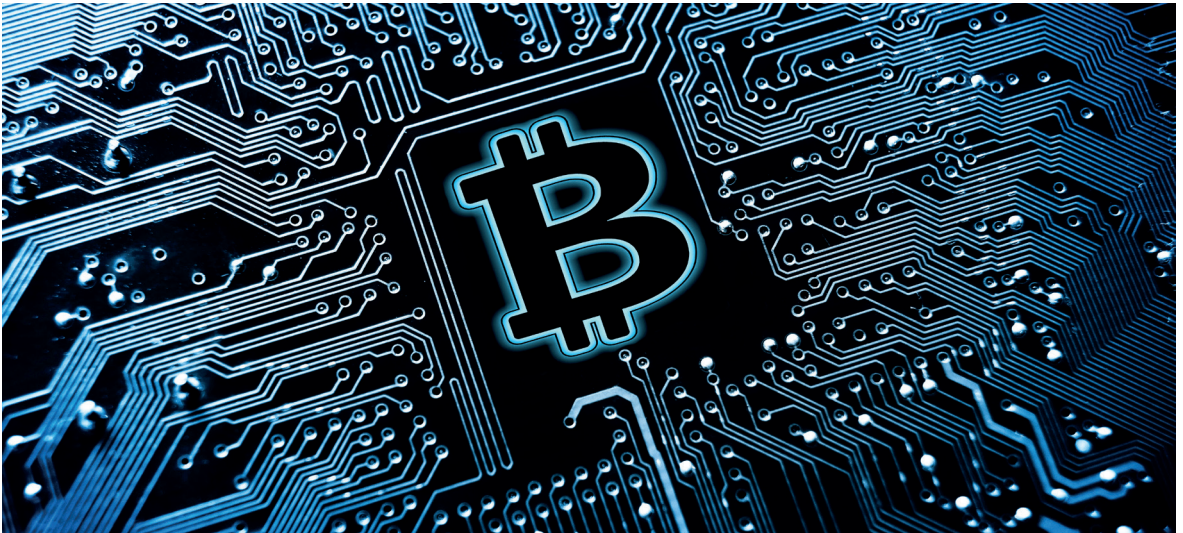


IEAF | FEF
INSTITUTO ESPAÑOL DE
ANALISTAS FINANCIEROS
FUNDACIÓN DE
ESTUDIOS FINANCIEROS

URÍA
MENÉNDEZ

La Banca en el Siglo XXI: retos y respuestas

(Talleres 1, 2 y 3)



Noviembre 2019

Documento de Trabajo N.º 19



URÍA
MENÉNDEZ

La Banca en el Siglo XXI:
retos y respuestas

Talleres:

- 1) Fintech y Regulación Financiera**
- 2) Big Data e Inteligencia Artificial en el ámbito financiero**
- 3) Sector Financiero, Digitalización y Derecho de la Competencia**

Noviembre 2019

Documento de Trabajo N.º 19

ISBN: 978-84-09-15354-1

Depósito Legal: M-33935-2019

Edita: Fundación de Estudios Financieros



Presentación	5
La Banca del Siglo XXI: retos y respuestas	7
1. Fintech y Regulación Financiera	11
2. Big Data e Inteligencia Artificial en el ámbito financiero	23
3. Sector Financiero y Derecho de la Competencia	41
Documentos de Trabajo FEF	61



PRESENTACIÓN COLECCIÓN “LA BANCA DEL SIGLO XXI”

El sistema financiero ha cambiado de forma muy significativa en los últimos años a raíz de las serias consecuencias que tuvo la crisis financiera en la sociedad en su conjunto.

Por un lado, la situación actual es poco favorable para la actividad que llevan a cabo los bancos. El entorno financiero adverso con tipos de interés negativos desde hace varios años, unido a una regulación que ha aumentado significativamente su nivel de exigencia en muchas áreas del negocio y a un entorno competitivo en el que han aparecido nuevos competidores, hacen necesario reflexionar sobre el modelo de negocio actual de los bancos.

Por otro lado, la percepción social que se tiene sobre la banca también ha cambiado, notándose un deterioro reputacional tras la crisis, que continúa estando presente en la actualidad.

Por este motivo, el Patronato de la Fundación de Estudios Financieros (FEF) acordó poner en marcha una iniciativa que hemos denominado “La Banca del Siglo XXI: retos y respuestas”, que analizara la situación de partida en la que se encuentra el sector, hiciera propuestas de mejora y pusiera en valor la aportación de la banca de manera que se contribuyera a mejorar la percepción que, de este sector, se tiene en la sociedad en estos momentos.

El proyecto tiene previsto celebrar una serie de talleres sobre temas candentes que afectan a la banca de hoy y a su previsible evolución. En cada taller se realiza un análisis de la opinión que la sociedad en general ha ido construyendo sobre los servicios bancarios y financieros, de forma que se cree una visión de conjun-



to que sea mejor percibida por los distintos colectivos de opinión o grupos de profesionales o asociaciones de ciudadanos relacionados con el mundo bancario.

Este documento es un trabajo colectivo en el que han participado varias entidades financieras, empresas prestadoras de servicios de tecnología, entidades FinTech y académicos, expertos en las materias que se han analizado. En esta primera entrega los temas que se han debatido han sido: el uso del big data y la inteligencia artificial en el sector financiero, el marco normativo de los negocios FinTech y su comparación con el de la banca tradicional y, por último, las relaciones entre los distintos actores desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

La Fundación agradece a todas las personas que han intervenido en este proyecto y especialmente a Uría Menéndez por su apoyo a esta iniciativa y por haber realizado una gran labor de coordinación de los distintos expertos en las materias que han sido objeto de debate.

Con este trabajo se inicia una serie de publicaciones relativas a este importante sector de la economía española en los que se describe su entorno actual y se identifican una serie de retos, oportunidades y recomendaciones para la industria financiera, los organismos reguladores y los supervisores. Estos debates, con el foco puesto en el sector bancario, continuarán a lo largo del año 2020.

Jorge Yzaguirre

Presidente de la Fundación de Estudios Financieros



LA BANCA EN EL SIGLO XXI: RETOS Y RESPUESTAS

En los últimos años, una serie de tecnologías disruptivas se ha introducido en el día a día de ciudadanos, empresas y gobiernos. El sector financiero no es ajeno a esta tendencia y el uso de estas tecnologías ha aumentado de forma exponencial, generando cambios significativos e incluso nuevos modelos de negocio en el sector.

A lo largo de los últimos doce meses se han desarrollado diversos talleres, con participación de entidades financieras, empresas prestadoras de servicios de tecnología, entidades *Fin Tech* y académicos, dedicados a analizar el impacto del uso del *big data* y la inteligencia artificial en el sector financiero, el marco normativo de los negocios *FinTech* frente al aplicable a la banca tradicional y, por último, las relaciones entre los distintos actores (i.e., banca tradicional versus entidades *FinTech* y *BigTech*) desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

El uso de herramientas de *big data* y de inteligencia artificial genera grandes oportunidades y beneficios para las entidades financieras, que pueden mejorar sus procesos y negocios, pero también para los clientes y el mercado, que ven cómo se mejora la ciberseguridad del sector, la prevención del fraude o su satisfacción con productos y servicios cada vez más acordes con sus necesidades.

No obstante, como sucede con cualquier implementación de una nueva tecnología, estas herramientas no están exentas de retos tanto jurídicos como éticos. En general, existe una tensión natural entre las tecnologías de uso intensivo de datos personales (como los son estas dos) y el principio de minimización de datos previsto en la normativa de protección de datos. Por ello, la implantación de estas herramientas exige que las entidades financieras lleven a cabo una correcta gestión de riesgos y la aplicación de principios como el de proporcionalidad o el de responsabilidad activa que les permita no solo identificar y cumplir con los lí-



mites establecidos regulatoriamente sino también establecer límites de tipo ético al uso de estas tecnologías para proteger a sus propios clientes.

Por otro lado, el carácter habilitador de la tecnología para los nuevos canales digitales (*online/mobile*) junto con la pérdida de relevancia de las oficinas físicas como barrera de entrada o el masivo volumen de datos que atesoran las grandes compañías digitales combinado con su enorme capacidad de análisis y extracción de valor de esos datos, amenazan el dominio de la banca sobre el negocio propiamente bancario.

Junto a éstos, existen además otros factores que no surgen de manera natural del nuevo entorno tecnológico y que perjudican de manera clara y evidente la capacidad competitiva de la banca frente a otros operadores que actúan en el entorno *Fintech*. Son factores que nacen de las diferencias perimetrales en la aplicación de la normativa bancaria y, principalmente, de las derivadas de la consolidación prudencial de las entidades de crédito y su *vis atractiva* respecto a sus propias filiales. Desigualdades especialmente gravosas dada la proliferación normativa que se ha desencadenado tras la crisis financiera, y que en parte se justifican en razones de supervisión prudencial para proteger la solvencia de las entidades, la estabilidad del sistema y los clientes. Se ha dedicado precisamente el segundo taller al análisis de estas asimetrías normativas y a las propuestas normativas que, en este momento, se están valorando por instituciones europeas e internacionales. Con carácter general, las aproximaciones legislativas que están sobre la mesa se rigen por el principio “mismos riesgos, misma regulación”. En línea con esta neutralidad legislativa, la demanda del sector bancario no es que las normas “bancarias” resulten de aplicación a las entidades *FinTech* si no prestan los mismos servicios que los bancos, sino adaptar esas normas para que se apliquen a las entidades de crédito únicamente en las actividades desarrolladas en ese ámbito, de tal modo que se garantice plenamente la competencia en el mercado en beneficio del cliente.

Finalmente, el tercer taller se ha centrado, como enunciábamos al inicio, en el análisis, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, de las relaciones entre los denominados bancos *incumbent* y los nuevos actores.

Cabe recordar que el sector financiero no ha estado tradicionalmente en el foco de las autoridades de defensa de la competencia, pero se está convirtiendo en una prioridad en un contexto post-crisis caracterizado por la consolidación de los



mercados que lo integran, el desarrollo de nuevos mecanismos de supervisión y apoyo a la solvencia de los bancos y la digitalización de los modelos de negocio que surgen de la mano de nuevos entrantes como las *FinTechs*.

El creciente foco de las autoridades de defensa de la competencia se manifiesta especialmente en la conocida polémica sobre el acceso a los datos de clientes bancarios principalmente por parte de *FinTechs*. Estos nuevos entrantes suelen invocar las normas de defensa de la competencia como palanca para exigir el acceso a aquellos datos, argumentando que pretenden prestar servicios novedosos a los usuarios, como la agregación de información financiera.

Probablemente, la cuestión del acceso por parte de las *FinTechs* y *BigTechs* a los datos de clientes de las entidades bancarias es una de las principales problemáticas que ha originado la irrupción de la economía digital en el sector financiero, y que está siendo analizado tanto desde la perspectiva puramente regulatoria como desde la perspectiva de defensa de la competencia.

A continuación siguen las conclusiones alcanzadas en cada uno de los talleres indicados, con expresión de las personas que participaron en ellos, a las que, una vez más, queremos reiterar nuestro agradecimiento.



FINTECH Y REGULACIÓN BANCARIA

Participantes¹:

D. Grégoire de Lestapis

CEO en October España.

D^a Marta González

Responsable de legal y compliance. Bankinter.

D^a Ana Jiménez Moltó

Asesoría Jurídica, Banca Comercial e Innovación en Banco Santander.

D. Álvaro Martín

Director Global de Estrategia de Datos en BBVA.

D^a Henar Rodríguez Hernando

Legal Manager Spain & Portugal en ING.

D^a Fanny Solano

Directora de Regulación Digital, Retail y Mercados en Caixabank.

Moderadores:

D. Emilio Díaz Ruiz, D^a Pilar Lluesma Rodrigo,

D^a Carolina Albuérne González y D^a Isabel Aguilar Alonso

Abogados especializados en derecho regulatorio del Grupo de Derecho Financiero de Uría Menéndez.

1. Sobre la definición de *Fintech* y su regulación actual

La definición más neutra del concepto “*FinTech*” es la que se refiere simplemente a la utilización o aplicación de la tecnología o de la innovación tecnológica al entorno financiero. No obstante, el uso y aplicación de la tecnología en el ámbito

¹ Las opiniones expresadas en el presente documento son el resultado del debate entre los participantes y no reflejan la posición de ninguno de ellos en particular ni de las organizaciones a la que pertenecen.



financiero no es ninguna novedad. Las sinergias entre ambos mundos se vienen produciendo desde la emisión de la primera tarjeta de crédito. Aun siendo eso cierto, la percepción pública actual no deja de ser la de estar ante una auténtica revolución o punto de inflexión que sólo puede explicarse por una combinación única de elementos como el uso del teléfono móvil como medio de comunicación principal, la globalización o la existencia de regulación que busca fomentar la competencia en determinados ámbitos.

La anterior definición está enfocada en la actividad de innovación tecnológica, en cualquiera de sus formas, y no en las entidades que la desarrollan. El objetivo no es definir a las entidades que son *FinTech* sino a las actividades que tienen dicha naturaleza. Así, no se prejuzga los actores que pueden formar parte de este fenómeno que se viene desarrollando exponencialmente en los últimos años y que, hoy por hoy, incluye a las instituciones financieras denominadas “tradicionales”, a las empresas puramente tecnológicas (las “*BigTechs*”), a las empresas enfocadas en el desarrollo de tecnología de uso en el ámbito financiero y a las nuevas entidades (ya sean *start-ups* o no) que innovan en una parte de un proceso tradicional de tal forma que generan un efecto de disrupción respecto de la forma de prestar un servicio.

Esta misma línea de neutralidad es la que sigue el Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*) cuando propone definir *FinTech* más específicamente como “*innovación financiera mediante tecnología que puede resultar en nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos, con un efecto material asociado en los mercados e instituciones financieras y en la oferta de servicios financieros*”, definición que ha sido asumida ya por autoridades regulatorias y de supervisión como la Autoridad Bancaria Europea, la Comisión Europea o el Banco Central Europeo y que incluiría también a las entidades de crédito y a sus filiales en la medida en que desarrollen actividades de innovación en esos mismos términos.

En todo caso, a día de hoy, el concepto de entidad o actividad *FinTech* como tal carece de regulación en España, en la que si bien se han regulado específicamente algunos sectores de actividad como el *crowdfunding*, no se ha llegado a elaborar ninguna normativa propia de estas entidades o que abarque la actividad *FinTech* en su conjunto. De igual manera, no existe tampoco normativa específica en la Unión Europea en la actualidad que regule la actividad *FinTech*, a diferencia de terceros Estados como Méjico en los que sí la han regulado mediante una norma



específica. Esa ausencia de regulación se explica por distintas razones. Por un lado, porque se trata de un fenómeno que, sin ser nuevo del todo, ha experimentado un crecimiento intenso y transversal en el sector sin precedentes. Por otro, la enorme heterogeneidad y diversidad de actividades y actores que forman parte de este entramado dificultan el establecimiento de una regulación única, a lo que contribuye sin duda que determinadas entidades que operan en ese ámbito sí están sujetas a normativa financiera tradicional, como la de servicios de pago, la de crédito al consumo o la de prevención del blanqueo de capitales.

Quizá a estas alturas del debate el desarrollo de una definición de *FinTech* carece ya de relevancia a la hora de diferenciar las entidades que sí lo son de las que no lo son y en ese sentido tiene riesgo de quedarse obsoleta enseguida en vista del ritmo al que evoluciona el fenómeno. Sin duda parece una discusión ya superada. No obstante, su auténtica virtualidad radica en haber obligado a los reguladores y legisladores a plantearse cuestiones de singular importancia como son la protección del cliente, el uso de los datos personales, los riesgos para la estabilidad del sistema financiero, el tratamiento de la actividad *FinTech* en el ámbito de la regulación prudencial y el efecto que la normativa actual o la ausencia de ella produce en el pleno desarrollo de sus capacidades *FinTech* del sector bancario “tradicional”, que es el tema que nos ocupa y que se analiza en el apartado siguiente.

2. Factores normativos y de supervisión de las entidades de crédito que afectan a su capacidad de desarrollo de proyectos tecnológicos

Como se ponía de relieve en el anterior apartado, en el entorno *FinTech* conviven muchos y muy distintos operadores. Entre ellos, las entidades de crédito, que ya no tienen que competir únicamente con sus pares, sino con los nuevos “rivales”, las entidades comúnmente denominadas *FinTech* y, muy especialmente, las *Big-Tech*, lo cual ha resultado en que la competencia en el sector bancario se haya incrementado sustancialmente en los últimos tiempos.

En este contexto, el carácter habilitador de la tecnología para los nuevos canales digitales (*online/mobile*), la pérdida de relevancia de las oficinas físicas como barrera de entrada o el masivo volumen de datos que atesoran las grandes compañías digitales, combinado con su enorme capacidad de análisis y extracción de valor de esos datos son factores sobradamente conocidos y que amenazan el dominio de la banca sobre el negocio propiamente bancario.



Junto a estos, existen además otros factores que perjudican de manera clara y evidente la capacidad competitiva de la banca que, a mayor abundamiento, no surgen de una forma natural. Todo lo contrario, son el resultado de las diferencias perimetrales en la aplicación de la normativa bancaria. Esto es, principalmente, las derivadas de la **consolidación prudencial de las entidades de crédito y su vis atractiva respecto a sus propias filiales**. En resumen, una situación donde varios grupos de entidades compiten y únicamente un grupo está sometido al cumplimiento de las normas prudenciales provoca inevitablemente desigualdades competitivas. Desigualdades especialmente gravosas dada la proliferación normativa que se ha desencadenado tras la crisis financiera.

Resulta sencillo ilustrar esta situación si se comparan las restricciones a las actividades a las que puede estar sometida una empresa del denominado “sector *FinTech*” por razón de su **estructura de control**, es decir, de si está controlada o no por un banco.

A priori, una empresa del sector *FinTech* puede estar, en función de las actividades que desarrolla, sometida a regímenes de regulación y supervisión administrativa diferentes. Así, en un extremo, encontraríamos las empresas del sector *FinTech* que pueden ser “entidades de crédito” (en el sentido más estricto del término), en el caso de que tengan la capacidad para captar depósitos del público con vistas a aplicarlos a la concesión por cuenta propia de créditos y préstamos. Y, en el otro extremo, si las empresas *FinTech* no desarrollasen ninguna actividad reservada, no se encontrarían sometidas, per se, a un régimen administrativo de regulación y de supervisión.

En la mayor parte de los casos, sin embargo, las *FinTech* se encuentra a medio camino entre los dos extremos anteriores, accediendo normalmente a licencias que no permiten la captación de depósitos por no ser ésta una actividad que en la práctica quieran desarrollar habitualmente este tipo de entidades y, por consiguiente, con sujeción a un régimen menos estricto que las bancarias. Las licencias más habituales por parte del sector *FinTech* en el ámbito comunitario suelen ser la de “entidad de pago” (especialmente relevante en el caso de las *BigTech*) y la de “entidad de dinero electrónico”, puesto que es en el campo de los pagos donde la tecnología está teniendo el mayor efecto transformador. Esto no obsta, como no podría ser de otra manera, para que existan también compañías *FinTech* que hacen uso de otras licencias administrativas (sociedades de *crowdfunding* y *crowdlending*, brókeres online con licencia de empresa de servicios



de inversión, etc.), aunque en términos valorativos y cuantitativos, con menor relevancia.

Pues bien, si una sociedad quiere intermediar pagos deberá solicitar la autorización al Banco de España, y esta autorización conllevará el cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos mínimos para operar; entre otras, una mínima estructura organizativa y contable, la idoneidad de sus accionistas con participaciones significativas y de sus altos directivos, el deber de salvaguarda de los fondos de los clientes, o el mantenimiento de unos capitales mínimos que garanticen la continuidad del negocio y la garantía para los potenciales acreedores. Finalmente, una vez concedida la autorización para el desarrollo de sus actividades, quedarán sometidas a la supervisión continuada del Banco de España, que podrá realizar inspecciones y otras actuaciones in situ, formular recomendaciones y requerimientos, adoptar otras medidas, y, en último término, imponer sanciones por infracciones de la normativa e incluso acordar la revocación de la autorización.

Sin embargo, se trata de un régimen de acceso y desarrollo de la actividad y de supervisión sustancialmente más livianos que el aplicable a las entidades de crédito, particularmente en lo que respecta a la solvencia y recursos propios de la entidad y la retribución de los directivos. Si fuera una entidad de crédito la que quisiera desarrollar estas actividades para sus clientes dispone de dos alternativas: o prestarlas directamente por sí misma, dado que la licencia bancaria permite la prestación de servicios de pago de acuerdo con la normativa aplicable, o bien hacerlo a través de una filial con la licencia de entidad de pago o de dinero electrónico.

Antes de evaluar estas dos alternativas debemos incidir brevemente sobre la naturaleza de estas actividades. En el actual contexto, donde el negocio de intermediación de pagos está sufriendo una transformación sin precedentes por el desarrollo de la innovación financiera en conexión con los nuevos canales digitales (ej: tecnología de reconocimiento facial, de pago a través del teléfono móvil, el surgimiento de nuevos proveedores de servicios de pago, etc.), los bancos necesitan desarrollar modelos innovadores y crear entornos que fomenten soluciones creativas para ser competitivos en el mercado. En definitiva, estructuras ágiles más similares a las de *start-ups* que a las de negocios maduros, estables y altamente regulados.

La primera alternativa es la que surge quizás de un modo más natural: que el



banco desarrolle directamente servicios de pago para sus clientes, como tradicionalmente ha venido haciendo. Sin embargo, y como se ha dicho anteriormente, un banco tradicional no suele ser un entorno donde la innovación se puede desarrollar con la misma velocidad que en una *start-up*, por diferentes razones. Así, los bancos están sometidos a unas **normas de gobierno corporativo y control interno** muy detalladas, que restringen la inmediatez con la que las decisiones pueden adoptarse e, incluso, imponen ciertas cautelas o limitaciones en la toma de ciertas decisiones, circunstancias a las que no se ven sujetas las entidades no reguladas del sector *FinTech*. Por ejemplo, en el ámbito de la externalización de servicios, es necesario que los contratos con los proveedores de estos servicios prevean un derecho de acceso de las autoridades supervisoras competentes de los bancos a las instalaciones e información de estos proveedores, acceso que no tienen que facilitar entidades no reguladas. De la misma manera, el **modelo retributivo** para los negocios innovadores, que combinan salarios fijos moderados y muy elevados variables ligados al valor del negocio desarrollado en caso de que la innovación tenga éxito, no tienen cabida actualmente con el régimen retributivo aplicable a la banca. Por ejemplo, la restricción de que la retribución variable de los miembros del colectivo identificado no puede ser superior a la retribución fija (o con un máximo del doble en caso de que se apruebe por la junta general de accionistas de la entidad), imposibilita el citado modelo retributivo. Al mismo tiempo, la obligación de diferir el pago de una parte significativa de la retribución variable, junto con el pago de otra parte significativa en acciones del banco genera problemas para competir en el mercado por estos recursos.

En la segunda alternativa, el banco podría crear una entidad regulada como entidad de pago o de dinero electrónico para el desarrollo de estas actividades. En este caso específico, la filial estaría sometida directamente a la normativa de servicios de pago y de dinero electrónico, por lo que tendría que cumplir con todos los requerimientos que tal norma establece para estas, sin que ello suponga una desventaja competitiva para el grupo bancario; ya que la actividad se sometería a idénticas restricciones que de desarrollarse fuera de él (por ejemplo, por una sociedad industrial). Sin embargo, la entidad de pago o de dinero electrónico, como filial del banco, se consideraría una “entidad consolidable” y por lo tanto quedaría sometida a la aplicación de la normativa bancaria en base consolidada. En consecuencia, y a pesar de no estar sometida directamente a ella, las normas de gobierno corporativo y de remuneraciones de la banca acabarían siendo de aplicación a las decisiones y a los empleados de la entidad de pago y/o de dinero



electrónico, lo que, de nuevo, iría previsiblemente en contra del entorno innovador que requieren estos nuevos negocios, y que alteraría el *level playing field* con proveedores alternativos.

El anterior ejemplo relativo a las entidades de pago y de dinero electrónico se puede extrapolar, *mutatis mutandis*, con bastante facilidad al resto de actividades financieras que pueden ser desarrolladas por sociedades *FinTech*. La regla cuenta con una única excepción: el de la sociedad *FinTech* que adquiere una licencia bancaria para captar depósitos (bancos “*challenger*” o “*neo-bancos*”), en cuyo caso se encontraría sujeta al mismo régimen prudencial que el de las entidades de crédito.

Otro ámbito normativo en el que se identifican asimetrías es en el relativo a la **transparencia y la protección al cliente**. Se trata de un conjunto de reglas que condicionan enormemente la manera en la que las entidades de crédito pueden relacionarse con los clientes y prestarles servicios y, por tanto, la capacidad de ofrecer servicios con la misma velocidad y agilidad que las entidades *FinTech*, que no están sujetas a estas reglas por no ser entidades reguladas.

En el ámbito de la transparencia, la asimetría existe en dos planos, a saber, en el de la normativa aplicable y en el de la supervisión. En el primero, ocurre que con independencia de que el servicio en cuestión esté o no sujeto a determinadas normas de transparencia, lo cierto es que cuando el servicio se presta por una entidad regulada, las normas de transparencia y protección al cliente resultan de aplicación de manera automática. Esta circunstancia no se da cuando el mismo servicio se presta por una entidad no regulada. Este sería el caso por ejemplo de la normativa bancaria de transparencia y protección al cliente que resulta de aplicación a entidades de crédito españolas o a las sucursales de entidades extranjeras para todos los servicios que prestan, y no resultaría de aplicación a aquellas entidades que sin serlo llevan a cabo el mismo tipo de actividad, como, por ejemplo, respecto de la concesión de determinados créditos, en que no estarían sujetos a la obligación de información precontractual, o en general, a las obligaciones de publicidad de comisiones.

En el segundo plano, se da la circunstancia de que, en determinadas situaciones, como es el caso del crédito al consumo, aun estando sujetas a la misma normativa tanto las entidades reguladas como aquellas que no lo están, la supervisión del servicio en cuestión se llevaba a cabo por organismos distintos (Banco de



España frente a autoridades de consumo), que utilizan criterios de supervisión muy distintos.

Es decir, que en el ámbito de la transparencia y protección de la clientela, prima la supervisión frente a la regulación. Esto ocasiona una clara desventaja para las entidades reguladas que ofrecen servicios *FinTech* frente a las que no lo están, dado que se enfrentan a unas exigencias superiores. Debe señalarse que esas exigencias no afectan únicamente a las normas de transparencia sino en general a todos los ámbitos de actuación de las entidades reguladas. Así, cualquier actuación de una entidad regulada se ve supervisada de manera muy intensa por distintos reguladores (Banco de España, Banco Central Europeo o Comisión Nacional del Mercado de Valores, por ejemplo) a diferencia de las entidades no reguladas que desarrollan actividades *FinTech*, que no están sujetas a una supervisión en términos parecidos en ningún ámbito de su actividad, o sólo limitada a ciertos aspectos de su actividad cuando está sometida a licencia y supervisión administrativas, que en cualquier caso son menores y con incidencia más liviana en su actividad de carácter financiero. Ello hace que la supervisión sea un elemento que en sí mismo genere una asimetría importante. Por otra parte, en lo que respecta a la transparencia, el hecho de que haya distinto grado de supervisión en función de si la entidad que desarrolla la actividad es regulada o no tiene un efecto negativo para el propio consumidor, que ante una misma actividad puede tener distintos niveles de transparencia y protección. La consecuencia de ello es que las entidades reguladas se enfrentan a una importante cortapisa en el desarrollo de su actividad, que acaba por restringir su capacidad de innovación.

En otro ámbito, no se puede dejar de mencionar las limitaciones que tienen las entidades reguladas, respecto de los servicios que pueden prestar, que vienen condicionados por su **autorización administrativa**. Su capacidad para operar está limitada tanto respecto de los servicios y actividades que pueden desarrollar, como del territorio en el que las pueden desarrollar. El desarrollo de nuevas actividades puede requerir la necesidad de modificar su programa de actividades y la acreditación de medios y procesos suficientes frente a los reguladores, lo cual resta inmediatez para la puesta en marcha de proyectos y para la realización de ensayos y pruebas previas.

Por otra parte, la autorización de una entidad de crédito le habilita a prestar servicios únicamente en el territorio del Estado en el que está establecida. La expansión a otros territorios está sujeta a trámites administrativos, más gravosos en



caso de que se trate de terceros Estados, y de capas de supervisión adicionales. Por tanto, la capacidad de globalización y de creación de una marca reconocible en Estados más allá del de origen, sin ser imposible, se ve condicionada por elementos que las entidades no reguladas no tienen que afrontar.

En todo caso, se pone de relieve que la capacidad de las entidades de “experimentar” con carácter general está fuertemente condicionada por motivos de supervisión prudencial, de estabilidad del sistema financiero y de protección de los clientes, particularmente de los depositantes. Ese marco normativo limita enormemente la posibilidad de que las entidades puedan asumir modelos de negocio no necesariamente rentables, a diferencia de otros operadores en otros sectores que no están regulados. De ahí la conveniencia de establecer un *SandBox*, actualmente en fase de tramitación legislativa en España, al que puedan acceder las entidades de crédito en los mismos términos que las *FinTech*, para poder poner a prueba proyectos y operativas en entornos controlados y sin impacto en los clientes o el sistema financiero.

Por último, se identifica también como normativa que ha venido a generar un desequilibrio entre entidades de crédito y las *FinTech* no bancarias la derivada de PSD2 en relación con la prestación de los nuevos servicios de información sobre cuentas e iniciación de pagos. Para garantizar que los usuarios tengan acceso a estos servicios y en condiciones de seguridad, esta directiva comunitaria impone a las entidades de crédito la obligación de permitir el acceso de estos prestadores de servicios a las cuentas de los clientes que así lo hayan consentido, y a la información que allí se contiene. Para ello, las entidades de crédito deben establecer una interfaz de comunicación que puedan utilizar los prestadores de estos servicios y a la vez permitir que puedan también utilizar las credenciales de seguridad de los clientes para acceder a la información.

La finalidad de PSD2 en este ámbito, muy legítima, es doble. Por un lado, se quiere posibilitar que el usuario pueda disfrutar de estos servicios, en condiciones de seguridad y, por otro, se quiere hacer el mercado de los medios de pago más competitivo, lo cual indudablemente también favorece al usuario. Sin embargo, en el diseño de las medidas necesarias para la consecución de este objetivo, se ha establecido un reparto desigual de la carga obligacional entre las entidades de crédito y los prestadores de estos servicios. Son las primeras las que deben crear una nueva interfaz, en los términos que exige la normativa, asumiendo también el coste de su desarrollo. Por tanto, una gran parte del coste del servicio que pres-



tan estos nuevos operadores lo asume la entidad de crédito, por imperativo legal. Por otra parte, la obligación de facilitar el acceso a la información del cliente únicamente existe para las entidades reguladas, que son las que tienen las cuentas de los clientes. No existe una obligación similar para las entidades no reguladas en ningún otro ámbito de las actividades *FinTech*, situación que también genera una clara asimetría.

3. Conclusiones

En la sección anterior se han identificado distintas circunstancias en las que la regulación opera como una rémora para que las entidades de crédito puedan innovar en las mismas condiciones que una entidad no regulada que ofrece servicios *FinTech*. En algunos casos se trata de regulación actualmente aplicable a las entidades de crédito y, en otros, de la ausencia de regulación en determinados aspectos de la actividad *FinTech*.

Respecto de la regulación aplicable, parte del desigual tratamiento regulatorio evidentemente se justifica en razones de supervisión prudencial que buscan proteger la solvencia de las entidades, la estabilidad del sistema y los clientes. Por ejemplo, si una entidad no capta depósitos ni maneja fondos de los clientes, ni forma parte de un grupo de entidades en el que una de ellas realice dichas actividades, no procede que esté sujeta a la normativa de solvencia propia de las entidades que sí lo hacen, ya sea entidad de crédito u otro tipo de entidad. Por tanto, el objetivo no es que dichas normas resulten de aplicación a las entidades si no prestan los mismos servicios que los bancos, sino de flexibilizar esas normas en lo que proceda para que las entidades de crédito sean más innovadoras, más competitivas y más ágiles, todo lo cual redundará en un mejor servicio al cliente.

Respecto de la ausencia de regulación, no se trata de regular a “las *FinTech*” en todo caso. Las entidades que presten los mismos servicios que las entidades reguladas, ya sea de crédito u otras, estarán sometidas a su mismo régimen legal y por tanto no precisarán de regulación adicional, si acaso de una adaptación de la normativa a la forma de prestar servicios de este tipo de entidades, en los términos en los que lo solicitan las propias entidades de crédito para sí. Para las entidades que prestan servicios *FinTech* no regulados, la justificación de la regulación debe ser la protección del usuario.



Por tanto, el paso previo a la aprobación de cualquier normativa en este sector, debería ser la identificación de aquellos aspectos de la relación de estas entidades con los usuarios que debe reforzarse con normas de protección y transparencia. Por ejemplo, en la publicidad que realizan, en la información previa sobre los riesgos de los productos que promocionan o en la información sobre costes que debe asumir el usuario. Es clave que las normas se adapten y se refuercen en tiempo real para evitar que la legislación se convierta en una rémora para la innovación. Por otra parte, la adaptación normativa debe ir acompañada necesariamente de una supervisión adecuada para lo cual es esencial poder contar con organismos supervisores especializados y con la experiencia y el conocimiento tecnológicos necesarios para poder velar por el cumplimiento de las normas también en estos ámbitos. Ese paquete de normas y supervisión idóneas será el que genere un auténtico *level playing field* entre las entidades que operan en el ámbito *FinTech*, reguladas y no reguladas, que garantice plenamente la competencia en el mercado en beneficio del cliente.



BIG DATA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO FINANCIERO

Participantes¹:

D^a María Luisa Boronat Velert
Banco de España.

D. Emilio Diaz Ruiz
Socio Emérito en Uría Menéndez.

D. Javier Méndez Llera
Director General Adjunto en la Fundación de Estudios Financieros.

D^a Miriam Oñoro
Asesoría Jurídica, Digital y Datos en Banco Santander.

D. José Luis Piñar
Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

D^a Paola Redecilla
Delegada de Protección de Datos en Experian.

Moderadores:

D^a Leticia López-Lapuente Gutiérrez y D^a Lidia Gimeno
Abogados del Grupo de Coordinación de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia en Uría Menéndez.

1. La introducción de las nuevas tecnologías en el sector financiero: el Big Data y la Inteligencia Artificial

En los últimos años, una serie de tecnologías disruptivas se ha introducido en el día a día de ciudadanos, empresas y gobiernos con el fin cubrir ciertas necesida-

¹ Las opiniones expresadas en el presente documento son el resultado del debate entre los participantes y no reflejan la posición de ninguno de ellos en particular ni de las organizaciones a la que pertenecen.



des del mercado y mejorar los procesos internos de las organizaciones. El sector financiero no es ajeno a esta tendencia y el uso de estas tecnologías ha aumentado de forma exponencial en el sector, siendo las tecnologías relacionadas con el tratamiento masivo de datos (el “**Big Data**”) y las tecnologías basadas en el análisis inteligente y con fines de predicción de los datos (la “**Inteligencia Artificial**”) algunas de las más implementadas e interesantes para las entidades financieras. Estas tecnologías, junto a otras como el *blockchain*, están generando cambios significativos e incluso nuevos modelos de negocio en el sector financiero.

El Big Data se define como la tecnología que permite el tratamiento y análisis de un gran volumen de datos. Sus principales características suelen resumirse como las 4 Vs: **volumen** (de información tratada), **velocidad** (en el tratamiento), **variedad** (en las tipologías de datos tratados) y **veracidad** (en los resultados obtenidos). Gracias al Big Data, las empresas pueden analizar grandes cantidades de estos datos para obtener ideas que conduzcan a tomar mejores decisiones de negocio. A pesar de ser conceptos que suelen ir vinculados, la Inteligencia Artificial constituye una tecnología distinta al Big Data. Se entiende generalmente por Inteligencia Artificial el campo de investigación y la tecnología que tiene como finalidad la generación de herramientas capaces de mostrar comportamientos considerados inteligentes si se llevaran a cabo por personas. Tradicionalmente, la Comisión Europea ha definido esta tecnología como las máquinas y los agentes capaces de observar el entorno, de aprender y de adoptar o proponer decisiones inteligentes fundamentadas en la experiencia o conocimientos que han adquirido. De hecho, una de las ramas más extendidas de la Inteligencia Artificial es la conocida como *machine learning*, que es la que busca generar sistemas que, a través de algoritmos, aprenden autónomamente y generan resultados cada vez más ajustados y veraces al aprender de los datos previamente procesados. Dado que la Inteligencia Artificial se nutre de un tratamiento de grandes cantidades de información y datos, esta tecnología se encuentra estrechamente vinculada con el Big Data.

El sector financiero es una industria que siempre ha generado y gestionado una gran cantidad de información y datos, ya sea de clientes, proveedores, empleados o terceros. Por ello, las tecnologías del Big Data y la Inteligencia Artificial tienen para el sector financiero una gran utilidad en todas sus fases y procesos de negocio, incluyendo la mejora en la seguridad, en el conocimiento de los clientes o la generación de productos y servicios más adaptados a sus necesidades. Esa gran cantidad de datos generados en el sector financiero encuentra por tanto en



estas tecnologías herramientas eficaces para mejorar sus servicios, seguridad y eficiencia.

No obstante, el uso de estas tecnologías también genera algunos retos y se encuentra cada vez más regulada. Su implantación se topa con la barrera de diversos requisitos y límites regulatorios. Estos límites se encuentran establecidos, por ejemplo, en la normativa de protección de datos o en la propia normativa sectorial financiera. Es más, las autoridades financieras (p.ej., Banco de España, la Autoridad Bancaria Europea o las *European Supervisory Authorities*²) están generando en los últimos años informes, opiniones y recomendaciones respecto al uso de estas tecnologías, en los que identifican los principales riesgos operativos, jurídicos y éticos del uso de estas tecnologías y proporcionan algunas recomendaciones para su implementación y uso por las empresas financieras.

En resumen, las nuevas herramientas tecnológicas y su capacidad cada vez mayor de procesar la información y obtener resultados útiles para la gestión de los procesos empresariales ha comportado un aumento en el valor de los datos para las entidades financieras dado que, mediante su análisis, las entidades pueden extraer información de enorme valor. No obstante, este desarrollo tecnológico ha generado en paralelo una mayor sensibilidad social y también regulatoria respecto a la gestión y tratamiento masivo de los datos y también respecto a la automatización completa de determinados procesos y decisiones que hace que las entidades deban ser cuidadosas y proporcionales en el desarrollo e implantación de estas herramientas, especialmente cuando implican la gestión de datos personales.

Esta mayor sensibilidad se refleja, por ejemplo, en la entrada en aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (el “**RGPD**”) el mes de mayo de 2018 y en la aprobación de diversa normativas nacionales de adaptación a esta normativa, como ocurre en España con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de

² Joint Committee Final Report on Big Data. European Supervisory Authorities. Documento nº JC/2018/04 de 15 de marzo de 2018.



los derechos digitales (“LOPDGDD”). Estas normas son de aplicación general a todos los sectores y no son específicas del sector financiero pero tienen gran impacto en la gestión de las tecnologías por las empresas financieras. Además, el sector financiero y las autoridades financieras generan sus propias normas y guías de actuación que, cada vez más, regulan el uso de estas tecnologías.

2. Oportunidades para el sector financiero y para los consumidores

2.1. Oportunidades para el sector financiero

Para el sector financiero, el desarrollo e implantación de herramientas de Big Data e Inteligencia Artificial está facilitando el cumplimiento con ciertas obligaciones legales sectoriales que le son de aplicación como, por ejemplo, (i) la evaluación de riesgos previa a la contratación de productos y servicios por los clientes, (ii) la adecuada seguridad de los datos y el cumplimiento de la normativa específica de ciberseguridad, (iii) el cumplimiento de la normativa de identificación de clientes y prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, o (iv) la lucha contra el fraude. Además, estas tecnologías también están generando oportunidades en otros muchos ámbitos como son la mejora de eficiencias en procesos internos, las mejoras y el desarrollo de nuevos productos y servicios o la adecuación de las comunicaciones comerciales de clientes a sus necesidades (i.e., marketing comportamental). A continuación, se desarrollan algunos de estos campos de actuación, así como la principal normativa que la regula.

2.1.1. La evaluación de riesgos previa a la contratación de productos y servicios o *scoring*

Uno de los tratamientos de datos a los que están obligadas las entidades de crédito es el denominado *scoring* o evaluación de la solvencia patrimonial y crédito del cliente previa a la concesión y contratación de un producto de crédito. Esta obligación se recoge, entre otras, en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo³. En este contexto, se entiende por *scoring* el proceso por

³ El artículo 14 de la Ley 16/2011 establece la obligación de evaluar la solvencia del consumidor y es-



el cual se evalúan los riesgos de solvencia patrimonial y potencial devolución de un crédito con el objetivo de valorar la probabilidad de impago del cliente y la adecuada gestión de riesgos financieros y operacionales de la propia entidad financiera. La realización de tratamientos de *scoring* también es habitual en la contratación de otros productos financieros distintos a los de crédito.

La licitud de este tipo de tratamientos de datos de clientes desde un punto de vista de la normativa de protección de datos está fuera de duda. En este sentido, el Informe 0195/2017⁴ la Agencia Española de Protección de Datos (la “AEPD”) -la autoridad de control en materia de protección de datos en España- considera que los tratamientos efectuados por entidades de crédito para la evaluación de solvencia “*puede considerarse “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”*, dado que como bien señala la consulta existe un deber legal de verificación de la solvencia del cliente y la evaluación de su riesgo”.

Cuando dicho *scoring* se lleva a cabo antes de la concesión o no de un crédito, este tratamiento se llevaría a cabo en el marco de una medida precontractual necesaria para poder formalizar el contrato, existiendo en el caso de los productos de crédito, además, un deber legal de verificación de la solvencia del cliente y la evaluación de su riesgo. Las herramientas de Big Data, junto con el uso de Inteligencia Artificial, permiten a las entidades financieras identificar información relevante para este análisis y predecir con mayor precisión y facilidad si el solicitante de un crédito va a ser capaz o no de cumplir con el crédito solicitado. Sin embargo, la propia normativa, tanto la financiera como la de protección de datos, exige que las entidades establezcan medidas de proporcionalidad al diseñar, implantar y usar herramientas tecnológicas para realizar *scoring*, como es que

tablece en su apartado 2 que “*el prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo. En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica*”.

⁴ El Informe 0195/2017 de la AEPD está disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2017-0195.pdf>.



la información utilizada para efectuar el análisis de solvencia se haya obtenido por “*medios adecuados a tal fin*”⁵, es decir, medios lícitos y proporcionados o que los consumidores sean debidamente informados de la existencia de dichos tratamientos⁶.

En estrecha relación con el *scoring*, existen dos tipos de ficheros regulados en la normativa española que pueden contener información sobre el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias: los denominados ficheros de solvencia patrimonial positivos y los ficheros de solvencia patrimonial negativos (o también denominados ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias). En este ámbito, la regulación en España difiere de la regulación de otros países y se centra en los ficheros de solvencia negativa. Sin embargo, en otros ámbitos como por ejemplo en el mundo anglosajón, es habitual por parte de las entidades financieras fundar su análisis con información también basada en ficheros de solvencia patrimonial positivos, que incluyen información sobre el cumplimiento por los clientes de sus obligaciones de pago.

En España existe una normativa específica que autoriza pero impone determinadas restricciones al uso de ficheros de solvencia patrimonial o de crédito. Históricamente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (la “**LOPD**”) estableció la posibilidad de crear ficheros tanto positivos como negativos pero estableció límite al señalar que los datos tratados en el marco de dichos ficheros debían ser datos extraídos de (i) registros y fuentes accesibles al público establecidos al efecto, (ii) información facilitada por el cliente o (iii) información tratada con el consentimiento del cliente. El reglamento de desarrollo de la LOPD, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (el “**RLOPD**”), desarrollaba la regulación de este tipo de ficheros, estableciendo más requisitos a cumplir para incorporar a los clientes en estos ficheros y para su consulta. La posibilidad de crear ficheros de solvencia patrimonial positivos no solo venía amparada por la propia LOPD, sino que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 23 de noviembre de 2006 (Asunto C-238/05), se pronunció al respecto desde un punto de vista del derecho de la competencia afirmando que estos ficheros eran lícitos y que no vulneraban la normativa. Pese a ello, este tipo de ficheros no tuvo implantación en el mercado español.

⁵ Artículo 14 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

⁶ Artículos 13 y 14 del RGPD.



Más recientemente, con la aprobación de la LOPDGDD (y consecuente derogación de la LOPD y su normativa de desarrollo), la existencia de ficheros de solvencia positivos parece haberse restringido en España dado que el artículo 20 de la LOPDGDD, si bien regula los ficheros de solvencia negativos, no hace referencia alguna a la posibilidad de llevar a cabo dichos ficheros positivos. Respecto a cómo se regulan actualmente los ficheros de solvencia negativos, es decir, aquellos que recogen información respecto a incumplimientos de obligaciones dinerarias, la LOPDGDD mantiene una línea continuista con la normativa anterior, manteniendo sin grandes novedades los requisitos para la incorporación de deudas en estos ficheros y para su consulta.

Distinto de los ficheros anteriormente indicados, existe el fichero Central de Información de Riesgos del Banco de España (conocida como “**CIRBE**”) es una base de datos que recoge la información de los préstamos, créditos (riesgo directo), avales y garantías (riesgo indirecto) que cada entidad de crédito mantiene con sus clientes. No incluye las operaciones cuyo riesgo agregado no supere los 9.000 € en una entidad. La CIRBE no es un fichero de solvencia patrimonial sino que tiene como finalidad controlar los riesgos de crédito.

En todos estos tratamientos, tanto los que tienen que ver con el *scoring* que llevan a cabo las entidades financieras, como los de gestión y consulta de ficheros de solvencia, las tecnologías de Big Data e Inteligencia Artificial son esenciales y el desarrollo de una tecnología más eficiente y de nuevas funcionalidades es esencial para la mejora de estas funciones, siempre con el respeto a los principios de proporcionalidad y los límites impuestos por la normativa de protección de datos y la regulatoria financiera.

2.1.2. La obligación de preservar la seguridad de la información de los clientes: protección de datos y ciberseguridad

Otra de las obligaciones legales a las que deben hacer frente las entidades financieras es la de preservar la seguridad de la información que gestionan. En el sector financiero, la seguridad y confidencialidad de la información es esencial frente a los clientes y frente al mercado y esta necesidad de seguridad viene reforzada por determinados deberes sectoriales específicos, como es el secreto bancario. Por ello, el deber de las entidades financieras de mantener segura la información que gestionan y almacenan emana no solamente por las obligacio-



nes que emanan de normativa de aplicación general –y no exclusiva del sector financiero– como la normativa de protección de datos (ex artículo 32 del RGPD) o la de ciberseguridad como el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, sino también de la aplicación de normativa sectorial específica.

El uso de tecnologías disruptivas y, más en particular, el uso herramientas de Big Data e Inteligencia Artificial en la gestión de la seguridad de sistemas y redes puede aportar unos beneficios significativos al sector, al facilitar una mejor protección de la información y ayudando a cumplir con estas obligaciones de seguridad. Gracias al Big Data y a la Inteligencia Artificial, por ejemplo, puede detectarse un ataque informático en una fase muy inicial y evitar que los datos no se vean gravemente afectados.

Sin embargo, la propia Comisión Europea ha reconocido las dos vertientes de la Inteligencia Artificial en lo que se refiere a la ciberseguridad⁷: por un lado, las herramientas cada vez más inteligentes permiten a las entidades, incluidas las del sector financiero, abordar mejor y mitigar los crecientes ciber-riesgos mientras, por otra parte, estas mismas herramientas y tecnología empoderan a los ciberdelincuentes, permitiéndoles ataque cada vez más sofisticados y dirigidos. Es por ello que la implantación y la inversión del sector financiero en herramientas y algoritmos inteligentes que sean eficaces y robustos en materia de ciberseguridad deviene esencial para mantener la seguridad de sus sistemas.

2.1.3. El uso de las tecnologías en la lucha contra el fraude

Otro de los puntos en los que el Big Data y la Inteligencia Artificial están ayudando a las entidades financieras es en la lucha contra el fraude. Así, el uso de estas tecnologías ayuda a detectar con mayor precisión cuando alguien está llevando a cabo un pago u operación fraudulenta. la tecnología de análisis de patrones, los análisis predictivos y el uso de algoritmos complejos junto con el acceso a gran cantidad de datos y metadatos de forma particular y agregada ayuda a detectar patrones y comportamientos fraudulentos. Por ejemplo, gracias al uso de este

⁷ “Paper: Artificial Intelligence - An European Perspective” Comisión Europea. Disponible en: <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113826/ai-flagship-report-online.pdf>.



tipo de tecnologías podría detectarse el uso de una tarjeta de crédito de forma sospechosa al llevar a cabo una compra en un país distinto en el que el cliente suele realizar sus compras.

En este sentido, la Comisión Europea ha reconocido que *“la Inteligencia Artificial puede beneficiar una gran cantidad de sectores, tales como el sector del cuidado de la salud, el consumo energético, la seguridad de los coches, la agricultura, el cambio climático y la gestión de los riesgos financieros. La Inteligencia Artificial puede además ayudar a la detección de fraude y los riesgos de ciberseguridad y permite a las autoridades policiales combatir los delitos de forma más eficiente”*⁸.

2.1.4. Mejora de procesos y del diseño de productos y servicios

Una de las áreas en las que las tecnologías de Big Data e Inteligencia Artificial están más extendidas en el sector financiero es la de la mejora de procesos y productos. Mediante herramientas inteligentes, se busca mejorar procesos y ganar eficiencias en los distintos procesos de la entidad. Este es el caso, por ejemplo, de algunas herramientas de Inteligencia Artificial que permiten dar una mejor respuesta en los *call centers* y canales de atención a los clientes mediante un mejor conocimiento de las necesidades de los clientes o la creación de *bots* o canales de respuesta automatizados que permiten dar respuestas sencillas de forma rápida, automática y eficiente. De la misma forma, por medio de herramientas que permiten analizar las carteras de productos y servicios y la respuesta de clientes y del mercado a los mismos, es posible proponer mejoras a los productos y servicios o incluso ayudar a la generación de nuevas ofertas de productos y servicios al mercado. En este último punto, destaca, por ejemplo, el uso de tecnologías de Big Data e Inteligencia Artificial para la generación de productos y servicios cada vez más personalizados y adaptados a las necesidades de los clientes (p.ej., conforme su perfil y apetencia de riesgo). De hecho, la proliferación y desarrollo de tecnologías y la capacidad de crear nuevos productos y servicios ha fomen-

8 *“Intelligence can benefit a wide-range of sectors, such as healthcare, energy consumption, cars safety, farming, climate change and financial risk management. Artificial Intelligence can also help to detect fraud and cybersecurity threats, and enables law enforcement authorities to fight crime more efficiently”*. Información de la Comisión Europea disponible en https://ec.europa.eu/commission/news/artificial-intelligence-2019-apr-08_en.



tado el desarrollo de nuevas actividades financieras y, en particular, el sector conocido como *FinTech*.

En general, muchos de estos procesos requieren un tratamiento intensivo de datos personales. Cabe entender, como regla general, que existe un interés legítimo de las entidades para la mejora de sus procesos y productos y servicios y que, por tanto, esos tratamientos de datos personales podrían quedar habilitados por el artículo 6.1.f) del RGPD. Sin embargo, tanto el propio artículo 6.1.f) como las autoridades de protección de datos determinan que el interés legítimo podría no habilitar tratamientos si éstos incumplen el principio de proporcionalidad, generando una intrusión excesiva en los derechos y libertades de los afectados. Es por ello que las entidades financieras deberán evaluar la licitud de estos tratamientos a la luz de criterios como el origen y fuente de los datos utilizados, la cantidad de datos tratados, su naturaleza, la posibilidad de anonimización o seudonimización y otros criterios similares.

2.1.5. Perfilado de los clientes para la personalización de las comunicaciones comerciales

Por último, el uso de estas tecnologías pueden aportar una mejora incluso para las comunicaciones comerciales (*marketing*) que las entidades financieras tengan con sus clientes. Así, las entidades financieras pueden adaptar las comunicaciones comerciales que manden a sus clientes a sus intereses. No obstante, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, el RGPD establece ciertos límites a este respecto. En relación con este asunto, la AEPD se pronunció en su Informe Jurídico 0195/2017 indicando que las comunicaciones comerciales con clientes pueden legitimarse en el interés legítimo de la entidad financiera, dado que el cliente tiene una expectativa razonable de que se le remitan este tipo de comunicaciones al cliente, siempre y cuando se respete la opción de que el cliente se oponga a recibir tales comunicaciones.

Mediante el uso de Big Data y de la Inteligencia Artificial, se facilita que técnicamente las comunicaciones comerciales se adapten a los intereses del cliente, habiendo realizado, de forma previa, un perfilado del mismo a través de los datos extraídos de sus movimientos bancarios, lugar de residencia, etc., e incluso de los datos extraídos de otras fuentes externas. Respecto a este perfilado, existen muchas dudas en torno a la licitud de llevar a cabo estos perfilados y sobre los



límites y normas que deben respetarse en su realización.

En relación con ello, la AEPD se ha pronunciado afirmando que (i) cuando el perfilado del cliente se lleve a cabo solo con los datos que tiene la propia entidad, dado que este tratamiento no es tan invasivo en la privacidad de los clientes y que existe una expectativa razonable de que este tratamiento pueda llevarse a cabo, este podrá realizarse basándose en el interés legítimo de la entidad; y (ii) cuando el perfilado se realice con datos de otras fuentes distintas de la entidad (es decir, se enriquezcan los datos), solo podrá realizarse dicho perfilado con el consentimiento expreso del cliente. Además, la AEPD destaca que es vital que se informe sobre la finalidad del perfilado para adaptar las comunicaciones comerciales a los clientes.

2.2. *Oportunidades para el consumidor*

El uso de estas nuevas tecnologías en el sector financiero no solo aporta beneficios y oportunidades a las entidades financieras sino que, de la misma manera, los clientes se ven beneficiados al obtener (i) productos y servicios más seguros y (ii) productos y servicios más ajustados a sus necesidades.

En este sentido, y vinculado a lo anteriormente indicado sobre la prevención del fraude y la ciberseguridad de las entidades financieras, gracias a las tecnologías con el Big Data o la Inteligencia Artificial, los clientes gozan de sistemas más seguros que pueden protegerlos de ser víctimas de fraudes. Así, por ejemplo, gracias al análisis llevado a cabo con las tecnologías de Big Data, pueden detectarse patrones de movimientos fraudulentos en cuentas que denoten que una tarjeta bancaria ha sido sustraída a su legítimo titular, y, consecuentemente, que se active una alerta para la entidad financiera con el fin de alertar al titular de la tarjeta de dichas conductas anormales.

Además, y como también se ha analizado anteriormente, el análisis de los datos de los clientes permite ofrecer productos y servicios personalizados que cubran las necesidades concretas de los clientes. El objetivo es dejar atrás los productos cerrados y no adaptados que pueden no ser atractivos para los clientes, diseñando productos y servicios exclusivos y adaptados a aquello que el cliente efectivamente quiere y necesita. Ello también es extrapolable a las comunicaciones comerciales. Así, el desarrollo de estas tecnologías permitiría disminuir la cantidad



de comunicaciones comerciales que se remiten a los clientes, solo llevando a cabo aquellas que efectivamente puedan interesar, por su perfil, a este. Ello redundaría de forma positiva en una mejor atención al cliente y posiblemente en una reducción de la cantidad de comunicaciones comerciales a las que los consumidores están sometidos.

3. Retos jurídicos y éticos

Si bien el uso de las tecnologías está aportando y puede aportar grandes oportunidades al sector financiero y beneficios a los consumidores, ello no obsta que existan múltiples retos –tanto jurídicos como éticos– en el tratamiento masivo de datos y en el uso de Inteligencia Artificial para el análisis de estos.

3.1. Retos jurídicos

El sector financiero ha sido históricamente y es un sector con una gran carga regulatoria para las entidades financieras con el objetivo de controlar su actividad desde puntos de vista distintos (solvencia, contratación con clientes, publicidad o competencia, entre otros muchos ámbitos). En este sentido, encontramos normativa nacional y europea, así como numerosas guías de actuación dictadas por las autoridades competentes. Si a esta regulación se le añade la aplicación de todas las reglas de carácter general y no específico del sector financiero (p.ej., normativa de protección de datos, consumo o normativa penal), la carga regulatoria de las entidades financieras se multiplica. Tal es la complejidad del espectro normativo aplicable que, de hecho, dentro del propio sector *FinTech* se está generando un sector dedicado al desarrollo de herramientas tecnológicas y aplicaciones que ayudan específicamente a las entidades financieras al cumplimiento normativo y al control de dicho cumplimiento. A este área de negocio se la conoce como *RegTech*.

Una parte relevante de estas reglas aplican además, de forma directa o indirecta, a la implantación y uso de las herramientas tecnológicas de Big Data e Inteligencia Artificial. Por tanto, el uso del Big Data y la Inteligencia Artificial genera múltiples retos jurídicos, especialmente (aunque no solamente) en relación con la protección de los datos personales de los clientes.



Como se ha visto anteriormente, en mayo del año 2018 entró en aplicación el RGPD, un nuevo Reglamento de aplicación directa a los Estados Miembros cuyo objetivo es el de establecer un marco único de protección de los datos personales entre los distintos países de la Unión Europea. Esta norma, además, ha incluido una muy novedosa norma de aplicación territorial de esta regulación, siendo incluso aplicable a entidades localizadas fuera de los Estados Miembros. Ello, obviamente, ha generado que la posibilidad de que entidades financieras situadas fuera de la Unión Europea puedan verse afectadas por la aplicación las obligaciones del RGPD. Esto debe contextualizarse en el mundo globalizado en el que vivimos y en la gran interconexión existente entre las entidades financieras de distintos países del mundo.

De facto, la regulación establecida por el RGPD se está convirtiendo, además, en un estándar a nivel mundial en la materia y se aprecia cómo en los últimos meses diversas jurisdicciones en el mundo han adoptado (o están adoptando) estándares normativos en materia de protección de datos similares a los establecidos por el RGPD. Una de las principales ventajas de esta homogeneización con los principios del RGPD está, por ejemplo, en la posibilidad de conseguir una decisión de adecuación por parte de la Comisión Europea, facilitando enormemente así el flujo de datos personales entre la UE y la jurisdicción en cuestión.

En relación con este marco normativo, han surgido diversas cuestiones en relación con como cumplir adecuadamente con todas las obligaciones impuestas por el RGPD en el uso de estas tecnologías. De forma resumida, algunas de las principales obligaciones que debe cumplir una entidad financiera conforme al RGPD son, entre otras, (i) tener una base legal para tratar los datos, (ii) informar a los afectados (clientes, empleados, etc.) sobre el tratamiento de sus datos, (iii) implementar las medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos (iv) realizar una adecuada gestión de riesgos e implementación de principios de proporcionalidad y minimización y (iv) planificar plazos de retención de los datos.

En relación con los principios de protección de datos, existe una tensión natural entre las tecnologías de uso intensivo de datos personales (como son el Big Data o la Inteligencia Artificial) y el principio de minimización de datos previsto en el artículo 5.1.c) del RGPD. Este principio establece que los datos personales se tratarán de forma adecuada, pertinente y limitada a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. El Big Data, por su propia naturaleza, implica un tratamiento intensivo de datos personales, que, además, pueden no guardar en



ocasiones una relación directa con la finalidad principal que justifica la posesión de los datos como es, por ejemplo, la ejecución de un contrato entre el cliente y la entidad.

Por lo que respecta a la licitud del tratamiento de datos llevado a cabo con tecnología Big Data o de Inteligencia Artificial, existen controversias y dudas sobre las bases legítimas aplicables a las distintas herramientas y el análisis debe hacerse caso a caso. Existen, como hemos visto anteriormente, casos en los que las entidades financieras pueden estar obligadas por ley a llevar a cabo determinados tratamientos (p.ej., prevención de blanqueo de capitales o el *scoring* de las entidades de crédito). En otros casos, puede justificarse la existencia de un interés legítimo de las entidades financieras (p.ej., para determinados tratamientos de marketing o para la mejora de procesos internos). En ocasiones, el uso de estas tecnologías puede estar sujeto al consentimiento del cliente.

Además, otra de las obligaciones clave a cumplir por las entidades financieras radica en proporcionar a los afectados información sobre el tratamiento de datos que llevan a cabo. Esta transparencia sobre las gestiones o manejo de los datos que realizan implicaría informar sobre el uso de este tipo de herramientas. Ello comporta un auténtico reto para las entidades financieras, que deben informar sobre el uso de este tipo de herramientas, e intentar explicar de forma sencilla a los clientes cómo funcionan, los algoritmos utilizados, entre otros elementos.

Este reto en proporcionar información no se localiza solo en este punto, sino también en cómo informar sobre la existencia de un interés legítimo de las entidades financieras. El RGPD, en su artículo 13.1.d), indica que el responsable deberá informar sobre los intereses legítimos existentes para llevar a cabo el tratamiento de los datos. Dado que el tratamiento de datos mediante el uso de estas tecnologías podría basarse en este interés legítimo, las entidades financieras deben hacer frente al reto de ser capaces de informar sobre ello.

Un avance en proporcionar información de forma clara para los clientes será la creación e incorporación de iconos normalizados. El uso de este tipo de iconos se encuentra expresamente previsto en el propio RGPD. Múltiples asociaciones están trabajando en la creación de estos iconos normalizados, con el fin de que los responsables puedan proporcionar la información sobre el tratamiento de sus datos personales de una forma más fácilmente comprensible para los clientes. Esto es especialmente importante y prometedor en aquellos ámbitos en los que la



información es especialmente compleja como, por ejemplo, al informar sobre los algoritmos utilizados en la Inteligencia Artificial.

Otra de las obligaciones del RGPD que colisiona con la naturaleza del Big Data es el principio de limitación de la conservación de los datos. Para obtener inteligencias artificiales que sean capaces de desarrollar patrones y predicciones fiables, es necesario que estas estén vinculadas al tratamiento de una gran cantidad de datos que, incluso, puedan ser bastante antiguos. El principio al que se hace referencia indica que los datos no se tratarán durante más tiempo del que sea necesario para la finalidad del tratamiento. En este sentido, la conservación indefinida de los datos podría entenderse contraria a este principio.

Uno de los nuevos derechos que el RGPD ha creado es el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos. Este derecho, especificado en el artículo 22 del RGPD, prevé el derecho de los ciudadanos a no ser objeto de una decisión llevada a cabo de forma automática –sin intervención humana– que produzca efectos jurídicos en él o le afecte negativamente de modo similar, existiendo una serie tasada de supuestos en los que ello sí estaría permitido. Esta decisión automatizada, en el marco de las entidades financieras, podría darse, por ejemplo, en la realización de *scoring* previo a la contratación de un crédito.

Otros de los derechos de los que gozan los ciudadanos y respecto del cual no existe consenso sobre cómo se va a desarrollar en la práctica es el derecho a la portabilidad. Este derecho, previsto en el artículo 20 del RGPD, prevé la posibilidad de que el interesado solicite los datos personales que haya facilitado en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica. Ello, en el marco de las entidades financieras, ha creado ciertas dudas sobre el concepto de datos facilitados por el interesado. Así, por ejemplo, actualmente no queda claro si el perfilado de los clientes podría ser objeto de este derecho. En consecuencia, el sector financiero está interpretando de forma restrictiva el ámbito de aplicación de este derecho, esperando a que la AEPD se pronuncie de forma clara y más desarrollada sobre el contenido del derecho.

Pero la problemática del derecho a la portabilidad también se extiende a un parámetro temporal. Como bien se ha indicado anteriormente, los datos personales solo deben tratarse durante el tiempo necesario para atender a las finalidades. Una vez finalizado dicho plazo, y conforme indica el artículo 32 de la LOPDG-



DD, los datos serán bloqueados y, por lo tanto, solo accesibles para autoridades competentes en el ejercicio de sus funciones. Ello plantea la duda de si, una vez los datos se encuentren bloqueados, estos podrán ser objeto de derecho a la portabilidad por parte de los interesados.

Hace unos años, la AEPD se manifestó en una situación similar a la planteada pero en atención al derecho de acceso. En su resolución, apreció que, una vez los datos se encuentran bloqueados, estos no deben ser proporcionados a los interesados dado que su disponibilidad se encuentra limitada a autoridades públicas.

Como conclusión, son múltiples los retos jurídicos existentes, en la actualidad, respecto al uso de este tipo de tecnologías. Por ello, las entidades financieras se plantean la idea de crear un código de conducta que busque autoprotegerles en el cumplimiento de la normativa de protección de datos y obtener una interpretación más clara del RGPD.

3.2. Retos éticos

Si bien, como se ha podido ver, existen múltiples retos jurídicos para las entidades financieras, también surgen múltiples retos éticos derivados del uso de estas tecnologías. Así, existen ciertos tratamientos de datos que podrían ser totalmente lícitos y conforme la normativa pero que las entidades o el sector deciden no llevar a cabo por considerarlos conductas contrarias a la ética. La dimensión ética de la Inteligencia Artificial es una cuestión actualmente en debate⁹ y que ha cobrado una gran relevancia.

En este sentido, por ejemplo, hay ciertos datos sensibles que las entidades financieras podrían conocer a través del análisis de los movimientos de las cuentas bancarias de un cliente. Por ejemplo, si un cliente recibe ingresos en su cuenta bancaria cuyo asunto es el cobro de una pensión de incapacidad, la entidad podría conocer que el cliente sufre de algún tipo de discapacidad.

Por ello, muchas de las entidades financieras están generando códigos éticos internos que buscan establecer los límites en el uso de los datos de los clientes

⁹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.



mediante el uso de este tipo de tecnologías. Dichos códigos establecen qué no va a hacerse con los datos de los clientes y se intenta incluir información clara y sencilla sobre el uso real de los datos. La idea es que estos códigos éticos estén a disposición de los clientes para que, en cualquier momento, puedan consultar la información sobre el tratamiento de sus datos a través de este tipo de herramientas.

4. Conclusiones

El uso de herramientas de Big Data y de Inteligencia Artificial genera grandes oportunidades y beneficios para las entidades financieras, que pueden mejorar sus procesos y negocios, pero también para los clientes y el mercado, que ven cómo se mejora la ciberseguridad del sector, la prevención del fraude o su satisfacción con productos y servicios cada vez más acordes con sus necesidades.

No obstante, como sucede con cualquier implementación de una nueva tecnología, y especialmente cuando esta afecta de forma tan directa datos personales de clientes, estas herramientas no están exentas de retos tanto jurídicos como éticos. En general, el uso masivo e intensivo de datos que requieren las tecnologías de Big Data e Inteligencia Artificial parece chocar frontal e inevitablemente con el principio de minimización del tratamiento de datos que promulga la normativa de protección de datos, generando así una tensión natural entre tecnología y regulación. Por ello, la implantación de estas herramientas exige que las entidades financieras lleven a cabo una correcta gestión de riesgos y la aplicación de principios como el de proporcionalidad o el de responsabilidad activa.

Los mayores retos jurídicos surgen, en particular, de la indefinición de algunos conceptos normativos –p.ej., el alcance concreto del interés legítimo– que exige a las entidades realizar un análisis muy casuístico y herramienta a herramienta, para determinar la causa de legitimación aplicable (i.e., consentimiento, interés legítimo, obligación legal, necesidad para el desarrollo de la relación contractual u otro), las medidas de seguridad adecuadas a la herramienta, la licitud del origen de los datos y otros muchos factores a tener en cuenta. Pero no solo conviene identificar y cumplir con los límites establecidos regulatoriamente sino que cada vez es más conveniente que las propias entidades financieras, con el afán de proteger a sus propios clientes, establezcan una serie de límites éticos al uso de estas tecnologías. Para ello, a la par que las instituciones internacionales y europeas,



el sector privado está empezando a trabajar en la creación de códigos éticos que marquen los límites del uso de estas y otras tecnologías y mejoren la información proporcionada a los clientes.

En conclusión, los beneficios del uso del Big Data y de la Inteligencia Artificial son claros para tanto las entidades financieras como para los propios clientes. El reto, ahora, está en que las autoridades, el sector financiero, los clientes y otros actores involucrados sean capaces de trabajar conjunta y coordinadamente en la identificación de las pautas adecuadas para la implantación de estas herramientas, aunando su promoción y el desarrollo tecnológico y económico con la seguridad y el uso ético.



SECTOR FINANCIERO, DIGITALIZACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Patrocinadores:

Instituto Español de Analistas Financieros (IEAF).
Fundación de Estudios Financieros (FEF).
Uría Menéndez Abogados, S.L.P.

Participantes¹:

José de Reina Amarillas

Legal Group VP, Asesoría Jurídica, Digital y Datos en Banco Santander.

Luis Moscoso del Prado

Case handler de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Juan Jorge Piernas López

Profesor de Derecho de la Unión Europea y Derecho Internacional en la Universidad de Murcia.

David Ramos Muñoz

Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

Moderadores:

Alfonso Gutiérrez Hernández y Pablo Solano Díaz

Abogados del Grupo de Coordinación de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia en Uría Menéndez.

1. Interacción entre el Sector financiero y el derecho de la Competencia

Las autoridades europeas de defensa de la competencia han intervenido en el sector financiero mediante la adopción de decisiones administrativas aisladas

¹ Las opiniones expresadas en el presente documento son el resultado del debate entre los participantes y no reflejan la posición de ninguno de ellos en particular ni de las organizaciones a la que pertenecen.



que resolvían casos concretos. La mayoría de estas decisiones pertenecen a tres grandes áreas del Derecho de la competencia: (i) los acuerdos restrictivos entre empresas competidoras, (ii) el control de concentraciones económicas, y; (iii) las ayudas públicas. La razón de que los precedentes no hayan sido abundantes es que se trata tradicionalmente de un sector poco concentrado en el que la competencia se desarrolla de manera natural en todos los segmentos. Ello ha determinado que se no se haya tratado de un ámbito prioritario en las agendas de las autoridades nacionales y de la Comisión Europea hasta el momento.

En lo que concierne a los **acuerdos restrictivos**, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de los Estados miembros han tramitado diversos expedientes sancionadores cuyo objeto era precisamente la colaboración o coordinación entre entidades financieras en los sectores tradicionales de banca minorista, banca mayorista y mercados de capitales. Algunos de estos expedientes se referían a cárteles clásicos, por ejemplo, los casos europeos sobre el llamado “Club Lombard” austríaco o los más recientes sistemas de concertación inter-bancarios sobre derivados financieros referenciados a tipos de interés como el Euribor en euros, el Libor en yenes y el Libor en francos suizos.

En particular, el interés de la Comisión Europea se tradujo en la investigación sectorial sobre la banca minorista de 2007, que contiene un mapa de las principales objeciones de competencia en dicho mercado, entre las que destacaron, por un lado, el riesgo de colusión entre bancos para limitar la competencia recíproca o excluir a nuevos operadores, mediante la fijación de normas y reglas para la prestación de servicios de pago y la realización de otras actividades bancarias o la gestión de infraestructuras o plataformas financieras, y, por otro lado, el paralelismo o convergencia entre prácticas bancarias y condiciones comerciales, tales como comisiones o venta vinculada de productos financieros.

Otros expedientes, sin embargo, examinaron modelos de colaboración inter-bancaria alejados de los cárteles e incluso con claros elementos pro-competitivos, como los esquemas de tarjetas de pago (piénsese en la saga de decisiones de la Comisión Europea y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) en relación con la aplicación de tasas de intercambio multilaterales por VISA y MasterCard en defecto de acuerdo) o, más recientemente, la resolución de la autoridad española sobre créditos sindicados y contratación de derivados financieros en el contexto de la financiación de proyectos.



Por lo que se refiere al **control de concentraciones**, el sector financiero europeo ha atravesado un largo ciclo de consolidación, lo que ha dado lugar a numerosas operaciones de concentración económica notificadas previamente a las autoridades competentes europeas o nacionales para su correspondiente autorización. En España, las autoridades de defensa de la competencia han tenido ocasión de adoptar numerosas decisiones de autorización de la concentración entre entidades financieras, desde la fusión pionera entre Banco Santander y Banco Central Hispano hasta las más recientes “fusiones frías” entre cajas de ahorro. Ello ha dado lugar a un amplio número de decisiones de autorización que ha permitido a las autoridades examinar la competencia en los mercados financieros minoristas y mayoristas. En los últimos tiempos, la recuperación tras la crisis económica ha marcado una nueva etapa de consolidación en los mercados financieros, enmarcada en un contexto más amplio en el que el análisis de la innovación comienza a cumplir una función relevante en el control de concentraciones en sectores que, como el financiero, son intensivos en tecnología.

Efectivamente, la tecnología y la aparición de nuevos actores en el sector financiero suponen que las normas de defensa de la competencia deben aplicarse a situaciones novedosas, en las que los precedentes existentes hasta ahora no permiten alcanzar respuestas claras. En general, estas situaciones novedosas giran en torno a los nuevos entrantes (*start-ups*, pero también grandes empresas de otros sectores que pasan a prestar servicios financieros), el control por las entidades financieras tradicionales de infraestructuras necesarias (tales como sistemas de compensación y liquidación, sistemas de tarjetas o plataformas de negociación de instrumentos financieros) para prestar ciertos servicios financieros básicos (como los pagos o la negociación de valores), las alianzas entre entidades bancarias y prestadores de servicios tecnológicos para el desarrollo de nuevas aplicaciones o, en fin, la aparición de nuevas tecnologías como *blockchain*, Big Data e inteligencia artificial, susceptibles de modificar las interacciones en el mercado financiero, el modo en que se prestan los servicios y la transparencia del mercado, creando situaciones que pueden introducir un mayor grado de competencia, pero también facilitar la colusión.

Debe, no obstante, recordarse que las normas de defensa de la competencia no regulan cualquier situación fáctica que tenga que ver con el grado de competencia en el mercado, la entrada en el mismo o, incluso, la existencia de barreras para los nuevos operadores. En otros términos, las normas de defensa de la competencia solo pueden utilizarse para impedir **determinados** comportamientos que



puedan tener efectos limitadores de la competencia, pero ciertamente no todos. Así, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia no son aplicables a las actuaciones puramente unilaterales de las entidades financieras, salvo si poseen una posición dominante (algo por lo demás infrecuente en el sector financiero europeo), incluso aunque dichas actuaciones unilaterales pudieran dificultar la entrada a nuevos operadores.

Finalmente, destaca la evolución en el régimen europeo de las ayudas de Estado al sector financiero desencadenada por la necesidad de mantener la solvencia de los bancos sistémicos en un contexto de crisis económica. Así, la Comisión Europea adoptó en diciembre de 2008 el marco temporal sobre ayudas de Estado para fomentar el apoyo público a la economía real y mitigar, de este modo, los efectos de la crisis financiera. Documentos posteriores, como la Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales, de agosto de 2009, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación a partir del 1 de enero de 2012 de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera, de diciembre de 2011, o la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación a partir del 1 de agosto de 2013 de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera, de julio de 2013, continuaron flexibilizando el control de las ayudas de Estado al sector financiero.

2. Nuevas tendencias en la aplicación de las normas sobre conductas restrictivas en el sector financiero

El creciente foco de las autoridades de defensa de la competencia en el sector financiero post-crisis se manifiesta especialmente en la conocida polémica sobre el acceso a los datos de clientes bancarios principalmente por parte de *fintechs*, lo que también incluiría a los grandes operadores tecnológicos (*bigtechs*) que decidan entrar en el ámbito de los servicios financieros (bien como nuevos operadores competidores directos de los incumbents y/o como proveedores significativos de elementos operativos que se han convertido en indispensables para poder prestar servicios financieros en el nuevo entorno digital). Estos nuevos entrantes suelen invocar las normas de defensa de la competencia como palanca para exigir el acceso a aquellos datos, argumentando que pretenden prestar ser-



vicios novedosos a los usuarios, como la agregación de información financiera. De hecho, diversas autoridades de defensa de la competencia han manifestado recientemente su interés en estas cuestiones:

- En julio de 2016, la *Bundeskartellamt* alemana declaró anticompetitivas ciertas normas y condiciones para la banca *online* adoptadas por la asociación alemana de bancos que prohibían a los usuarios utilizar sus credenciales para sistemas de pago no bancarios.
- En octubre de 2017, la Comisión Europea inspeccionó las sedes de las asociaciones bancarias polaca y neerlandesa para encontrar pruebas sobre posibles reglas dirigidas a bloquear el acceso a información sobre los usuarios.
- En diciembre de 2017, la autoridad neerlandesa de defensa de la competencia publicó un estudio sobre la posición de las *fintechs* en los mercados de los servicios de pago, en el que planteó la posibilidad de dar acceso a información de pago a prestadores de nuevos servicios sobre la base de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior (la “**DSP2**”)² y las normas de defensa de la competencia.
- En marzo de 2018 la autoridad brasileña hizo pública una investigación en el sector bancario como consecuencia de la denuncia de una *fintech*.
- En octubre de 2018, la autoridad portuguesa publicó un informe sobre innovación tecnológica y competencia en el sector financiero en Portugal en el que identificó los riesgos y barreras más importantes para las *fintechs* y las *insurtechs* en los servicios de pago y la financiación colectiva. Finalmente, en noviembre de 2018 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “**CNMC**”) ha publicado un informe sectorial sobre *fintechs*.

² Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO L 337/35, 23.12.2015).



Estos desarrollos tratan de evaluar la medida en la que las normas de defensa de la competencia deben adaptarse al cambio significativo que ha supuesto en la estructura de los mercados financieros la digitalización de los modelos de negocio en distintos sectores. Efectivamente, la emergencia de las *fintechs*, que son proveedores de servicios financieros sin la condición de entidades financieras, y la proliferación de los modelos abiertos propios de la economía colaborativa son una realidad compleja. Aunque a menudo se piensa en empresas intensivas en tecnología, incluso *start-ups*, que suplen su limitada capacidad económica con altas dosis de innovación, el principal desafío para las entidades financieras consolidadas son las ya citadas *bigtechs*, es decir, las grandes empresas tecnológicas que operan en sectores enmarcados en entornos regulatorios diferentes a los financieros. Ello podría conferirles cierta ventaja competitiva derivada de la asimetría normativa respecto a las entidades financieras tradicionales.

Las *bigtechs* introducen elementos adicionales en el debate que plantea la entrada de las *fintechs* en los mercados financieros:

- En primer lugar, surge la cuestión de la definición del mercado en el que se prestan unos servicios que, en realidad, se limitan a introducir un eslabón adicional en la cadena de valor de las actividades financieras y se sitúan en el plano de la interacción con el ordenante del pago, es decir, en la iniciación del pago (por ejemplo, sistemas de autenticación). Este aspecto es relevante tanto para la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las *fintechs* y *bigtechs* como para determinar la necesidad de que se sujeten a la regulación propia de los servicios financieros, ya que a menudo los servicios que prestan no requieren acceder a infraestructuras tales como medios de pago o compensación y liquidación.
- En segundo lugar, algunas voces han señalado el poder de negociación de las *bigtechs*, respaldadas por empresas tecnológicas consolidadas en otros sectores, que les podría permitir obtener condiciones favorables de las entidades financieras. Esta visión tiende a cuestionar el enfoque centrado en la presión disruptiva introducida por los nuevos entrantes como bien jurídico que requiere mayor protección y subraya que dichos entrantes pueden centrarse en la relación con el cliente pero sin soportar el peso de la regulación, los costes de mantenimiento de las infraestructuras y el riesgo de las operaciones.



- En tercer lugar, debe tenerse en cuenta en el análisis el hecho de que los bancos, por un lado, y las *bigtechs* y las *fintechs*, por otro lado, están llamados a ser a la vez competidores y socios. En consecuencia, del mismo modo que las *fintechs* pueden necesitar acceder a determinados recursos e infraestructuras tradicionalmente controlados por los bancos, estos últimos pueden requerir igualmente para prestar servicios a sus clientes entrar en ámbitos en los que las *bigtechs* ocupan una posición estratégica. Un ejemplo es el acceso por parte de los bancos a las *wallets* de los sistemas operativos de las *bigtechs* o la oferta de las aplicaciones de banca móvil de aquellos en las tiendas de aplicaciones de estos.
- En cuarto lugar, el doble carácter de competidores y socios que presenta la relación entre *bigtechs* y entidades financieras, a menudo grandes operadores situados en un pie de igualdad en cuanto a recursos económicos y poder de negociación, puede determinar que el propio funcionamiento del mercado genere suficientes oportunidades para una interacción equilibrada entre ambos. Además, las *bigtechs* y las *fintechs* pueden colaborar con las entidades financieras para competir en un canal de servicios integrados (piénsese, por ejemplo, en aplicaciones ya disponibles que proporcionan los precios estimados de los préstamos hipotecarios y asisten al cliente en su contratación o en algoritmos utilizados para gestionar automáticamente carteras de inversión de clientes de la entidad). De este modo, es posible que el grado de competencia efectiva y las barreras a la entrada deban evaluarse en este contexto de servicios complementarios combinados, en el que el incentivo de exclusión puede verse reducido.

En todo caso, es cuestionable que las normas de defensa de la competencia puedan emplearse como instrumento de política para lograr un determinado resultado en el mercado. En concreto, la aplicación de las normas de defensa de la competencia está sujeta al principio de tipicidad inherente al derecho administrativo sancionador y debe mantenerse neutral en lo que respecta a las tecnologías y los frutos de la innovación. Por ello, no es claro si deben entrar en juego, por ejemplo, para regular el acceso a datos por *fintechs*, o si se trata más bien de un bien jurídico que debe proteger la regulación sectorial y no las normas *antitrust*. Ello es así particularmente tras la transposición de DSP2, que entró en vigor en enero



de 2018 y que ya garantiza³ que ciertas *fintechs* (iniciadores de pago y prestadores de servicios de información de cuentas) puedan tener acceso a los datos necesarios para operar, de manera que la aplicación de las normas de defensa de la competencia podría devenir superflua.

3. Acceso a datos de clientes por nuevos entrantes (*fintechs* y *bigtechs*)

El acceso por parte de las *bigtechs* y las *fintechs* a los datos de clientes de las entidades bancarias es uno de los principales debates que ha originado, en la intersección entre normas de defensa de la competencia y regulación, la irrupción de la economía digital en el sector financiero. La primera cuestión que se plantea es si este problema puede abordarse mediante la aplicación del Derecho de la competencia o debe quedar limitado al ámbito de la regulación. No en vano la DSP2 impone una obligación de acceso de terceros proveedores de servicios de pago tanto al saldo de las cuentas de pago para la prestación de servicios de iniciación de pago, en su artículo 66, como a la información sobre cuentas de pago para la prestación de servicios de información sobre cuentas o agregación, en su artículo 67.

Similares cuestiones se suscitan cuando los nuevos entrantes solicitan acceso a - o interoperabilidad con - a plataformas, infraestructuras, servicios o elementos operativos propios y necesarios para la prestación de servicios financieros, tanto individuales como colectivos, desarrollados, mantenidos o controlados por las entidades financieras tradicionales (por ejemplo, servicios de cuenta, cámaras de compensación y liquidación o sistemas de pago) o por las *bigtechs* o las *fintechs* (por ejemplo, sistemas operativos de los dispositivos móviles, soluciones de *wallet* o pago móvil, tiendas de aplicaciones, etc). Incluso el acceso a sistemas, elementos operativos o estándares técnicos, típicos de los sistemas de pago *online*, por parte de nuevos entrantes que no han participado o contribuido a su desarrollo es relevante desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, en la medida en que las entidades creadoras del estándar, bancarias o tecnológicas, podrían oponerse a ceder el acceso a terceros que no han aportado know-how, recursos financieros o tecnología a la inversión realizada para ello.

³ Sujeto a la entrada en vigor de ciertos estándares técnicos (*Regulatory Technical Standards*) sobre autenticación de clientes y comunicación segura.



3.1 Doctrina de los recursos esenciales

En lo que respecta a las normas de defensa de la competencia, una posible vía de los nuevos entrantes en el mercado de los servicios financieros (i.e., *fintechs* o *bigtechs*) para exigir el acceso a los datos de los usuarios sería invocar los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (la “LDC”) o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”) sobre la base de la doctrina de los recursos esenciales. Para ello, argumentarían que cada banco tiene un monopolio *de facto* sobre los datos de sus propios clientes, que serían necesarios para la prestación de servicios de valor añadido y sin los cuales se eliminaría la competencia efectiva en relación con estos servicios. Para ello, podría acudir a la consolidada jurisprudencia europea en este ámbito⁴ y a los precedentes españoles⁵. Sin embargo, este cauce presenta los siguientes obstáculos significativos:

- La jurisprudencia europea y española califica la figura del recurso esencial de excepcional y de aplicación restrictiva, dada la importante injerencia que supone por parte de los poderes públicos en la libertad de empresa.
- A diferencia de los supuestos tradicionales de recursos esenciales, en los que la empresa es propietaria de los recursos o activos en cuestión, en materia de acceso a datos bancarios de los clientes entran en juego los derechos de dichos clientes cuyas operaciones financieras han generado

⁴ Ver, por todas, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979 en el asunto 22/78 *Hugin c. Comisión*, de 6 de abril de 1995 en los asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P *Radio Telefís Eireann e Independent Television Publications Ltd c. Comisión*, de 29 de abril 2004 en el asunto C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG* y de 17 de septiembre de 2007 en el asunto T-201/04 *Microsoft c. Comisión*.

⁵ Ver, por todas, las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (la “CNC”) de 2 de abril de 2009 en los expedientes 641/08 *Céntrica/Endesa*, 642/08 *Céntrica/Unión Fenosa* y 643/08 *Céntrica/Electra de Viego*. En estos precedentes, relativos al Sistema de Información de Puntos de Suministro, se consideró que la obstaculización por varias distribuidoras de electricidad del acceso de una comercializadora a su base de datos era abusiva, en la medida en que esta se consideró un recurso esencial imposible de replicar y sin el cual no se podía operar en el mercado de la comercialización de forma eficiente. En dicha conclusión influyó el carácter de actividad regulada y sin competencia de la distribución de electricidad y la existencia de una norma reglamentaria que obligaba a las distribuidoras a dar acceso a sus datos a las comercializadoras.



los datos pretendidos. Ello suscita complejas cuestiones de interpretación por las entidades de la normativa en materia de protección de datos a la hora de determinar si existe una justificación objetiva - que por definición excluye el abuso de posición dominante - que permita denegar el acceso a los datos bancarios y si el mero consentimiento informado y fehaciente del cliente sería suficiente para descartar la justificación objetiva. Sin embargo, la CNMC ha advertido que la legítima preocupación por la seguridad jurídica e informática del negocio bancario no puede servir para disfrazar un propósito anticompetitivo frente a la actividad de los agregadores financieros⁶.

Si además se introduce la figura de las *bigtechs* se suscita el debate apuntado en el apartado anterior, que gira en torno a la posición estratégica con que cuentan las grandes empresas tecnológicas que constituyen nuevos entrantes en los mercados financieros. En lo concerniente a los datos, el hecho de que las *bigtechs* tengan igualmente acceso a un volumen ingente de información comercialmente valiosa de sus usuarios y de una capacidad de tratamiento y análisis de esa información difícilmente alcanzable por otros operadores (tradicionales o *start-ups*) introduce una dificultad adicional en relación con el argumento de la indispensabilidad. En efecto, la supuesta asimetría de acceso a los datos en el que se basa el enfoque predominante, a menudo anclado en una concepción de las *fintechs* como *start-ups* que se enfrentan a importantes barreras a la entrada en los mercados financieros, se vería cuestionada por la noción de *bigtech* como empresa que cuenta con información igualmente valiosa para la prestación de determinados servicios por parte de los bancos consolidados. En concreto:

- La tensión competitiva y comercial entre las entidades financieras y las *bigtechs* permitiría incluso plantear que las entidades tradicionales acudiesen a las normas anti-abuso para acceder a plataformas y aplicaciones desarrolladas o gestionadas por las *bigtechs*, como las *wallets* digitales ya mencionadas o la presencia de las aplicaciones de banca online en las tiendas virtuales de *apps* de las grandes compañías tecnológicas.
- Las normas de defensa de la competencia podrían aplicarse en el futuro

⁶ Ver la resolución del Consejo de la CNMC de 29 de septiembre de 2015 en el expediente S/DC/0536/14 *Caixabank*.



de manera diferente en función del tipo de datos a los que se pretende acceder. Por un lado, el acceso a los datos más “básicos” de los clientes bancarios (básicamente estado de situación y movimientos de las cuentas de pago) resultan sin duda necesarios para la prestación de los nuevos servicios de iniciación de pago o de agregación, razón por la cual la regulación - i.e., DSP 2 - impone a las entidades financieras la obligación de garantizar dicho acceso a los terceros que deseen prestar dichos servicios. Por otro, el acceso a los datos sobre el historial de consumo “*on line*” de los clientes bancarios podría proporcionar a las entidades financieras información valiosa para ofrecer servicios financieros como la financiación al consumo, la emisión de tarjetas, la recomendación personalizada de productos de ahorro, inversión o previsión, etc.

Podría pensarse que el verdadero problema es que las normas de defensa de la competencia, diseñadas para un mundo analógico, son a menudo insuficientes ante la complejidad de los fenómenos digitales⁷. En particular, la Comisión Europea ya ha comenzado a considerar la posibilidad de definir mercados de datos como relevantes en asuntos de competencia⁸ cuya auténtica razón de ser es la información.

Por lo tanto, como en principio las normas de defensa de la competencia van a seguir siendo las mismas, la Comisión Europea ha tratado de flexibilizar su aplicación tradicional para ajustarla a la economía digital apartándose de categorías que, como la doctrina de los recursos esenciales, encuentran difícil encaje en este nuevo entorno de competencia dinámica. Concretamente, en la reciente decisión de 27 de junio de 2017 en el asunto AT.39740 *Google Search*, la Comisión abre la puerta a la posibilidad de ordenar el acceso no discriminatorio a determinados recursos de la empresa dominante, en este caso el motor de búsqueda genérica Google Search, sin necesidad de que reúna los requisitos para ser considerado una instalación esencial, sino únicamente en atención a su importancia estratégica para entrar en un mercado adyacente (*i.e.*, se trata del concepto más flexible

⁷ La Comisión de hecho ha abierto un debate sobre este aspecto. Vid. discurso de M. Vestager de 17 de enero 2019 “*Shaping Competition Policy in the era of Digitalisation*”.

⁸ Vid. asunto M.8788 *Apple/Shazam*, en el que se consideró un mercado de licencia de datos para música. Vid. igualmente la investigación iniciada por la Comisión Europea en septiembre de 2018 en relación con la recogida y el tratamiento que Amazon realiza de los datos de los comerciantes que venden a través de su plataforma.



de *gatekeeper*). Aunque este enfoque está pendiente de validación por el Tribunal General, algunas autoridades nacionales de defensa de la competencia, como la francesa, ya han considerado abusivo el hecho de que la empresa dominante se reserve el acceso a determinados datos aun reconociendo que no constituirían un recurso esencial⁹.

3.2 *Ilícitos de competencia desleal contrarios al interés público*

En el caso concreto del ordenamiento español, las *fintechs* podrían solicitar el acceso a los datos de clientes de los bancos invocando el artículo 3 de la LDC, que prohíbe los ilícitos de competencia desleal con un efecto restrictivo de la competencia tal que afecte al interés público. Este cauce, que presenta frente a la prohibición del abuso contenida en el artículo 2 de la LDC la ventaja de no requerir la demostración de la dominancia de la empresa infractora, fue explorado en la resolución de la CNMC de 29 de septiembre 2015 en el expediente S/DC/0536/14 *Caixabank*. En él se resuelve sobre la denuncia presentada por una *fintech* activa en el mercado de los servicios de información sobre cuentas o agregadores financieros sobre la base de que la entidad bancaria habría tratado de evitar que accediera a los datos financieros de los clientes de esta que cedían a aquella el uso de sus claves y contraseñas confidenciales de banca electrónica (*i.e.*, *screen scraping*). Para ello, habría empleado distintos métodos informáticos e incluso contactos con los propios clientes.

La autoridad concluyó que la conducta denunciada no tendría cabida en los supuestos tipificados como desleales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (la “LCD”), cuya infracción es condición necesaria de la aplicación del artículo 3 de la LDC, y, en concreto, en el artículo 4 de la LCD, invocado por el denunciante, al entender que las limitaciones impuestas por la entidad bancaria en relación con el acceso de sus clientes a agregadores se justificarían

⁹ Ver las decisiones de la *Autorité de la Concurrence* de 17 de diciembre de 2013 en el asunto 13-D-20, de 8 de julio de 2014 en el asunto 14-D-06 y de 9 de septiembre de 2014 en el asunto 14-MC-02. Otros elementos operativos propios de la prestación de servicios financieros en el entorno digital (p.ej. sistemas operativos de los dispositivos móviles – teléfonos y tabletas –, las tiendas de aplicaciones, las soluciones de iniciación y/o pago móvil y *wallets*, las antenas NFC, los *market places*, las redes sociales, los sistemas de mensajería instantánea, etc) podrían verse igualmente afectados en el futuro por esta línea de decisiones de las autoridades de defensa de la competencia.



por motivos de seguridad contra el fraude y protección de los datos personales. No obstante, el Consejo afirmó *obiter dicta* que la preocupación de la entidad por la operativa de la *fintech* no se limitaba a la seguridad jurídica e informática, sino que se extendía a la posible incidencia en su negocio del servicio prestado por esta empresa, y advirtió que la legítima preocupación por la seguridad jurídica e informática del negocio bancario no puede servir para disfrazar una actitud anticompetitiva.

En consecuencia, la vía del artículo 3 de la LDC no se cerró totalmente y no puede descartarse que futuros expedientes en España se funden en su aplicación, aunque quizás no invocando una conducta desleal de acuerdo con la cláusula general del artículo 4 de la LCD, sino por vulneración de la futura regla de transposición en España del artículo 67 de la DSP2, que sería una regla concurrencial cuya infracción daría lugar a una infracción del artículo 15.2 de la LCD.

3.3 Regulación y acceso a datos de clientes

Finalmente, podría argumentarse que el acceso a los datos de clientes por parte de los nuevos prestadores de servicios financieros debe verse abordado únicamente a través de la regulación, cuyos objetivos no son necesariamente los mismos que tratan de alcanzar las normas de defensa de la competencia y el enfoque es distinto. Como se ha apuntado, mientras que la regulación puede emplearse para potenciar un determinado resultado deseable desde el punto de vista del bienestar, actuando cuando se identifican ineficiencias en el mercado, las normas de defensa de la competencia deben ser neutrales a este respecto y limitarse a garantizar que el proceso competitivo no se ve falseado de manera artificial. Además, como manifestación de la potestad sancionadora del Estado, su aplicación está sujeta a garantías como el principio de tipicidad y, por lo tanto, no es un instrumento adecuado para alcanzar fines de política normativa.

Sin embargo, las autoridades de competencia no pueden considerarse dispensadas de su función de velar por el funcionamiento competitivo de los mercados que son objeto de determinada regulación. Consiguientemente, es preciso que ambos sistemas de normas se complementen para evitar las distorsiones entre ambos y garantizar que las limitaciones del uno se ven suplidas por el otro. En este punto incide la autoridad neerlandesa en su informe de 19 de diciembre de 2017, sobre el riesgo de exclusión de las *fintechs* del mercado de los servicios



de pago, y concluye que, ante todo, debe garantizarse el cumplimiento de las obligaciones de acceso a las cuentas de pago y a la información sobre las cuentas de pago previstas en la DSP2. La autoridad de defensa de la competencia debe permanecer vigilante para impedir a los operadores establecidos, en caso de incumplimiento de estas normas, negarse de forma injustificada a proporcionar información esencial a las *fintechs* cuando disfruten de posición de dominio y ponerse de acuerdo para obstaculizar la entrada de nuevos entrantes.

También introduce la autoridad neerlandesa la cuestión de la contraprestación que las entidades financieras deberían tener derecho a percibir, pues obligarlas a dar acceso gratuito podría aumentar sus incentivos para excluir a las *fintechs*. En este punto el debate se centra en si debe limitarse como máximo a los costes en los que un operador eficiente incurriría para dar acceso a terceros o si debería garantizarse un margen de beneficio razonable que recompense el esfuerzo de inversión. Desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia, podría argumentarse que basta con que la tarifas que se establezcan se ajusten a condiciones justas, razonables y no discriminatorias (*fair, reasonable and non-discriminatory* o *FRAND*).

A este respecto, el debate sobre las *bigtechs* podría requerir una regulación más simétrica, puesto que una mayor carga regulatoria sobre las entidades financieras podría situarlas en una posición de desventaja competitiva artificial¹⁰. Adicionalmente, como se ha mencionado, las grandes empresas tecnológicas podrían controlar datos relevantes de sus usuarios que a la vez son clientes de los bancos y que estos podrían necesitar para prestarles determinados servicios. También las normas de protección de datos y de los consumidores podrían ser útiles en este sentido. En cualquier caso, las herramientas de las autoridades de defensa de la

¹⁰ Aunque excede del ámbito del presente documento, la prestación de servicios financieros por los nuevos operadores tecnológicos suscita todo tipo de cuestiones regulatorias sobre los productos ofrecidos. En efecto, las reglas de supervisión y control de las entidades financieras, así como determinadas normas de conducta que rigen para la prestación de servicios y venta / distribución de productos financieros, podrían ser objeto de revisión en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación a fin de asegurar que apliquen de igual modo a todos los nuevos entrantes que desarrollen la misma actividad (p.ej. préstamo responsable, servicios de pago, publicidad, información a la clientela y transparencia en los servicios financieros, distribución de instrumentos financieros y seguros, cuentas de pago básicas, homogeneización y comparabilidad de comisiones de cuentas de pago, etc) de manera que los consumidores que elijan operar con los nuevos entrantes en lugar de con los agentes “tradicionales” lo hagan sabiendo que tienen asegurado regulatoriamente el gozar del mismo nivel de protección y supervisión.



competencia, como las investigaciones sectoriales que puede llevar a cabo la Comisión Europea sobre la base del artículo 17 del Reglamento 1/2003¹¹, pueden contribuir a informar una mejor regulación.

4. Desarrollos en la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado al sector financiero

La mencionada transformación experimentada desde 2008 por el régimen europeo de ayudas de Estado como consecuencia de la crisis financiera mundial ha erigido en cierta medida a la Comisión Europea en regulador, al menos hasta la puesta en marcha del Mecanismo Único de Supervisión, instaurado por el Reglamento del Banco Central Europeo de 16 de abril de 2014¹². En el diseño institucional de supervisión bancaria europea, la Comisión Europea es una autoridad bifronte con funciones tanto de defensa de la competencia (incluyendo no solo la aplicación de la normativa en materia de ayudas de Estado sino también la de control de concentraciones) como regulatorias, que persiguen objetivos en apariencia divergentes¹³ al estar la primera centrada en evitar las distorsiones competitivas derivadas del apoyo público a las entidades financieras en situación de crisis y la segunda en proteger la estabilidad del sistema estableciendo mecanismos y un marco regulatorio adecuado para garantizar la resolución ordenada de instituciones no viables, especialmente si son de carácter sistémico.

¹¹ Reglamento n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1/1, 4.1.2003).

¹² Reglamento del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (DO L 141/1, 14.5.2014).

¹³ Se dice “en apariencia” porque, bien mirado, la aplicación del régimen de control de ayudas de Estado al sistema bancario a raíz de la crisis debe tomar en consideración ambos objetivos. La aplicación, con carácter excepcional, del artículo 107.3.b del Tratado se basa precisamente en la necesidad de autorizar determinadas medidas de intervención pública - que en circunstancias normales no se habrían considerado compatibles - para proteger la estabilidad financiera, y ello se hace minimizando al mismo tiempo las distorsiones de competencia. En otras palabras, cuando la Comisión actúa en este caso como entidad vigilante de las ayudas públicas no está centrada únicamente en evitar las distorsiones competitivas, ya que la necesidad de evitar un riesgo sistémico es el presupuesto de la intervención pública y el motivo por el que la misma se considera una ayuda compatible. Por ello, la aplicación de la normativa de ayudas en estos casos debe perseguir conciliar ambos objetivos.



Esta dicotomía de funciones tiene como exponente el mecanismo de resolución implantado por la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 (la “**Directiva de Resolución**”)¹⁴, un régimen que, a diferencia del control de las ayudas de Estado, carece de reflejo en los tratados constitutivos de la Unión Europea. Ejemplos recientes son el rescate por el Estado italiano de los bancos Monte di Paschi, Popolare di Vicenza, Veneto Banca y Carige, con fondos públicos mediante una recapitalización preventiva sujeta a la normativa sobre ayudas de Estado. En este caso, la Comisión asume el rol de regulador en el marco de la Directiva de Resolución a la hora de determinar si la medida de resolución tiene interés público, e interviene asimismo como autoridad de competencia al aplicar la normativa en materia de ayudas de Estado. En la resolución del Banco Popular mediante la transmisión de sus acciones al Banco Santander dicha dicotomía puede igualmente observarse ya que, si bien la normativa de ayudas de Estado no resultaba de aplicación, la Comisión autorizó la operación en aplicación del régimen de control de concentraciones. En cierto modo, la flexibilización de las normas sobre ayudas de Estado en lo que respecta a los bancos podría entenderse justificada por su función sistémica.

Ello abre un debate adicional sobre si la doctrina de los efectos, que extiende el control de las ayudas de Estado por la Comisión a cualquier reducción de las cargas que normalmente soportan las empresas que esté causalmente vinculada a un gravamen sobre el erario público con independencia de su forma, debe extenderse al mero establecimiento de condiciones regulatorias más favorables. El TJUE admitió esta posibilidad en un pronunciamiento de 2015 en cuestión prejudicial, en el que entendió que pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 107.1 del TFUE los privilegios conferidos por la normativa nacional a un banco independiente de utilidad pública¹⁵. Sin embargo, parece que sigue siendo necesario un nexo causal con un impacto sobre el presupuesto público en línea con la saga de decisiones de la Comisión Europea y de senten-

¹⁴ Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 173/190, 12.6.2014).

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2015 en el asunto C-690/13 *Trapeza Eurobank Ergasias AE c. Agrotiki Trapeza tis Ellados AE*.



cias del TJUE en relación con el tratamiento fiscal ventajoso aplicado de forma selectiva por determinados Estados miembros a ciertas empresas¹⁶ y que supone un desarrollo de la doctrina clásica del paso de los recursos por el control del Estado¹⁷. Por último, también cabría plantear la eventual adecuación de la normativa europea sobre control de concentraciones económicas a aquellos casos -como el citado de Banco Popular- en que la resolución de la entidad en crisis se realiza a través de, en primer lugar, la aplicación de los mecanismos regulatoriamente previstos de absorción de pérdidas (*bail-in*) y, posteriormente, del instrumento de resolución elegido como más adecuado según las circunstancias por la autoridad competente¹⁸.

5. Conclusiones

- A. El sector financiero no ha estado tradicionalmente en el foco de las autoridades de defensa de la competencia, pero se está convirtiendo en una prioridad en un contexto post-crisis caracterizado por la consolidación de los mercados que lo integran, el desarrollo de nuevos mecanismos de supervisión y apoyo a la solvencia de los bancos y la digitalización de los modelos de negocio que surgen de la mano de nuevos entrantes como las *fintechs* y las *bigtechs*.
- B. En lo que respecta a la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las conductas restrictivas, el fenómeno transversal conocido como economía disruptiva, caracterizada por la entrada de nuevos operadores con modelos de negocio intensivos en tecnología, se ha traducido en el sector financiero en la proliferación de las *fintechs*, proveedores de determinados

¹⁶ Ver, por todas, las decisiones de la Comisión Europea de 30 de agosto de 2016 en el asunto SA.38373 *Ayuda a Apple* y de 4 de octubre de 2017 en el asunto SA.38944 *Ayuda a Amazon – Luxemburgo* y las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P *Comisión c. World Duty Free Group, S.A. y otros* y de 25 de julio de 2018 en el asunto C-128/16 P *Comisión c. España y otros*.

¹⁷ Ver, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001 en el asunto C-379/98 *PreussenElektra AG c. Schleswag AG*.

¹⁸ El artículo 23 del Reglamento (CE) 139/2004 sobre el control de concentraciones económicas contempla ciertas excepciones de interés público a la aplicación del Reglamento, entre las que no se encuentra la resolución de entidades financieras de carácter sistémico.



servicios financieros que, de estar sujetos a reserva de actividad, deberán obtener autorización previa y quedar sujetas al mismo marco regulatorio y de supervisión que las entidades incumbentes prestadores de estos servicios (p.ej. “*third party provider*” o “TPP” en la terminología PSD2). Esta nueva problemática ha conducido a cuestionarse la ventaja competitiva que podrían derivar de la asimetría normativa de la que actualmente se podrían estar beneficiando las denominadas *bigtechs* que hasta la fecha venían operando en sectores enmarcados en entornos regulatorios diferentes a los financieros. En concreto, deben tomarse en consideración los siguientes elementos:

- (i) El nivel de la cadena de valor de los servicios financieros en el que se sitúan es un aspecto determinante de su necesidad real de acceder a infraestructuras financieras para operar, lo que a su vez es relevante tanto para la aplicación de las normas de defensa de la competencia como para establecer su sujeción a la regulación propia del sector.
- (ii) Surge la necesidad de reevaluación del bien jurídico que requiere mayor protección, a menudo identificado con la presión competitiva introducida por las *fintechs*, en atención al valor añadido de los servicios que prestan y al poder de mercado de las *bigtechs*.
- (iii) *Fintechs* y entidades financieras tradicionales están llamados a mantener una relación simultáneamente de competencia y colaboración, de manera que, del mismo modo que las *fintechs* necesitan acceder a determinados recursos e infraestructuras controlados por los bancos, estos últimos y aquellas pueden requerir igualmente entrar en ámbitos en los que las *bigtechs* ocupan una posición estratégica como proveedores críticos al controlar determinados elementos operativos e infraestructuras muy difícilmente sustituibles y que han devenido necesarias para poder operar en el entorno digital y, además, gozar de la ventaja derivada de la referida asimetría regulatoria en varios ámbitos, tal como se ha explicado anteriormente.
- (iv) Puede que el propio funcionamiento del mercado genere suficientes oportunidades de interacción equilibrada entre *bigtechs* y entidades financieras e incluso de colaboración para competir en un canal de



servicios integrados, de manera que el grado de competencia efectiva y las barreras a la entrada deban evaluarse en este contexto de servicios complementarios combinados.

- (v) La limitación de la aplicación de las normas de defensa de la competencia como instrumento de política para lograr un determinado resultado en el mercado, al estar sujeta al principio de tipicidad y a una exigencia de neutralidad respecto de las tecnologías y la innovación.

C. La cuestión del acceso por parte de las *fintechs* a los datos de clientes de las entidades bancarias es una de las principales problemáticas que ha originado la irrupción de la economía digital en el sector financiero. Las principales cuestiones concretas que suscita son las siguientes:

- (i) Se trata de una problemática que puede recordar a la del acceso a infraestructuras financieras colectivas (como cámaras de compensación y liquidación o sistemas de pago con tarjeta) o individuales (como aplicaciones de pago con móvil), con la dificultad adicional de que por el momento no se han definido mercados de datos. Parece que la tendencia de las autoridades no es tanto a modificar las normas diseñadas para un mundo analógico como a flexibilizar la aplicación de las categorías tradicionales (por ejemplo, la doctrina de las instalaciones esenciales) para abarcar la economía digital (prueba de ello es la decisión de la Comisión en el asunto AT.39740 *Google Search*).
- (ii) Una posible base para exigir el acceso a los datos de los usuarios serían los artículos 2 de la LDC o 102 del TFUE, invocando la doctrina de los recursos esenciales. Esta vía presenta serios obstáculos relacionados con (a) el carácter excepcional de la doctrina de las instalaciones esenciales, (b) la existencia de alternativas en el mercado, (c) la posible justificación objetiva fundada en las obligaciones de los bancos en materia de seguridad, privacidad y protección de datos y, (d) en el caso de las *bigtechs*, el hecho de que tengan acceso a un volumen importante de información comercialmente valiosa de sus usuarios. En España, podría explorarse la posibilidad de hacer valer el artículo 3 de la LDC, que prohíbe los ilícitos de



competencia desleal con un efecto restrictivo de la competencia tal que afecte al interés público, aunque el precedente existente hasta el momento se resolvió en contra de la *fintech* denunciante.

- (iii) También podría concluirse que el acceso a los datos de clientes por parte de los nuevos prestadores de servicios financieros debe verse abordado únicamente a través de la regulación, cuyos objetivos no son necesariamente los mismos que tratan de alcanzar las normas de defensa de la competencia. De hecho, la DSP2 impone obligaciones de acceso a cuentas y a información en sus artículos 66 y 67. En este sentido se suscitan cuestiones adicionales como la necesidad de una regulación más simétrica que evite el riesgo de desventaja competitiva artificial para las entidades financieras y la fijación de una compensación económica adecuada.

D. La flexibilización del régimen europeo del control de las ayudas de Estado al sector bancario durante la crisis financiera ha generado también un importante debate acerca de si podría entenderse justificada por la función sistémica de los bancos o como compensación por la consiguiente mayor carga regulatoria que soportan estas entidades. Ello ha puesto de manifiesto, además, la tensión entre la necesidad de apoyar a las entidades financieras como pilares del sistema económico y el advenimiento de un marco de supervisión inicialmente no previsto en los tratados constitutivos de la Unión Europea y centrado más bien en garantizar la estabilidad del sistema por la vía de una mayor disciplina. En el plano puramente jurídico, destaca la cuestión de la posibilidad de extender el control de las ayudas de Estado al mero establecimiento de condiciones regulatorias más favorables sobre la base de la denominada doctrina de los efectos que rige la aplicación del artículo 107.1 del TFUE.



FOROS DE DEBATE – DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS

- Nº 1. Informe sobre el mercado hipotecario español. Febrero 2013.
- Nº 2. Las reformas como clave para impulsar la confianza y el crecimiento. Marzo 2013.
- Nº 3. Las finanzas públicas españolas en el inicio del siglo XXI: Los efectos de la crisis financiera de 2007. Julio 2013.
- Nº 4. La economía sumergida en España. Julio 2013.
- Nº 5. Las finanzas públicas españolas y los efectos de la crisis financiera. Homenaje a David Taguas. Septiembre 2014.
- Nº 6. Competitividad, eje de una expansión sostenida. Octubre 2014.
- Nº 7. El futuro de la Gestión de Activos. Noviembre 2014.
- Nº 8. Impacto económico de los cambio normativos en los seguros (LOSSEAR ROSSEAR y Baremo). Diciembre 2015.
- Nº 9. El cambio del modelo de negocio de la banca. Junio 2016.
- Nº 10. Ahorro, Pensiones y Seguros de Vida. Julio 2016.
- Nº 11. Debate sobre la evolución del Mercado del Petróleo y las Materias Primas. Junio 2016.
- Nº 12. El Sector Asegurador como inversor institucional y elemento estabilizador de la economía. Julio 2017.
- Nº 13. ¿Es la economía española financieramente vulnerable? Octubre 2017.
- Nº 14. Cómo asentar y diversificar la financiación de la economía española. Febrero 2018.
- Nº 15. Sector Asegurador: impacto de las tendencias macroeconómicas y demográficas. Mayo 2018.
- Nº 16. Retos financieros pendientes de la economía española. Enero 2019.
- Nº 17. Nuevos retos del sector del automóvil. Julio 2019.



- Nº 18. Principales retos actuales y futuros del sector bancario español. Noviembre 2019.
- Nº 19. La Banca en el Siglo XXI: retos y respuestas. Talleres: 1) Fintech y Regulación Financiera.– 2) Big Data e Inteligencia Artificial en el ámbito financiero.– 3) Sector Financiero, Digitalización y Derecho de la Competencia. Noviembre 2019.



URÍA
MENÉNDEZ