago. La tendencia perseguida por el legislador está enfocada a lograr un mejor funcionamiento del mercado de pagos electrónicos, así como fomentar la competencia a través de reforzar la participación de los nuevos sujetos del sistema bancario. Estos nuevos sujetos son principalmente las entidades conocidas como GAFAs y las entidades fintech de menor tamaño. Respecto a estas últimas entidades se ha publicado el Libro Blanco de la Regulación Fintech en España, impulsado por la Asociación Española de Fintech e Insurtech con el fin de dar una mejor cobertura a estas entidades, las cuales se ven en ocasiones afectadas por limitaciones para realizar operaciones debido a que muchas veces el avance tecnológico supera a la legislación vigente.

Por su parte, las entidades bancarias tradicionales, reclaman una legislación que vele también por sus intereses ya que consideran que la línea que sigue el legislador europeo parece favorecer en mayor medida a los competidores mencionados anteriormente. Estos temores se fundamentan en el acceso a la información que deberán proporcionar los bancos tradicionales a las nuevas entidades de pago. Esta información permitirá a los TPPs acceder a las cuentas de los clientes de los bancos tradicionales, así como establecer pagos en su nombre, siempre y cuando el titular de la cuenta lo autorice.

Las entidades de dinero electrónico se encuentran en una posición intermedia entre los bancos tradicionales y las fintech. Su regulación a nivel nacional viene recogida en la mencionada Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, donde se regulan aspectos como la definición, la autorización y registro, el capital inicial o los recursos propios. Además, el legislador ha materializado en el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, todos los aspectos regulatorios que atañen a estas nuevas entidades. Si bien es cierto que para entidades creadas anteriormente bastará con adaptarse al nuevo texto legal sin necesidad de solicitar de nuevo la licencia de funcionamiento.

Las entidades de dinero electrónico tienen el deber, de acuerdo con el RD 778/2012, de salvaguardar los fondos recibidos a cambio del dinero electrónico emitido. Son varios los textos normativos que afectan a esta figura. Desde un punto de vista más genérico, se encuadra dentro de lo que el Código Civil español define como depósito, ya que, de acuerdo a este texto normativo, la mera recepción de cosa ajena con la obligación de guardar y restituir supone la creación de depósito. Además, de acuerdo al Código de Comercio, especialmente con su artículo 303, el depósito de DE constituiría un depósito de tipo mercantil, ya que cumple el triple requisito establecido: el depositario es un comerciante, el dinero depositado es objeto de comercio y el propio depósito constituye una operación mercantil. Además, se trataría de una operación pasiva de depósito cuya naturaleza jurídica es sui generis, de carácter crediticio, por ser un préstamo que el cliente hace a la entidad. De ahí que, en el balance de una entidad financiera, los depósitos sean su pasivo,

obligaciones de pago, y los créditos sean el activo, derechos de cobro, es decir, al revés que en el resto de empresas.

Más específicamente, el depósito de DE se ve afectado por una triple regulación. En primer lugar, el RD 778/2012 establece que este depósito deberá establecerse de acuerdo al artículo 9 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico. Se produce aquí una primera remisión legislativa. Acudiendo al citado artículo 9 de la Ley 21/2011, se observa una segunda remisión en cuanto a la guarda de los fondos recibidos se refiere. En este caso se remite al artículo 10 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Este artículo está dividido en dos apartados, A y B. En su apartado A, se establece la separación de los fondos de los usuarios de servicios de pago de los que no los son. Además, se especifica que los fondos deberán ser depositados en una cuenta separada, en una entidad de crédito o bien ser invertidos en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo. Si se acude de nuevo a la Ley 21/2011, en el apartado 3 del mencionado artículo 9 hace referencia a otro método de salvaguarda de fondos, que se recoge en la Ley 16/2009, en este caso en su apartado B. Este apartado B contempla la posibilidad, a solicitud de la entidad de dinero electrónico, de establecer una póliza de seguro por una cantidad equivalente a la que habría sido separada en caso de no existir la póliza de seguro o garantía comparable. Esta póliza se haría efectiva en el caso de que la entidad sea declarada en concurso por la autoridad judicial competente.

El legislador, a fin de dotar de mayor seguridad jurídica a estas entidades, establece una serie de garantías que afectan al depósito. Estas garantías están especialmente enfocadas a salvar dos riesgos, el de insolvencia y el de liquidez. El riesgo de liquidez se ve cubierto con la prohibición de otorgar crédito por parte del emisor de dinero electrónico, es decir, el emisor deberá mantener una ratio 1:1 entre los fondos de los clientes y el dinero electrónico emitido. Respecto al riesgo de insolvencia, se establece el requerimiento de mantener la totalidad de los fondos en activos líquidos y de bajo riesgo. Este tipo de activos vienen especificados en el mencionado artículo 16 del RD 778/2012.

Por otro lado, a fin de cubrir los riesgos que puede tener la propia entidad depositante, el legislador ofrece una triple garantía. En primer lugar, el fondo de garantía de depósito cubre las pérdidas de los depositantes hasta los 100.000 euros. Sin bien, parece del todo insuficiente a ojos de garantizar una cierta seguridad al usuario, ya que, si la entidad de dinero electrónico deposita todos los fondos en una misma cuenta, la cuantía de ésta podría superar con creces la cantidad garantizada, y todo el exceso sobre 100.000 euros no estaría cubierto por el fondo de garantía de depósito. En segundo lugar, el legislador ha optado por establecer entre los requisitos de creación de una EDE un capital inicial de 350.00 euros, una cuantía muy superior a la requerida, por ejemplo, para una sociedad anónima o una limitada. Además, la propia ley 21/2011 establece que la EDE deberá mantener un volumen de recursos propios en relación con los indicadores de negocio. En concreto deberán mantener un volumen del dos por ciento del dinero electrónico en circulación. En tercer lugar, se establecen unos requisitos de diversificación en cuanto a las entidades bancarias depositarias se refiere, no pudiendo centrar únicamente la labor de depositaria en una sola entidad. Este último requisito está indudablemente vinculado al primero, ya que de esta forma los depósitos realizados en cada entidad serán de menor cuantía.

El almacenaje del DE es otro de los puntos estudiados en este trabajo. La principal forma de almacenamiento son las tarjetas inteligentes o monederos electrónicos. Los monederos electrónicos poseen un procesador criptográfico seguro. Este chip permite dotarlo de ciertas ventajas frente a las transacciones de tarjetas estándar. El chip integrado en los monederos electrónicos recoge toda la información y no habría, por tanto, que emitir una orden al banco para la comprobación de fondos, sino que este chip ya facilitaría la información al comerciante, lo que hace dotar a la operación de mayor seguridad. Esta mayor seguridad es debida a que no se transmiten los datos bancarios al comerciante, ya que la operación de comprobación de saldo, donde se transmitirían algunos datos bancarios al comerciante, ya no es necesaria. Esto es debido a que el chip instalado está provisto de toda la información necesaria para realizar el pago sin necesidad de intercambiar datos bancarios.

Este tipo de tarjetas inteligentes pueden clasificarse en función del uso que se vaya a dar de las mismas. De acuerdo a esto, pueden ser de un único propósito, de más de un propósito o de carácter universal, cuando nacen sin un uso predestinado.

Por último, el estudio del caso Yunique Money se centra en conocer en la práctica si esta regulación legislativa mencionada y las salvaguardas que ofrece al usuario funcionan en un caso real.

Los problemas surgidos entorno a la retirada de fondos por parte de los clientes de la entidad de dinero electrónico Yunique Money indican varios puntos débiles en la gestión del proceso.

En primer lugar, parece apreciarse una falta de supervisión adecuada, ya que, en el momento que la entidad comienza a realizar irregularidades, el supervisor debió tomar acciones encaminadas a asegurar que no se produjese una disminución de fondos que desembocase en la imposibilidad de hacer frente a la devolución de los mismos a los usuarios. Además, se amonesta a esta entidad por no cumplir con los requisitos de capital mínimo, lo que debería haber supuesto la pérdida inmediata de la licencia para operar como EDE. Por otro lado, la excesiva lentitud en la instrucción del expediente que terminó con la retirada de la licencia no ayudó a la resolución de la situación.

En cuanto al proceso de devolución de fondos, este es torpe, lento y lleno de trabas y depende en exceso de la voluntad de la empresa sin que los organismos reguladores y supervisores se involucren directamente en la resolución, derivando a los mecanismos generales de defensa de los consumidores (servicios de atención al cliente en un primer paso y tribunales en último) las reclamaciones de los usuarios. Se echa en falta un mecanismo de devolución específico, claro y regulado, con plazos y sanciones en caso de incumplimiento.

Sin duda el papel de la OCU, en defensa del afectado ha sido muy importante ante la falta de esos mecanismos preestablecidos y es quien ha velado por los derechos de los usuarios en todo este proceso, intentando eliminar las trabas que imposibilitaban recuperar los fondos depositados por los clientes.

V. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN:

Circular 6/2010, de 21 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre operaciones con instrumentos derivados de las instituciones de inversión colectiva.

DIRECTIVA (UE) 2007/64/EC DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO del 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC y se deroga la Directiva 97/5/EC.

DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

DIRECTIVA 2009/110/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago.

Ley 16/2011, de 24 de junio, sobre Crédito al Consumo.

Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.

Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Recomendación 97/489/CE sobre sistemas de pago y relaciones entre titulares y emisores de las tarjetas.

Recomendación de la Comisión Europea 590/1998.

MANUALES ESPECIALIZADOS Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Albadalejo, M., *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. II*, Ed. Bosh, 1977, pág. 93.

BBVA Reseach: <https://www.bbvaresearch.com> (Última consulta: 15/04/2018).

Calomiris, C. W., & White, E. N. (1994). *The origins of federal deposit insurance. In The regulated economy: A historical approach to political economy* (pp. 145-188). University of Chicago Press.

Cull, R. J., Senbet, L. W., & Sorge, M. (2001). *Deposit insurance and financial development* (Vol. 2682). World Bank Publications.

Devoto, M. (1998). *La economía digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero*. Logroño: Revista iberoamericana de derecho informático.

Díaz-Cañabate, J. G. (1981). *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Ezquerria, J. P. (2011). Revista de derecho concursal y paraconcursal. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 25-40.

Fernández de Araoz Gómez-Acebo, A. (2000). Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores. *Instituto de Estudios Económicos, Madrid*.

Fernández, Á. L. (12 de febrero de 2016). La llave maestra del 'cashless' es la interoperabilidad. *Retina*, 5.

Financiero, A. e. (27 de septiembre de 2017). *Everis*. Obtenido de Everis: <https://www.everis.com/spain/es/claves-directiva-PSD2>

Gándara, M. d. (2003). *El Dinero electrónico*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

Informe Global Findex del Banco Mundial

Informe Mobile en España y el Mundo 2016.

Jeftanovic, P. (2001). *El dinero electrónico y la política monetaria*. *Pharos*, 8(2).

José Manuel de la Chica, Venture Solutions Architect en New Digital Business de BBVA, <https://www.bbva.com/es/lo-saber-la-psd2/> (Última consulta: 13/04/2018).

Kluwer, R. W. (2018). *Tarjetas bancarias*. Madrid: Bosh.

Manso, T. H. (1991). *La obligación de custodia en el depósito*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra.

Manuel Pino Abad y Pablo Luis Núñez Lozano. (2011). *Tratado de Derecho mercantil T.9: La Sociedad Anónima. Vol.7: Las sociedades anónimas especiales*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Masiá, E. F. (2013). *Las garantías bancarias en el comercio internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Pozo, L. F. (2013). *Publicidad material y fe pública en el registro mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, N. I. (2013). *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Tolsada, M. Y. (2014). *Responsabilidad de las agencias de rating o agencias de calificación crediticia o comercial*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, (6), 6-31.

Tolsada, M. Y. (2014). *Tomo XI. Contratos del mercado de valores contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Madrid: Aranzadi.

Vega, J. A. (2015). *Derecho mercantil electrónico*. Madrid: Reus S.A.

Vega, J. A. V. (2011). *El contrato de permuta comercial:(BARTER)*. Editorial Reus.

Veiga Copo, A. (2010). *La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro*. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro.

Veiga Copo, A. B. (2005). *Condiciones en el Contrato de Seguro*. Comares (Granada, España).

Vollstädt, E. (16 de marzo de 2015). *BITNATION GOVERNANCE*. Obtenido de Bitnation governance: <https://blog.bitnation.co/que-son-las-dapps/?lang=es> (Última consulta: 12/04/2018).

