

LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS
DE PAGO Y LA TUTELA DE LOS INTERESES
ECONÓMICOS DE SUS USUARIOS

ANDREA CASTILLO OLANO

**LA CONTRATACIÓN
DE SERVICIOS DE PAGO
Y LA TUTELA DE LOS
INTERESES ECONÓMICOS
DE SUS USUARIOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Andrea Castillo Olano

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.

Tamayo y Baus, 7, 1.º izq. 28004 MADRID

☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-966-2

Depósito legal: M-28222-2025

DOI: <https://doi.org/10.37417/contratacion-servicios-pago-y-tutela-de-intereses-economicos-usuarios>

Diseño de cubierta: ene estudio gráfico

Impresión: ÉLECE, INDUSTRIAS GRÁFICAS, S. L.

MADRID, 2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO Y LA TUTELA DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE SUS USUARIOS, <i>por Reyes Palá Laguna</i>.	13
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN.....	27
 CAPÍTULO 1. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO	 35
I. Introducción.....	35
II. La dispersión del Derecho positivo aplicable a los servicios de pago	37
1. El Real Decreto-Ley de servicios de pago y su desarrollo reglamentario	37
2. Las normas sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores.....	38
3. El Real Decreto-Ley de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones.....	44
4. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre condiciones generales de la contratación	46
5. Otras normas aplicables. Especial referencia a los Reglamentos de la Unión Europea.....	46
III. Las subcategorías de contratos de servicios de pago.....	50

	Pág.
1. Los servicios de pago regulados y la subcategoría de contrato como determinante del régimen jurídico aplicable a la relación contractual	50
2. Especialidades de los nuevos servicios de <i>open banking</i>	53
2.1. El servicio de iniciación de pagos	53
2.2. El servicio de información sobre cuentas	58
3. El contrato marco de servicios de pago	63
4. El contrato de operación de pago singular	67
5. El contrato de servicios complementarios.....	68
IV. Ámbito subjetivo del contrato de servicios de pago.....	70
1. Los proveedores de servicios de pago	70
2. El usuario de servicios de pago	72
CAPÍTULO 2. EL RÉGIMEN DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA PRE Y CONTRACTUAL	79
I. La articulación del régimen de transparencia en una norma de rango reglamentario.....	79
II. Contenido del régimen de información y transparencia en materia de servicios de pago	94
III. Un régimen deficiente: cuando más, es menos.....	106
CAPÍTULO 3. FORMA Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO.....	111
I. Punto de partida: los contratos «bancarios» como contratos cuasi formales	111
II. Forma y contenido de los contratos de operación de pago singular	115
III. Forma y contenido de los contratos marco.....	120
IV. Especial referencia al dinero electrónico y a los contratos de instrumento de pago de escasa cuantía	128
V. Los contratos de información sobre cuentas	134
VI. Reflexiones finales en cuanto a la forma y contenido de los contratos de servicios de pago.....	136
CAPÍTULO 4. COMUNICACIÓN CON EL USUARIO E INFORMACIÓN EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO	143
I. Forma de la comunicación. La diferencia entre facilitar información y ponerla a disposición	143

	Pág.
II. El medio de comunicación entre el proveedor de servicios de pago y el usuario	149
III. Los gastos de información	154
IV. Información en ejecución del contrato e información postcontractual.....	156
 CAPÍTULO 5. CONSECUENCIAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LA INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN	 161
I. Consideraciones previas.....	161
II. Eficacia «negativa» del régimen especial de información y transparencia en servicios de pago.....	163
1. A nivel precontractual.....	163
2. En el momento de celebración del contrato	166
III. Los efectos directos previstos en la LCGC y en la LCDSFC.....	170
IV. Una alternativa necesaria: la previsión legal de los efectos «negativos» del régimen especial de información y transparencia.....	173
 CAPÍTULO 6. MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO	 177
I. Modificación del contrato	177
1. Modificación unilateral de las condiciones del contrato marco.....	177
2. Modificación unilateral de las condiciones del contrato de información sobre cuentas	184
3. Consecuencias del incumplimiento de las reglas sobre modificación del contrato de servicios de pago	185
II. Resolución del contrato y desistimiento.....	188
1. Cuestiones previas sobre la «resolución» de los contratos de servicios de pago.....	188
2. Resolución del contrato marco	191
3. Resolución del contrato de información sobre cuentas y desistimiento del contrato de servicios de pago celebrado a distancia	194
4. Algunas cuestiones problemáticas y efectos de la contravención del régimen de resolución y desistimiento del contrato	196

	Pág.
CAPÍTULO 7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO	201
I. Las normas sobre autorización y ejecución de operaciones de pago como derechos y obligaciones contractuales de las partes.....	201
II. Obligaciones del proveedor de servicios de pago (y derechos del usuario).....	204
1. Gastos aplicables	204
2. La obligación de autenticación reforzada y la autorización de la orden de pago	206
3. Iniciación de la operación de pago y acceso a la cuenta de pago en sentido amplio	213
4. Ejecución y prueba de la operación de pago.....	221
III. Obligaciones del usuario de servicios de pago.....	226
IV. La protección de datos de carácter personal del usuario	228
1. Cuestiones abiertas sobre la interacción entre las normas de servicios de pago y las de protección de datos de carácter personal	228
2. Breve análisis del art. 94 DSP2 y de su coherencia con el Reglamento General de Protección de Datos.....	233
3. La transposición parcial del art. 94 DSP2 en España.....	238
CAPÍTULO 8. RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD: NO EJECUCIÓN, EJECUCIÓN DEFECTUOSA Y EJECUCIÓN NO AUTORIZADA DE OPERACIONES DE PAGO	241
I. Introducción: la previsión de algunos efectos jurídico-privados del incumplimiento de las reglas de autorización y ejecución de las operaciones.....	241
II. Operaciones no autorizadas	243
1. Ámbito de aplicación y delimitación	243
2. La rectificación de la operación de pago no autorizada	246
3. La regla general de la responsabilidad del proveedor.....	249
4. Responsabilidad del ordenante	250
III. Operaciones no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente	254
1. Delimitación del supuesto de hecho	254
2. El supuesto del identificador único incorrecto.....	257
3. Operaciones iniciadas por el ordenante	261

	<u>Pág.</u>
4. Operaciones iniciadas por el beneficiario o a través del mismo	269
5. Operaciones iniciadas por un proveedor de servicios de iniciación de pagos	272
IV. Reflexiones críticas sobre el régimen de responsabilidad especial del RDLSP.....	274
CONSIDERACIONES FINALES.....	279
BIBLIOGRAFÍA.....	291

PRÓLOGO

**LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS
DE PAGO Y LA TUTELA DE LOS INTERESES
ECONÓMICOS DE SUS USUARIOS**

Reyes PALÁ LAGUNA
Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de Zaragoza

Los servicios de pago han sido el convidado de piedra en los estudios del derecho del mercado financiero. O si se prefiere una metáfora más amable, el patito feo. Sólo recientemente han aparecido en España un par de monografías —una de ellas de la misma autora en el año 2024 y la otra, de la prof.^a Peñas Moyano— que han estudiado atentamente desde la perspectiva general del derecho vigente las cuestiones relacionadas con este sector del mercado financiero que, podríamos decir, tiene carácter transversal. Ésta que se presenta es un estudio completo de los mecanismos de tutela del usuario de los servicios de pago, previo análisis de los contratos que celebra, materias ambas que Andrea Castillo Olano aborda con soltura y brillantez.

La profesora Castillo me ha convencido de la necesidad del reconocimiento de este cuarto sector del derecho financiero, junto con el bancario, el asegurador y el del mercado de capitales. Estamos ante un sector en el que se evidencia, como también sucede en los otros tres,

la acusada incidencia del derecho público en la contratación privada, sea con consumidores o, en una categoría más general que comprende al empresario, con los usuarios de los servicios de pago. Sucede que desde el punto de vista normativo, la incidencia del derecho público en la contratación de servicios de pago es mayor que en el derecho del mercado de valores o el derecho asegurador. Andrea Castillo demuestra en esta obra la independencia y autonomía normativa de este cuarto sector con fundadas razones. Como indica, tradicionalmente el estudio de los servicios de pago se ha enmarcado dentro del derecho bancario concebidos éstos como un mero servicio accesorio: las entidades de crédito intermediaban también en los pagos. Hoy podemos afirmar sin duda alguna que no estamos ya ante una disciplina auxiliar del derecho bancario (la gráfica expresión «servicio de caja», que no utiliza la autora, no puede aplicarse en su acepción tradicional más allá del ámbito de las entidades de crédito). Como tampoco lo es del derecho del mercado de valores o del asegurador. En certeras palabras de la doctora Castillo, los servicios de pago «van adquiriendo autonomía propia. La realidad es ahora mucho más variada: hay diferentes operadores intermediarios y los pagos no son ya, en absoluto, un servicio accesorio». Ni mucho menos, añadimos nosotros, accesorio en el sector de los criptoactivos financieros, más concretamente de las criptomonedas o *stablecoins*, sector que no puede entenderse sin conocer el derecho aplicable al dinero, electrónico o no, como medio de pago. De hecho, el Reglamento MiCA es en sus primeras versiones la respuesta de la Unión Europea al intento de la entonces Facebook y hoy Meta de crear una criptomoneda que pudiera ser utilizada como medio de pago por los usuarios en su plataforma. Ahora, como también se apunta en la obra, la batalla se sitúa en las grandes empresas proveedoras de servicios de pago (*Paytech*), emisoras de tarjetas de crédito incluidas, en la idea de que utilicen el euro digital como medio de pago por sus clientes. Pero el análisis de la digitalización de los medios de pago sólo puede efectuarse tras el estudio del derecho europeo y español aplicable a los servicios de pago: es necesario conocer todas las piezas que componen el tablero antes de abordar el tratamiento de las criptomonedas o el dinero de curso legal en formato digital.

Es evidente que se está ante una materia muy técnica y de una gran complejidad normativa. Como reciente muestra de ello puede citarse la decisión del Banco Central Europeo de 2 de junio de 2025 de retrasar hasta octubre de este año el acceso al sistema TARGET por parte de proveedores de servicios de pago no bancarios, a la vista del retraso de algunos Estados miembros en la transposición de la segunda directiva de servicios de pago (PSD2) a su derecho interno, extendiéndose asimismo el periodo de migración para estas entidades hasta marzo del 2026.

Para poder desenvolverse en esta —en muchas ocasiones árida— especialidad, es imprescindible conocer el estado de la cuestión, esto es, la doctrina y el derecho aplicable a la contratación de servicios de pago, los problemas que pretende resolver, sus lagunas y contradicciones, así como la efectividad en la tutela de la parte débil, que es por regla general el usuario de estos servicios y, de forma más clara, el consumidor y la microempresa. La asimilación de la microempresa al consumidor como merecedora de este espacial régimen tuitivo defiende Andrea Castillo en esta obra con sólidos argumentos.

La monografía ve la luz en el momento de la reforma de la normativa europea de servicios de pago por la futura PSD3 y el Reglamento de Servicios de Pago. Es por ello de obligada lectura al establecer doctrina respecto a las bases de la relación jurídica de servicios de pago, desde la etapa precontractual hasta la terminación del contrato, con especial atención a la información pre y contractual, a los derechos y obligaciones de las partes de la relación contractual, la extinción de la relación y al régimen legal de responsabilidad por no ejecución, ejecución defectuosa o ejecución no autorizada de las operaciones de pago. En definitiva, se trata de una aproximación integral (la autora prefiere la palabra «holística») a los servicios de pago.

La obra parte de la constatación de una realidad: el complejo marco legal de los servicios de pago, con numerosas normas aplicables además de la derechamente encaminada a la incorporación al derecho español de la segunda directiva de servicios de pago (PSD2) a través de un real decreto-ley y una orden ministerial, lo que ya nos debe hacer reflexionar acerca de la calidad normativa de la transposición. Quienes peinamos canas hablamos de «corta y pega»; los investigadores más jóvenes, que no han jugado con tantos recortables sino que se zambulleron en el mundo digital, utilizan la expresión «copia y pega»; pero el significado es el mismo: la mala calidad normativa en este proceso de transcripción literal de las directivas europeas, fenómeno especialmente acusado en el ámbito financiero y no sólo, pues, en el de los servicios de pago. A la «muy deficiente» transposición se refiere Castillo Olano en varios pasajes de la obra; pero no se limita a criticarla, sino que aporta soluciones ante distintos problemas que plantea esta deficiente incorporación al derecho interno de la PSD2 y analiza también pormenorizadamente, al hilo de lo que considera con acierto «progresiva convergencia del Derecho de consumo y de las normas del mercado financiero», la necesaria incorporación a nuestro derecho de la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

La autora define los servicios de pago como: «aquellos consistentes en la intermediación, en cualquier grado y con carácter profesional en uno o varios pagos electrónicos (o, al menos, cuyo procesamiento se encuentra altamente automatizado), que se articula a través de una relación contractual, de carácter duradero o puntual, independiente de la relación subyacente que, en su caso, origina el pago». Añade como servicio de pago el de información sobre cuentas (agregadores de cuentas), reconocido legalmente con la PSD2, pero que no encaja en esta definición, ya que su proveedor no intermedia en ningún pago.

La gran carga de «derecho regulatorio» que soporta este sector añade dificultades a la tarea del intérprete a la hora de dilucidar cuál es la norma aplicable a cada operador de servicios de pago y qué remedios legales proceden ante el incumplimiento del contrato de servicios de pago. Se agradece por ello especialmente en el capítulo primero la clasificación de las operaciones de pago en torno a tres subcategorías: el contrato marco, el contrato de operación de pago singular y lo que denomina la autora con acierto el contrato de servicios complementarios. Y es que, como pone de manifiesto, ninguno de los contratos de servicios de pago «es un contrato típico en el sentido clásico del término», lo que es «una singularidad del Derecho de los servicios de pago. Si bien contamos con un régimen jurídico específico aplicable a los servicios de pago, no es un régimen completo ni el Derecho positivo ha individualizado los contratos específicos de servicios de pago. A pesar de que en el tráfico económico muchos de ellos han adquirido cierta autonomía, la ley no establece ni una lista de contratos nominados, ni un régimen concreto aplicable a ninguno de ellos que lo distinga de los demás»; lo que se prevé es un régimen común para la mayoría de los contratos de servicios de pago, con especialidades en función de la categoría de que se trate.

Ejemplo de la complejidad normativa son las conclusiones a las que llega sobre la naturaleza formal de determinados contratos de servicios de pago (no de todos); así, son contratos formales el contrato de operación de pago singular comercializado a distancia en el que sea parte un consumidor y también los contratos marco celebrados con consumidores, sean o no celebrados a distancia. De modo que el incumplimiento del requisito formal dará lugar, entiende, a la anulabilidad del contrato.

En la tercera categoría, la autora incluye la prestación de los servicios de iniciación de pagos, de información sobre cuentas y de mera emisión de un instrumento de pago, puesto que no pueden subsumirse en las otras dos categorías a las que sí se refiere el RDLSP. Como bien señala, esas actividades no consisten en la ejecución de una acción de ingreso, transferencia o retirada de fondos. Propone asimismo la inclusión como servicios complementarios a los actualmente calificados de técnicos prestados directamente al usuario: los servicios de monedero

electrónico (*wallet*) consistentes en la tokenización y almacenamiento de instrumentos de pago. Recomienda su reconocimiento legal en aras de una mejor protección del usuario de estos servicios.

En relación con el contenido del contrato de servicios de pago, observa Castillo Olano que estamos ante «la positivación y elevación a rango de ley especial de una serie de medidas de protección de los intereses de la parte débil de la relación contractual, fenómeno que no tiene parangón por su detalle en el Derecho bancario o el del mercado de valores, por citar dos ejemplos de normativa financiera de carácter sectorial». Consciente de la, en ocasiones dudosa, salvaguarda de los intereses económicos de los usuarios, tras un análisis detallado de la normativa de servicios de pago y su relación con el Derecho del consumo, aporta soluciones tanto acudiendo tanto al Código civil en materia de incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios, como proponiendo por analogía la aplicación a un determinado contrato de servicios de pago la solución prevista para otro u otros contratos de pago. Recurso a la analogía que encuentra especial aplicación cuando estudia el régimen de dos nuevos servicios de pago recogidos en la PSD2: el de iniciación de pagos y el de información sobre cuentas.

Un *leitmotiv* del libro es la naturaleza mixta, pública y privada, de las normas contenidas en el RDLSP y en la Orden de desarrollo de 26 de diciembre de 2019. Si bien no es cuestión pacífica, Castillo Olano se pronuncia en favor de los efectos directos jurídico-privados de esta normativa. Por un lado, tenemos las normas de ordenación y disciplina de los proveedores de servicios de pago; por otro, el contenido de los títulos II y III del RDLSP apunta claramente, en su opinión, a la naturaleza jurídico-privada de sus preceptos dado que se refieren a cuestiones como la información pre y contractual, las reglas de modificación y resolución del contrato o los derechos y obligaciones de las partes. Sigue y desarrolla en este punto el planteamiento de quien dirigió conmigo la tesis doctoral de Andrea Castillo, mi colega el profesor Bueso Guillén, que se refería a la doble naturaleza jurídica de las normas del RDLSP en un trabajo del 2020.

El régimen especial de servicios de pago contenido en el RDLSP y en la Orden de desarrollo es muy detallado en la línea, apunta la autora, de la normativa sobre créditos inmobiliarios y créditos al consumo. Pero con una diferencia no menor: si bien el incumplimiento de estas normas ha dado lugar a unos niveles muy significativos de litigiosidad, en el caso de los servicios de pago, al ser su valor económico reducido, es poco rentable el inicio de un proceso judicial. A ello hay que sumar, como dice más adelante que, pese a recaer la carga de la prueba prácticamente en todos los casos sobre el proveedor de servicios de pago, corresponde al usuario demostrar la existencia del daño, su cuantifica-

ción y el nexo causal, lo que da pie a la autora para instar en España la constitución de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero.

Mención especial merece el detallado análisis que realiza del servicio de iniciación de pagos. El recurso a este servicio requiere, en palabras de la autora, «de la existencia de, al menos, cuatro contratos de servicio de pago: un contrato marco de cuenta de pago entre el ordenante y su PSGC, otro entre el beneficiario y su proveedor de servicios de pago gestor de cuenta, un tercer contrato marco de adquisición de operaciones de pago entre el beneficiario y el proveedor de servicios de iniciación de pagos y, por último, un contrato de operación de pago singular entre el PSIP y el ordenante». De ahí que Castillo Olano no comparta la opinión de reputada doctrina que califica al desarrollo de los servicios de iniciación como un paso hacia la desintermediación de los pagos. Como precisa en el libro, lo que se produce es la intervención de un intermediario más que no tiene la condición de entidad de crédito o de «una gran marca de tarjetas». Lo que hay es un paso hacia la desintermediación *bancaria* del mercado de pagos, cuestión que ya avanzó en un trabajo suyo publicado en la *Revista de Derecho del Mercado de Valores* en el año 2020. Habrá que ver el recorrido de este negocio de agregación de cuentas cuando es realizado por *fintech* no bancarias, desde el momento en el que algún gran banco de inversión estadounidense ha anunciado su intención de cobrar comisiones a estas entidades por el acceso a los datos de las cuentas de sus clientes.

Tras leer el capítulo tercero, dedicado a la forma y contenido mínimo del contrato de servicios de pago, se debe compartir la reflexión de la autora, crítica con la utilidad de gran parte de esta información pre y contractual; de forma muy gráfica rubrica el último epígrafe de ese capítulo: «un régimen deficiente: cuando más, es menos». Cuestiona la opción de política legislativa (a la que se refiere como «de dudosa idoneidad») consistente en la equiparación de la información precontractual con la contractual. Y también la positivación de las obligaciones de transparencia e información a la clientela en órdenes ministeriales en lugar de en leyes, lo que se remonta a la Orden de 12 de diciembre de 1989, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito*, norma derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. Si a ello se suma la diversa legislación aplicable a los servicios de pago de forma simultánea, se acaba produciendo un efecto opuesto al pretendido: el usuario está desinformado por exceso y la comparabilidad entre servicios es prácticamente imposible.

A lo largo de la monografía su autora nos va dando claves de cara a posibles reclamaciones ante prácticas cuando menos dudosas de estas entidades financieras en materia de información precontractual o

modificaciones contractuales. De hecho, adopta una postura extrema y considera que la ausencia de algunos de los contenidos mínimos del contrato marco recogidos en el art. 14 de la Orden de transparencia del 2019 fundamenta la nulidad del contrato. Pero, como «en materia de servicios de pago hay pocas ocasiones en las que la nulidad sea un buen remedio», defiende, cuando en la omisión no ha habido mala fe de la entidad financiera, la conveniencia de integrar el contenido del contrato con recurso al artículo 1287 CC, ya que va a ser difícil la obtención de una indemnización de daños u perjuicios por el usuario a la vista de la escasa cuantía que obtendría en la mayor parte de los casos, de forma que los costes de un proceso judicial no se verían compensados por el resultado favorable de la demanda. De ahí que abogue por el establecimiento de un régimen especial que permita el reconocimiento de unas indemnizaciones fijas, en función de la gravedad del déficit informativo, como se ha hecho por ejemplo en el Reino Unido.

En la obra se plantean también cuestiones de Derecho de la competencia y de protección de datos de carácter personal, especialmente en el entorno del *open banking*, de indudable interés. El trabajo hubiera quedado incompleto sin una referencia a la protección de datos de carácter personal, puesto que la interacción entre la normativa de servicios de pago y la de datos de carácter personal plantea una serie de problemas que Castillo Olano trata de resolver, en unos casos con la consideración de la derogación tácita de determinados artículos de la DSP2 por el RGPD y en otros a través de la interpretación correctora de la normativa de servicios de pago para permitir su encaje con las previsiones en materia de datos personales. Llama la atención acerca de la posibilidad de que las operaciones de pago puedan revelar, siquiera indiciariamente, datos sensibles de carácter personal. Pone como ejemplos el pago de la cuota sindical, la de afiliación a un partido político o el tratamiento de los datos biométricos como medida de seguridad (que no autenticación reforzada, como se aclara con inteligencia en la obra) para el acceso a los servicios en línea. Se trata de una materia cuya interpretación genera inseguridad jurídica y perjudica incluso a los proveedores de servicios de pago, «a los que resulta difícil poder evaluar adecuadamente el riesgo de cumplimiento legal en este punto en toda la UE y, en especial, en el mercado español».

En el último capítulo expone lagunas de la normativa española que sólo pueden ser detectadas con un profundo conocimiento y un estudio sosegado de la normativa sectorial, por ejemplo, en relación con la ejecución no autorizada de una orden de pago, las operaciones no ejecutadas o las ejecutadas defectuosamente a los efectos de la imputación de responsabilidad. Y pone de relieve además casos no recogidos ni en la normativa europea ni en la nacional: los supuestos de incumplimiento relacionados con el envío de dinero o con los pagos con tarjeta en los que, desde la perspectiva del ordenante, no haya

asociada ninguna cuenta de pago. O determinados incumplimientos de obligaciones por los proveedores como serían «la negativa injustificada de acceso a un proveedor de servicios tercero, la falta de confirmación de la disponibilidad de los fondos, la falta de devolución, el envío ilegítimo de instrumentos de pago, el bloqueo injustificado o el no desbloqueo del instrumento cuando sea procedente». Denuncia también las ambigüedades del régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago, plagado de conceptos jurídicos indeterminados («sin demora injustificada», «sin dilación indebida», «comisiones o gastos», «intereses aplicados al usuario», «indemnización económica adicional», «simplemente con retraso», «pequeño retraso», etcétera).

En fin, la obra contiene una riqueza —en muchos casos disecciona complejas operaciones de pago— que un prologuista no puede describir con justicia. Y se adentra decididamente en nuevas realidades digitales traídas por la tecnología de registros distribuidos como son las tokenizaciones de los instrumentos de pago. Le animo a seguir investigando en esta línea porque no es nada fácil adentrarse en ella sin conocer en profundidad el derecho aplicable a medios de pago no tokenizados. Las *stablecoins* y en general las monedas digitales como el euro digital son hoy el deseado objeto de control por las grandes entidades financieras. Un buen ejemplo de lo que sucede alrededor de las *stablecoins* lo encontramos en la reciente aprobación de la ley estadounidense, denominada, con la humildad que caracteriza a su Presidente, como la Genius Act (*Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins of 2025*). Ello evidencia, como bien augura la autora, la importancia cada vez mayor del Derecho aplicable a los servicios de pago.

Estamos ante lo que considero será una obra de referencia en la materia, bien escrita y muy trabajada. La profesora Castillo Olano se desenvuelve con soltura en este complejo y técnico sector del Derecho mercantil. Ello me permite, como última reflexión, dejar constancia de un cierto optimismo racional respecto al futuro de la universidad pública. En una época en la que las universidades más antiguas sufren la carencia de vocaciones académicas, realidad ciegamente fomentada por las sucesivas leyes universitarias, y en la que asistimos a la creciente creación de universidades privadas, universitarios como Andrea Castillo, profesora que realiza el oficio con denuedo e imperturbable ante los cantos de sirena de sin duda más lucrativas ofertas laborales, son la razón que nos lleva a vislumbrar un futuro en el que la Academia sigue presente y con ello la rigurosa investigación y la mejor docencia que merecen nuestros alumnos.

Zaragoza, 25 de julio de 2025.

Festividad de Santiago Apóstol, quien se detuvo en esta ciudad en el año 40 d. de J.C.

ABREVIATURAS

ABE	Autoridad Bancaria Europea
ap.	apartado
art./s	artículo/s
AAVV	Autores Varios
BCE	Banco Central Europeo
BDE	Banco de España
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord./s	Coordinador/es
DCDSFC	Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores
DCP	Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago
DDE1	Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades

DDE2	Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE
DFL	Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores
Dir./s	Director/es
disp. ad.	Disposición adicional
disp. fin.	Disposición final
disp. trans.	Disposición transitoria
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
DORA	Reglamento (UE) 2022/2554 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1060/2009, (UE) núm. 648/2012, (UE) núm. 600/2014, (UE) núm. 909/2014 y (UE) 2016/1011
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DSP1	Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE
DSP2	Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE
DTT	Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas
ed./s	Editor/es
EEE	Espacio Económico Europeo
EPSIC	Entidad/es prestadora/s del servicio de información sobre cuentas
<i>et. al.</i>	<i>et alii</i>
FD	Fundamento de Derecho
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>

<i>id.</i>	<i>idem</i>
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
LCDSFC	Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores
LDE	Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico
LFFE	Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de financiación empresarial
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LSisP	Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores
LSP	Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago
LTT	Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea
núm.	Número
OCP	Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación
OCPB	Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación
<i>op. cit.</i>	<i>Obra citada</i>
OTSB	Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios
OTSP	Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago
p./pp.	Página/s
párr.	párrafo
PSIC	Proveedor/es de servicios de información sobre cuentas
PSIP	Proveedor/es de servicios de iniciación de pagos
PSP/s	Proveedor/es de servicios de pago
PSPGC	Proveedor/es de servicios gestor de cuentas
PYMEs	Pequeñas y medianas empresas
R. SEPA	Reglamento (UE) núm. 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) núm. 924/2009
RDCPB	Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera

RDLCP	Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones
RDLSP	Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera
RDRJED	Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico
RDRJSP	Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
Real Decreto 712/2010	Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago
Recomendación 87/598/CEE	Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico
Recomendación 88/590/CEE	Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas
Recomendación 90/109/CEE	Recomendación de la Comisión, de 14 de febrero de 1990, sobre la transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas
Reglamento 2019/1937	Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE)
MiCA	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
ROSSEC	Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
RPT1	Reglamento (CE) núm. 2560/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros
RPT2	Reglamento (CE) núm. 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2560/2001
RPT3	Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 relativo a los pagos transfronterizos en la Unión

RTS SCA-SCS	Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros
SAP	Sentencia de Audiencia provincial
Sec.	Sección
SEPA	Zona Única de Pagos en Euros
SNCE	Sistema Nacional de Compensación Electrónica
ss.	Siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPPs	Thrid Party Providers, proveedores de servicios de pago terceros
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TUB	D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”, Testo Unico Bancario
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
<i>vid.</i>	<i>vide</i>
vol.	Volumen
ZaDiG 2018	Zahlungsdienstegesetz 2018 (Ley de Servicios de Pago de Austria)
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (Ley de Supervisión de Servicios de Pago de Alemania)

INTRODUCCIÓN

El Derecho está dirigido a brindar marco a una realidad social determinada, no pudiendo permanecer ajeno a su evolución, pues con ella surgen nuevas necesidades que requieren de la adopción de nuevas normas o, al menos, de la adaptación de las existentes. La rápida evolución de esta realidad, profundamente influida en la actualidad por el desarrollo de las nuevas tecnologías, da lugar a una legislación cada vez más acelerada y compleja, «generando un increíble cuerpo normativo críptico y alejado de los ciudadanos por su enormidad —cientos de miles de normas publicadas— y por el creciente tecnicismo y, en ocasiones, vulgarismo de su redacción —que impide la comprensión razonable de los preceptos y también su cumplimiento—»¹, resultando que, en ocasiones, la norma no aporta la seguridad jurídica que está llamada a procurar.

Precisamente el propósito de esta monografía es valorar cómo el Derecho está adaptándose a la coyuntura actual marcada por la digitalización y la globalización que despliega sus efectos también sobre los mercados financieros y las relaciones jurídicas que se desarrollan en ellos, en concreto por lo que se refiere a la contratación de los servicios de pago.

Estos servicios constituyen la institución jurídica más universal de los mercados financieros. En España podríamos considerar anecdótico

¹ HUERTA VIESCA, M. I. Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Dos testigos del estado del cultivo de la ciencia de la legislación mercantil en España» en *Diario La Ley*, núm. 10233, 2023 (versión digital). De la misma opinión es el prof. Rojo, *vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., «Las malas leyes», en *Instituciones del Estado Democrático de Derecho, conversaciones* (Betancor Rodríguez, A. [coord.]), 2024, Madrid, pp. 374-394.

—si acaso existente— el número de ciudadanos que no es parte de un contrato de servicios de pago o ha utilizado alguna vez uno de estos servicios. En 2024 el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, el sistema de pagos minorista español, gestionó más de 1 350 millones de operaciones de adeudo domiciliado, más de 750 millones de transferencias y más de 860 millones de transferencias inmediatas, por un valor acumulado superior a los 2 billones y medio de euros². En 2024 el Banco de España contabilizó más de 9 000 millones de operaciones de pago con tarjeta en terminales de punto de venta físicos, 8 000 millones más que hace dos décadas³; mientras que las retiradas de efectivo en cajero se han reducido en más de un 35% desde antes de la pandemia⁴. España fue el tercer país de la UE, por detrás de Luxemburgo e Italia, en el que más operaciones con dinero electrónico se ejecutaron en 2021⁵. Lo que hay detrás de todos estos números son millones de contratos de servicios de pago. La cotidianeidad de estos servicios financieros, imprescindibles tanto para los ciudadanos como para el ejercicio de cualquier actividad económica y para las administraciones públicas, revela el gran interés que tiene su análisis jurídico.

Los propios servicios, la forma de prestarlos y de usarlos, y los modelos de negocio de los proveedores evolucionan y se transforman a un ritmo cada vez mayor. A modo de ejemplo, difícilmente podría haberse imaginado en los años 90, cuando España se llenó de cajeros automáticos para facilitar en todo momento el acceso a dinero en efectivo, que, apenas dos décadas más tarde podríamos pasar meses sin necesidad de tocar una moneda o de hacer fila en la oficina de nuestra entidad para realizar alguna gestión. Hoy nadie se extraña cuando en la caja del supermercado ve a alguien pagando la cuenta con su teléfono móvil, si tras las cenas entre amigos no hay nadie contando billetes ni guardando *el bote* para la sobremesa, o cuando no hace falta ni una tarjeta para comprar a través de internet. Estamos en la era *PayTech*⁶.

² BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Estadísticas del SNCE*, 2025. Disponible en: https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/compartido/datos/pdf/Estad_SNCE_esp.pdf.

³ BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Operaciones de compras en terminales de punto de venta*, 2025. Disponible en: <https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/compartido/datos/pdf/tarjetas1.pdf>.

⁴ BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Operaciones de retirada de efectivo en cajeros*, 2025. Disponible en: <https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/compartido/datos/pdf/tarjetas2.pdf>.

⁵ BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO, *Distribución de los pequeños pagos por instrumento*, 2022. Disponible en: https://www.bde.es/ff/webbde/SPA/sispago/ficheros/es/Dist_Inst_Esp_ES.pdf.

⁶ Este término, aún con poco eco en la academia española, comenzó a extenderse en el mercado como nominativo de un sector fintech específico en torno a 2015, siendo a partir de 2019 cuando se traslada a la jerga científica jurídico-económica, aunque especialmente en obras de ciencias aplicadas (vid, por ejemplo, CHRISTI, S. [ed], *The Payment Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, John Wiley & Sons, Nueva York, 2019; POLA-

Pero esta tecnología que facilita el día a día de todos los operadores del tráfico económico, desde los ciudadanos hasta las grandes empresas, trae consigo nuevos riesgos y retos no solo desde el punto de vista económico, sino también jurídico. Este fenómeno no es nuevo: el marco jurídico de los servicios de pago comenzó a positivizarse a finales de los años 80 del siglo pasado⁷. Era la respuesta a la creciente electrificación de los pagos y a la voluntad de construir una Unión Económica y Monetaria (1991). Asentada la moneda única, el marco de *soft law* inicial da paso a una juridificación progresiva de la Zona Única de Pagos en Euros (SEPA), que, nacida en un principio como iniciativa del sector bancario europeo, pretendió lograr en operaciones electrónicas lo que ya se estaba alcanzando en las operaciones en efectivo gracias a la circulación física del Euro: que todos los agentes económicos puedan hacer y recibir pagos en euros con las mismas condiciones básicas, derechos y obligaciones en toda la UE, independientemente de su ubicación y de que los pagos tengan o no carácter transfronterizo. Así, entre 1997 y 2007 se fragua la regulación en materia de pagos de la que hoy somos descendientes de primera generación⁸, destacando de entre la multitud de normas promulgadas la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (en adelante, Directiva de transferencias transfronterizas —DTT—) y la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (en adelante, Primera Directiva de servicios de pago —DSP1—). La Primera Directiva de servicios de pago marca un antes y un después en el mercado europeo de pagos minoristas: la UE ya no solo despliega su competencia legislativa sobre los pagos trans-

SIK, M. *et al.* «The impact of Payment Services Directive 2 on the PayTech sector development in Europe» en *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 178, 2020, pp. 385-401; EDDAOU, M., «L'éclosion des entreprises innovantes en Paytech au Maroc: Une exploration des facteurs clés de l'innovation des applications de paiement mobile destinée aux Digital Wallets» en *Alternatives Managériales et Economiques*, núm. 4, 2022, pp. 295-315). Sobre la evolución del sector en los últimos años y los retos que plantea, *vid.* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH, *Libro blanco de PayTech. La evolución del sector PayTech y los nuevos retos regulatorios*, Madrid, 2020.

⁷ Un estudio detallado sobre la evolución histórica de la legislación en materia de servicios de pago se puede consultar en CASTILLO OLANO, A., «Pasado, presente y futuro de la legislación de servicios de pago en la Unión Europea» en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 34, 2024. A continuación, se incluye un breve resumen para contextualizar el marco jurídico que se analiza en este trabajo.

⁸ Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (en adelante, Primera Directiva de dinero electrónico); y Reglamento (CE) n° 2560/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros (en adelante, Primer Reglamento de pagos transfronterizos).

fronterizos, sino que establece también un marco jurídico básico común para los pagos domésticos; y, además, crea las entidades de pago, un nuevo tipo de entidad financiera. Sin embargo, el rápido avance del mercado hizo que para cuando la Primera Directiva de servicios de pago empezaba realmente a desplegar sus efectos, la realidad para la que se concibió hubiera evolucionado bastante.

Esta circunstancia es la que dio lugar a otro intenso periodo de elaboración de nueva legislación europea en materia de pagos⁹, que culmina con la adopción de la vigente Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (en adelante, Segunda Directiva de servicios de pago —DSP2—), transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante RDLSP); el Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, RDRJSP); y la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden de transparencia de servicios de pago —OTSP—). Sin embargo, los cambios en el mercado ponen de manifiesto, por un lado, que también esta es una norma caduca y, por otro, que algunas de sus medidas no son suficientes.

En 2020, tan solo dos años después de la puesta en aplicación de la Segunda Directiva de servicios de pago, comienza ya a hablarse de la necesidad de revisarla. La pandemia causada por la COVID-19 supuso un catalizador sin precedentes de la digitalización de los pagos, y ello,

⁹ Comenzando por el Reglamento (CE) núm. 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2560/2001 (en adelante, Segundo Reglamento de pagos transfronterizos) y la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (en adelante, Segunda Directiva de Dinero Electrónico).

sumado a la evolución que, por supuesto, también ha experimentado el resto del mercado financiero, aconseja adoptar una aproximación más integral a su regulación. Como consecuencia, vio la luz el paquete de medidas de finanzas digitales dentro del cual, por lo que aquí interesa, destaca la Estrategia de Pagos Minoristas para la UE¹⁰ que marcó el camino hacia una nueva fase histórica del mercado de servicios de pago. A finales de 2021 comenzó el proceso de revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago que, en junio de 2023, culminó con la publicación de cinco propuestas legislativas diferentes: la propuesta de Reglamento de servicios de pago, la propuesta de Tercera Directiva de servicios de pago, la Propuesta de Reglamento FIDA, la propuesta de Reglamento de servicios de Euro Digital y la propuesta de Reglamento de dinero en efectivo¹¹.

Pero más allá de las normas especiales en materia de servicios de pago, para abordar de forma integral el fenómeno de la contratación de estos servicios han de tenerse en cuenta multitud de normas españolas y europeas que entran en conexión directa con las citadas y que configuran un régimen jurídico muy complejo y necesitado de un tratamiento doctrinal omnicomprensivo. De todo el repertorio normativo que se irá repasando en el desarrollo de este trabajo, cobran especial relevancia aquellas normas que tienen por objeto la regulación del contexto europeo en la construcción de un mercado único de pagos, así como las que se refieren a los servicios prestados a través de internet¹².

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de Pagos Minoristas para la UE*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 24 de septiembre de 2020, COM (2020) 592 final. Al análisis de esta comunicación procedió esta autora en CASTILLO OLANO, A., «La nueva estrategia de pagos minoristas de la Unión Europea» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2021, pp. 385-399.

¹¹ Son respectivamente: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los servicios de pago en el mercado interior y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (COM/2023/367); la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios de pago y los servicios de dinero electrónico en el mercado interior y por la que se modifica la Directiva 98/26/CE y se derogan las Directivas (UE) 2015/2366 y 2009/110/CE (COM/2023/366); la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para el acceso a los datos financieros y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010, (UE) núm. 1094/2010, (UE) núm. 1095/2010 y (UE) 2022/2554 (COM/2023/360); la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al curso legal de los billetes y monedas en euros (COM/2023/364) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la prestación de servicios en euros digitales por parte de los proveedores de servicios de pago constituidos en Estados miembros cuya moneda no es el euro y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM/2023/368).

¹² Reglamento (UE) núm. 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) núm. 924/2009 (en adelante, Reglamento SEPA); el Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta (en adelante, Reglamento de tasas de intercambio —RTI—); el Real Decreto-ley

Hasta ahora, el tratamiento doctrinal de los servicios de pago no ha sido quizás todo lo profundo e integral que, a juicio del devenir de los acontecimientos, requiere una materia de tamaño importancia práctica. Además de que la jurisprudencia en la materia es escasa, los estudios recientes con los que contamos son ilustrativos, pero —salvo algunas excepciones— tienen carácter descriptivo¹³ y, por tanto, ofrecen una capacidad limitada para mostrar una visión de conjunto sobre un régimen jurídico muy complejo y, en ocasiones, caduco. En general, aquellos trabajos que se adentran de forma más detenida en la materia son anteriores a las últimas modificaciones legislativas, lo cual no conlleva necesariamente su pérdida de vigencia, pero sí la falta de tratamiento de los aspectos más novedosos de los servicios de pago.

Por otro lado, tradicionalmente, el estudio de los servicios de pago se ha enmarcado dentro del Derecho bancario. Quizás porque en su labor de intermediación en el crédito han sido tradicionalmente los bancos —las entidades de crédito en general— quienes, como un mero servicio accesorio, intermediaban también en los pagos. Ciertamente, desde que comenzara a positivizarse el régimen jurídico de los efectos de comercio, la relación entre el pago y el crédito ha sido manifiesta. Y a pesar de ello, la evolución de los medios, instrumentos y formas de pago ha ido creando una veta en la que, pese a la estrecha relación que persiste, los servicios de pago van adquiriendo autonomía propia. La realidad es ahora mucho más variada: hay diferentes operadores intermediarios y los pagos no son ya, en absoluto, un servicio «accesorio». Además, las relaciones jurídicas que se crean en el seno de esta intermediación en los pagos están cada vez más influenciadas por las nuevas tecnologías y las cuestiones de índole técnica (reglas operativas, interoperabilidad de las redes y sistemas de pago, seguridad informática, etc.). Parece necesario entonces, desde la doctrina científica, avanzar hacia una aproximación holística a los servicios de pago.

Así, considerando la evolución del mercado de pagos minoristas de la Unión Europea tanto desde un punto de vista normativo como fáctico, este trabajo realiza una aproximación crítica al Derecho positivo para analizar el régimen jurídico vigente aplicable a los contratos de

19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones (en adelante, RDLCP); el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros (en adelante, Reglamento Delegado de autenticación reforzada —RTS SCA-SCS—); y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, LCDSFC).

¹³ En este sentido también, ZUNZUNEGUI, F., «Spain's implementation of PSD2» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 406-424 (p. 406).

servicios de pago desde una perspectiva omnicomprendensiva y así poder identificar los retos, lagunas y problemas jurídicos que se plantean, tanto en el momento presente como desde una perspectiva de futuro a medio plazo, de modo que puedan proponerse interpretaciones y modificaciones legislativas que permitan ofrecer una alternativa o solución a dichos obstáculos.

Para alcanzar dicho objetivo este trabajo se estructura en ocho capítulos. El primero, dedicado a la introducción a la contratación de servicios de pago se divide en tres partes. La primera repasa el Derecho positivo aplicable a los servicios de pago, la segunda plantea una premisa imprescindible: el tipo de contrato de servicios de pago determina el régimen jurídico aplicable a la relación jurídica y aquí se hace una propuesta doctrinal que, de ser acogida, podría tener una considerable trascendencia práctica. La tercera se refiere a la otra cuestión determinante del régimen jurídico de los servicios de pago: los sujetos. Los capítulos 2 a 4 se dedican al intenso régimen de transparencia e información que ha de regir la contratación de servicios de pago. En concreto, el capítulo 2 se centra en toda la información que debe recibir el usuario con anterioridad a la contratación y la que debe obtener durante la ejecución del contrato de servicios de pago. En el capítulo 3 se aborda la importante cuestión de la forma y el contenido mínimo de los contratos de servicios de pago, mientras que el capítulo 4 se dedica a las normas relativas a la comunicación con el usuario y los gastos de información. En el capítulo 5 se analizan las consecuencias jurídico-privadas de la infracción del régimen de transparencia e información, concluyendo con propuestas concretas *de lege ferenda*. También desde una aproximación crítica y propositiva, el capítulo 6 aborda las normas sobre modificación y resolución de los contratos de servicios de pago. Por su parte, el capítulo 7 se refiere a los derechos y obligaciones de las partes de los contratos de servicios de pago, analizando desde el régimen de autorización y ejecución de operaciones de pago hasta la interacción entre las normas especiales de servicios de pago y las de protección de datos de carácter personal. Finalmente, el capítulo 8 se refiere al deficiente régimen especial de responsabilidad sobre no ejecución, ejecución defectuosa y ejecución no autorizada de operaciones de pago, respecto al que se proponen numerosas modificaciones. La monografía termina con unas consideraciones finales a modo de recapitulación.

CAPÍTULO 1

LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO

I. INTRODUCCIÓN

El hecho de que el Derecho positivo haya previsto una norma especial para el régimen de los servicios de pago constituye el primer y más importante mecanismo de tutela de los intereses de los usuarios. Ello es así porque tanto la Segunda Directiva de servicios de pago como las normas que la han transpuesto al ordenamiento jurídico español tienen un carácter marcadamente tuitivo para estos. De manera particular, pero no solo, cuando los usuarios sean consumidores o microempresas, ya que en estos casos la aplicación de las normas de pagos tuitivas es obligatoria. Pero, en otro caso, el régimen previsto en el RDLSP no queda excluido automáticamente, sino que algunas de sus disposiciones se tornan dispositivas, luego necesariamente debe haber un acuerdo expreso que disponga su no aplicación o que determine unas condiciones diversas a las previstas legalmente.

Un somero examen de la estructura del RDLSP da ya una idea general de cuáles son los específicos mecanismos previstos legalmente para la protección de los intereses de los usuarios de servicios de pago. Dejando a un lado el régimen de autorización administrativa y supervisión de la actividad de las entidades de pago, propio de cualquier mercado regulado, la norma ha articulado, primero, un intenso régimen de información y transparencia (título II RDLSP y Orden de transparencia de servicios de pago); segundo, dentro de lo que se han venido a denominar «derechos y obligaciones en relación con la prestación y

utilización de servicios de pago»¹, se prevén sobre todo reglas que vinculan al proveedor, esto es, obligaciones de prestar el servicio de pago conforme a unas condiciones legalmente determinadas. Exceptuando las contadas obligaciones que el RDLSP impone al usuario, todo el título III recoge el régimen general de prestación de los servicios de pago regulados que detalla y garantiza la virtualidad del art. 1256 CC y pretende asegurar que el cumplimiento del contrato no queda al arbitrio de la parte más fuerte de la relación contractual, es decir, del proveedor de servicios de pago. Incluso las normas atinentes a la relación entre diferentes proveedores, como las de acceso a cuentas o las de reparto de responsabilidades son, en el fondo, normas que tutelan los intereses de los usuarios: bien porque facilitan que estos pueden beneficiarse de aquellos servicios que mejor se ajusten a sus necesidades, bien porque garantizan que, en caso de ejecución defectuosa de una operación de pago, serán resarcidos adecuadamente.

Es por ello por lo que se llega a la conclusión de que las normas sobre consentimiento, autenticación y devolución de operaciones; sus condiciones de ejecución, incluyendo las relativas a gastos, plazos, recepción, rechazo y revocabilidad de las órdenes de pago y el sistema especial de responsabilidad, no constituyen solamente el régimen jurídico general de la prestación de los servicios de pago regulados sino que son, además, mecanismos legales de tutela de los intereses de los usuarios —fundamentalmente, de sus intereses económicos—, como sucede también con las normas relativas a la gestión de riesgos operativos y de seguridad, y las de resolución alternativa de litigios.

Pues bien, esta monografía aborda el régimen jurídico de los servicios de pago en un análisis exegético de unas normas de Derecho privado² que suponen no solo la positivación de un detalladísimo régimen contractual de carácter general que, por ende, habrá de ser oportunamente concretado, adaptado e interpretado en relación a los específicos

¹ Es la rúbrica del título III RDLSP.

² La naturaleza de las normas del RDLSP no es cuestión pacífica y aunque se hará alguna mención en los siguientes epígrafes, sirva ahora como adelanto un breve planteamiento, ya apuntado por BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación de servicios de pago: una aproximación crítica» en ALONSO PÉREZ, M. T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios Digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 227-266 (pp. 261 y ss.). La duda la suscita el cambio radical entre el antiguo art. 51.3 LSP y el vigente art. 71.3 RDLSP. Ambos preceptos, en sede de régimen sancionador, determinan qué artículos deben considerarse normas de ordenación y disciplina de los proveedores de servicios de pago —luego tendrían naturaleza jurídico-pública—, resultando que el art. 71.3 RDLSP tan solo excluye dos artículos. Sin embargo, el contenido de los Títulos II y III RDLSP apunta claramente a la naturaleza jurídico-privada de sus preceptos dado que se refieren a cuestiones como la información contractual y precontractual, las reglas de modificación y resolución del contrato o los derechos y obligaciones de las partes. BUESO GUILLÉN defiende la doble naturaleza jurídica de las normas del RDLSP, teoría a la que me adhiero, aunque algunos de los argumentos en los que me baso difieren ligeramente y, con ellos, también ciertas consecuencias.

contratos de servicios de pago regulados, sino también la positivación y elevación a rango de ley especial de una serie de medidas de protección de los intereses de la parte débil de la relación contractual, fenómeno que no tiene parangón por su detalle en el Derecho bancario o el del mercado de valores, por citar dos ejemplos de normativa financiera de carácter sectorial.

Tras un repaso de la normativa aplicable a la contratación de servicios de pago, en este capítulo clasificamos los contratos de servicios de pago en tres subcategorías diferentes; por último, se analiza cómo los sujetos parte del contrato afectan a su régimen jurídico.

Los demás capítulos del trabajo se dedicarán al régimen de información y transparencia, la modificación y resolución del contrato, los derechos y obligaciones de las partes positivizados en el RDLSP, así como el especial régimen de responsabilidad en caso de ejecución patológica del contrato.

Este estudio se realiza desde el convencimiento de que la propia elección de todos estos aspectos incorporados al Derecho positivo especial de servicios de pago se hace desde la vocación tuitiva de los intereses económicos de los usuarios como parte débil de la relación jurídica. Aunque —se adelanta ya—, el resultado de la investigación a este respecto lleva a la conclusión de que el régimen especial sigue siendo insuficiente para cumplir con esa finalidad, además de que la transposición de la normativa europea a nuestro ordenamiento jurídico ha sido muy deficiente. Se identifican numerosas incongruencias y lagunas en ambos ámbitos que complican en demasía una implementación satisfactoria y hacen peligrar el efecto útil de la Segunda Directiva de servicios de pago.

II. LA DISPERSIÓN DEL DERECHO POSITIVO APLICABLE A LOS SERVICIOS DE PAGO

1. El Real Decreto-Ley de servicios de pago y su desarrollo reglamentario

El RDLSP establece la base del régimen jurídico de los servicios de pago y por ello, es la norma de referencia en este trabajo. Sin embargo, su estudio debe hacerse junto con las normas de rango reglamentario que lo desarrollan: por un lado, el citado Real Decreto de régimen jurídico de los servicios de pago; por otro lado, la Orden de transparencia de servicios de pago que desarrolla el título II del RDLSP, sobre los requisitos de transparencia e información aplicables a los servicios de pago regulados, resolución y modificación del contrato marco. *A priori*, esta Orden ministerial es aplicable a todos los proveedores y a

todos los servicios de pago regulados, independientemente de que su contratación se articule a través de un contrato marco o de un contrato de operación de pago singular. Se harán en su momento las oportunas matizaciones por lo que respecta a los servicios de información sobre cuentas y a los de iniciación de pagos, pues en relación a estos servicios la aplicabilidad de la Orden de transparencia de servicios de pago queda, cuando es posible, muy limitada.

Por otro lado, resulta también de aplicación parcial la Orden de transparencia de servicios bancarios. Como novedad respecto al régimen anteriormente vigente, el art. 3 OTSP³ contiene una norma de coordinación con la orden general de transparencia bancaria. Así, el RDLSP y la Orden de transparencia de servicios de pago tienen carácter especial, lo que desplaza la aplicación de la Orden de transparencia de servicios bancarios, a excepción de los preceptos expresamente citados en aquella, que se refieren a algunas reglas sobre comisiones, publicidad, comunicación con el cliente y a la obligación del proveedor de facilitarle a este explicaciones adecuadas sobre los productos que le ofrezca. Sobre todo ello nos detendremos en su momento.

2. Las normas sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores

En segundo lugar, resulta obligada, la referencia a la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, LCDSFC), cuya reforma o derogación será necesaria en un futuro próximo dada la aprobación de la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE⁴. El objeto de la vigente ley es el establecimiento del régimen específico aplicable a «los contra-

³ Art. 3 OTSP: «La transparencia de las condiciones de contratación y los requisitos de información exigibles en la prestación de servicios de pago se regirá por lo previsto en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, en esta orden y en los artículos 3.2, 3.3, 3.4, 5, 8.1, 8.3, 8.5 y 9 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El artículo 8.4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, será de aplicación a los servicios de pago prestados por los proveedores de servicios de pago en ejecución de un contrato marco».

⁴ Esta Directiva deroga con efectos a partir del 19 de junio de 2026 la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, e incluye su régimen —actualizado— en la Directiva de protección de los consumidores (sobre esta propuesta, *vid.* PALÁ LAGUNA, R., El régimen tuitivo del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros en AA.VV. *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 3457-3485. La consulta pública previa para la transposición de la norma al ordenamiento español finalizó en enero de 2025.

tos con consumidores de servicios financieros⁵ prestados, negociados y celebrados a distancia», de acuerdo con el art. 1 LCDSFC. Pero la literalidad de este precepto puede llevar a confusión, así como la dicción del primer párrafo de sus arts. 2 y 4.1⁶. En realidad, el adjetivo «prestados» sobra, no hay necesidad de que la ejecución del contrato se produzca totalmente a distancia: el objeto de la norma viene delimitado únicamente por el hecho de que el contrato se negocie y celebre a distancia, es decir, que se comercialice a distancia. En cuanto a los arts. 2 y 4, el problema parece ser de redacción⁷. Esta es la única interpretación posible de acuerdo con la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (DCDSFC), que al delimitar su objeto y ámbito de aplicación en ningún momento se refiere a la ejecución del contrato, tan solo a la comercialización de los servicios (art. 1.1). De hecho, la propia definición de contrato a distancia dada por la Directiva se refiere a la utilización de «técnicas de comunicación a distancia [únicamente] hasta la celebración del

⁵ Los servicios de pago son servicios financieros y así se enumeran en el art. 4.2.a) LCDSFC, aunque podría criticarse la elección de palabras «servicios bancarios, de crédito o de pago». Esta ley remite al art. 52 de la derogada Ley 26/1988 que, a su vez, envía al art. 1 LSP. Evidentemente, tal remisión hoy debe entenderse hecha al art. 1 RDLSP y, por tanto, incluye todos los servicios de pago regulados, incluidos los de información sobre cuentas y los de iniciación de pagos. Huelga decir que los servicios de pago prestados por un PSP no bancario también son servicios financieros. Todos los proveedores de servicios de pago están incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LCDSFC, bien porque el art. 2 los nombra expresamente —como es el caso de las entidades de crédito— o bien porque entran dentro de la cláusula de cierre «cualesquiera otras que presten servicios financieros».

⁶ Art. 2.1 LCDSFC: «Esta Ley se aplicará a los contratos de servicios financieros *prestados a distancia* por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras» (cursiva añadida).

Art. 4.1, primer párrafo, LCDSFC. «Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, *cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor*, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato» (cursiva añadida).

⁷ Así, el art. 2.1 debería decir «esta Ley se aplicará a los *contratos a distancia* de servicios financieros *prestados* por las entidades de crédito...»; por otro lado, aunque el art. 4.1 puede ser leído en sentido correcto, para evitar cualquier confusión convendría que estuviera redactado de otra manera, por ejemplo: «Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos *cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores* celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, *en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor*, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato».

contrato»⁸. No cabe que el legislador español restringiese la aplicabilidad de la norma europea, puesto que se trata de una Directiva de máxima armonización, según se desprende del Considerando 13 de la misma⁹, y así lo ha declarado el TJUE¹⁰.

Para que la LCDSFC se aplique a la contratación de servicios de pago deben concurrir dos requisitos *sine qua non*: que el usuario del servicio de pago tenga la condición de consumidor —no microempresa—; y que el contrato se negocie¹¹ y celebre a distancia, sin que sea necesario que la totalidad del servicio sea prestado también a distancia. Y ello con independencia de que el mismo producto o paquete pueda ser contratado de forma presencial. Sin embargo, esta Ley no resultará de aplicación en aquellos casos en los que el contrato se suscriba presencialmente, aunque su ejecución se produzca totalmente a distancia. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de cuenta de pago *online*. Es posible que el mismo contrato se comercialice a través de la página web del proveedor de servicios de pago y, a su vez, en sus oficinas. Imaginemos que la operativa de la cuenta implica, esencialmente, la ejecución del contrato a distancia, aunque ocasionalmente puedan hacerse algunas gestiones en oficinas. Si el usuario es consumidor, el único criterio determinante para la aplicación de la LCDSFC será que se contrate a través de la web, mientras que si el mismo servicio es contratado en oficina solo será de aplicación el régimen especial de servicios de pago. Esta cuestión resulta llamativa, en tanto puede darse el caso de que a un contrato con idénticas condiciones, se le aplique un marco jurídico diferente por el hecho diferencial de ser celebrado a distancia. Aunque con carácter general la previsión de salvaguardas especiales en el caso de contratación a distancia puede valorarse positi-

⁸ Art. 2 DCDSFC: «a) “contrato a distancia”: todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, *utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato*, incluida la propia celebración del contrato» (cursiva añadida).

⁹ Considerando 13 DCDSFC: «La presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros. Salvo que la presente Directiva indique expresamente lo contrario, los Estados miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta».

¹⁰ «Del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/65, interpretado a la luz de su considerando 13, se desprende que la Directiva procede, en principio, a una armonización completa de los aspectos que regula. En efecto, con arreglo al mencionado considerando, salvo que esta indique expresamente lo contrario, los Estados miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la Directiva para los ámbitos armonizados por ella». Párrafo 34 de la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, *Antonio Romano y Lidia Romano c. DSL Bank*, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.

¹¹ Lo que no implica que desplace la aplicación de la ley el hecho de que exista «una previa toma de contacto, gestión o acto de información presencial» (MATEU DE ROS CEREZO, R., «La Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores» en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 49, 2008, pp. 101-123 [p. 108]).

vamente, lo cierto es que, en determinados casos como la contratación de servicios de pago, no parece que tenga mucho sentido la diferencia de régimen basada en esta sola circunstancia. A mi juicio, hay otras que ofrecerían mayor justificación para la introducción de ciertas especialidades en materia de servicios de pago, por ejemplo, la prestación transfronteriza de servicios o la ausencia de un establecimiento abierto al público al que pueda acudir el cliente, o el nivel de riesgo o de carga económica para el usuario del servicio de pago en concreto ¹². Quizás esta sea la razón de que la Directiva en materia de contratos a distancia de servicios financieros prevea que sus normas no se apliquen a aquellos servicios financieros que cuenten con un régimen especial, ahora bien, sería conveniente que el próximo Reglamento de servicios de pago incluyese aquellas previsiones especiales que se considerasen necesarias en relación con la contratación a distancia de servicios de pago, lo que no parece que vaya a ser el caso.

La segunda cuestión que debe tenerse en cuenta es qué ocurre con los servicios de pago excluidos expresamente del ámbito de aplicación del RDLSP. Tal y como se produjo la transposición de la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros a nuestro ordenamiento, lo cierto es que no parece posible entender que aquellos servicios expresamente excluidos de leyes especiales, como sería el caso de los enumerados en el art. 4 RDLSP, puedan incluirse dentro del ámbito de aplicación de la LCDSFC. Ello se debe a que el art. 4.2 de esta Ley especifica qué ha de entenderse por servicios financieros y recoge una enumeración de éstos, remitiendo a las definiciones concretas contenidas en las leyes especiales.

Sin embargo, la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros de 2002 no fue tan específica y definió de forma genérica «servicio financiero» como «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago» [art. 2.b)], sin hacer remisión alguna a la legislación sectorial entonces vigente. Lo mismo ocurre tras la incorporación de las normas sobre comercialización a distancia de servicios financieros a la Directiva sobre derechos de los consumidores ¹³, modificación que comenzará a aplicarse en

¹² Quizás no es eficiente que se apliquen las mismas medidas protectoras a contratos como la apertura de una cuenta de pago, la emisión de un instrumento de pago a débito, o el envío de pequeñas cantidades de dinero, en los que la posible incidencia de que el contrato sea celebrado a distancia no parece ser tan acusada, que, por ejemplo, a la emisión de tarjetas de crédito o a servicios de envío o transferencia de grandes cantidades de dinero.

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

junio de 2026¹⁴. Ello ha permitido que en algunos Estados miembros se apliquen las normas de transposición de esta Directiva como «red de seguridad», es decir, para dotar de un régimen tuitivo al consumidor en la prestación a distancia de determinados servicios financieros excluidos del ámbito de aplicación de la normativa especial¹⁵.

En el ámbito de los servicios de pago la aplicación de esta red de seguridad podría ser especialmente interesante en el caso de las exclusiones de red limitada y de agente comercial [art. 4, letras *k*) y *j*) RDLSP, respectivamente], dada la frecuencia con la que estos servicios excluidos se contratan y prestan de forma electrónica. De hecho, algunos Estados miembros sí han extendido la aplicación de las normas que transponen la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros a algunos de estos servicios, como las tarjetas regalo¹⁶. Sin embargo, como se ha señalado, nuestro ordenamiento no permite aplicar la LCDSFC a los servicios de pago excluidos del ámbito de aplicación del RDLSP salvo que, por supuesto, se encuentren bajo el ámbito de aplicación de otra norma especial —como es el caso de los cheques y pagarés o las operaciones de gestión activos, que, aunque den lugar a pagos, no se rigen por el RDLSP, sino por su normativa específica—. Pero aún podría quedar un pequeño margen de actuación para que operara esa red de seguridad: los instrumentos de pago de escasa cuantía prestados a distancia, para los cuales la norma de pagos establece un régimen jurídico *aligerado* —especialmente en materia de información—.

Precisamente en relación al régimen de información precontractual, el legislador ha previsto una regla de coordinación entre la LCDSFC y las normas de pagos. El art. 8 de aquella¹⁷ determina los apartados del art. 7.1 LCDSFC que son aplicables a los servicios de pago regulados de forma complementaria al régimen previsto en la legislación especial¹⁸.

¹⁴ Igual que en la DCDSFC, el art. 2.12 DDC define «servicio financiero» como «todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago», sin remitir a la legislación especial.

¹⁵ El concepto de red de seguridad va más allá. Además de dar cobertura a servicios excluidos de las leyes especiales, supone también, primero y dado que la DCDSFC no contiene una lista cerrada de servicios financieros a los que resulta aplicable, que desplegará sus efectos sobre cualquier nuevo producto que aparezca en el mercado y que todavía no cuente con un régimen jurídico especial —por ejemplo, las monedas virtuales— y, por otro lado, también serán aplicables las reglas de la Directiva sobre aquellas cuestiones que no se hayan previsto en la legislación especial (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, COM (2022) 204 final, p. 8).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ En su redacción modificada por la disp. fin. 9.ª 1 LSP y actualizada por la disp. fin. 3.ª RDLSP.

¹⁸ En concreto son las letras *c*) a *g*) del apartado 2), referidas al nivel de riesgo, impuestos o gastos cargados por terceros, periodo de validez de la información precontractual, modalidades de pago y ejecución y costes suplementarios; las letras *a*), *b*) y *e*) del apartado 3), sobre el

Dado que el objeto de la LCDSFC va más allá de los servicios de pago, es evidente que esta ley no distingue entre diferentes tipologías de contrato, por lo que estas normas de transparencia serán de alcance general siempre que se trate de un contrato de servicios de pago negociado y celebrado a distancia, ya sea un contrato marco, un contrato de operación de pago singular o de un contrato de servicios complementarios.

En cualquier caso, la LCDSFC habrá de ser objeto de revisión e incluso de derogación, a más tardar el 19 de diciembre de 2025, puesto que en junio de 2023 se publicó la Directiva por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE. Norma que hace flaco favor al régimen de servicios de pago. En esencia la Directiva contempla cuatro mecanismos de protección de los consumidores. Por un lado, los ya tradicionales requisitos de información precontractual y el derecho de desistimiento. Por otro, la obligación de que los proveedores de servicios financieros faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el producto o servicio financiero ofertado y una novedosa previsión sobre protección adicional relativa a las interfaces en línea¹⁹. Empero, la mayor parte de esta protección adicional para los contratos a distancia, *a priori*, no será aplicable a los servicios de pago regulados (*vid.* nuevos arts. 16 bis.10; 16 ter.6, 16 quinquies.5 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores²⁰). Desde luego, no las provisiones sobre información precontractual y explicaciones adecuadas dado que la Directiva es meridiana al establecer su no aplicación a los servicios financieros específicos regulados en otros actos legislativos de la UE que contengan normas sobre la información que debe facilitarse al consumidor, salvo que la próxima norma europea de servicios de pago previese su aplicación, siquiera sea parcial, tal y como ocurre actualmente con el art. 39 DSP2 que remite a preceptos muy concretos de la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros²¹. Por lo que se refiere al derecho de desistimiento, a

derecho de desistimiento y ley aplicable a la fase precontractual; y la letra b) del apartado 4), acerca de la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario.

¹⁹ Se pretende que los proveedores de servicios financieros no se aprovechen de sesgos de los consumidores, de modo que se prohíbe que creen sus interfaces en línea «en una forma que pueda distorsionar o alterar la capacidad del consumidor de adoptar una decisión o elección libre, autónoma y con conocimiento de causa» (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, COM (2022) 204 final, p. 3).

²⁰ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

²¹ No parece que vaya a haber ninguna referencia al régimen de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores en el Reglamento de Servicios de Pago.

pesar de que la Directiva lo regula en similares términos, sí podría ser reconocido dado que la Segunda Directiva no se refiere a él de manera expresa²² —siempre y cuando la nueva norma de pagos tampoco lo haga o, si lo hace, disponga expresamente la aplicabilidad de las reglas sobre desistimiento del contrato celebrado a distancia—.

De modo que, si como parece, no se prevé en el futuro Reglamento de servicios de pago de forma expresa la aplicación coordinada de las nuevas normas generales de protección del consumidor de servicios financieros y de las normas de pagos, no solo se producirá un retroceso en la tutela del usuario de servicios de pago que tiene la condición de consumidor, sino que, además, el consumidor de servicios de pago no podrá beneficiarse de la modernización de las normas generales en la materia, pues no le resultarán de aplicación novedades tan afortunadas como la posibilidad de organizar la información por niveles (*vid.* art. 16. Bis de la Directiva sobre los derechos de los consumidores)²³, la obligación del proveedor de proporcionar explicaciones adecuadas al consumidor o la concreción del tiempo mínimo que debe mediar entre el momento en que el proveedor facilita la información precontractual al consumidor y la celebración del contrato.

3. El Real Decreto-Ley de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones

Aunque al Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones (en adelante, RDLCP) se suele hacer referencia como la «ley de cuentas de pago» —igual que sucede con la Directiva 2014/92/UE, comúnmente abreviada como PAD por sus siglas en inglés (*Payment Account Directive*)—, lo cierto es que tiene un objeto variado y muy concreto, que dista mucho de poder considerarse como un régimen genérico para todas las cuentas de pago. El detalle de su contenido se expondrá, en lo que proceda, a lo largo de los siguientes capítulos. Por ahora, baste una sucinta referencia a su heterogéneo objeto.

²² La previsión o no de un derecho de desistimiento en la Segunda Directiva de servicios de pago se aborda en el epígrafe dedicado a la resolución del contrato marco.

²³ Esta idea, que fue adoptada en el RGPD consiste en ofrecer en primer lugar (por ejemplo, en una primera pantalla en el proceso web de contratación) la información que legalmente se considere como básica y remitir a otra pestaña, enlace o documento donde pueda consultarse toda la información pormenorizada, incluida aquella que verse sobre aspectos que no se consideran esenciales. La traslación del modelo de información por niveles a la contratación de servicios de pago es una idea que desde hace años defiende como una solución que podría garantizar una mayor eficiencia del régimen de información y transparencia aplicable a los servicios de pago (*vid.* con disculpas por la autocita, CASTILLO OLANO, A., «Transparencia, datos personales y servicios de pago» en ALONSO PÉREZ, M. T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios Digitales...*, *op. cit.*, pp. 267-303 [p. 298]). Puede verse, en relación al RGPD: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2018, pp. 5 y ss.

Esta norma establece, en primer lugar, la obligación para las entidades de crédito —y no por tanto para todos los proveedores de servicios de pago— de ofrecer, a todas las personas físicas que residan legalmente en la UE, sean solicitantes de asilo o no puedan ser expulsadas del territorio comunitario, una cuenta de pago básica²⁴. Y, para este tipo específico de cuentas, prevé ciertas normas especiales que alteran el régimen previsto en el RDLSP sobre resolución de contratos, comisiones, gastos e información. El hecho de que las únicas destinatarias de estas obligaciones sean las entidades de crédito es una opción del legislador español. Si bien en este punto la Directiva 2014/92/UE se refiere exclusivamente a las entidades de crédito, no prohíbe a los Estados miembros ampliar su ámbito subjetivo a todos los proveedores de servicios de pago, como ha hecho, por ejemplo, Italia²⁵.

En segundo lugar, el RDLCP obliga a todos los proveedores de servicios de pago a ofrecer el servicio de traslado de cuentas, aunque solo a los clientes consumidores, y establece en qué términos ha de prestarse este servicio, consistente en la transmisión de un proveedor a otro, a petición del cliente, de la información relativa a la totalidad o parte de las órdenes permanentes de transferencia, los adeudos domiciliados periódicos y las transferencias entrantes periódicas que se ejecuten en una cuenta de pago y/o la transferencia de cualquier saldo acreedor de una cuenta de pago a otra, independientemente de que la primera se mantenga o se cierre definitivamente.

Por último, contiene disposiciones especiales sobre transparencia de las comisiones aplicables a cuentas de pago, cuya aplicación y cumplimiento compete tanto al Banco de España como a todos los proveedores. El primero, por su parte, queda obligado a elaborar, actualizar y publicar una lista de los servicios más representativos asociados a una cuenta de pago de acuerdo con la Directiva 2014/92/UE²⁶, y a disponer de una página web, de acceso gratuito, que permita comparar las comisiones que aplican los proveedores, al menos, por los servicios

²⁴ Estas cuentas deben permitir, al menos, ejecutar una cantidad ilimitada de operaciones consistentes en el depósito de fondos, la retirada de dinero en efectivo en oficinas o en cajeros automáticos, adeudos domiciliados, transferencias y pagos mediante tarjeta de débito o prepago (art. 8 RDLCP).

²⁵ Art. 126-*noviesdecies* TUB (D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” [Testo Unico Bancario - TUB]).

²⁶ De acuerdo con las definiciones dadas por la Directiva, por servicios asociados a una cuenta de pago se entiende aquellos relacionados con la apertura, el funcionamiento y el cierre de una cuenta de pago, los servicios de pago regulados, así como las posibilidades de descubierta y de rebasamiento. La terminología normalizada a nivel europeo ha sido concretada en el Reglamento Delegado (UE) 2018/32 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017. La lista española de términos y definiciones normalizados para los servicios asociados a una cuenta de pago está disponible en: https://www.bde.es/ff/webbde/INF/MenuHorizontal/Servicios/tarifas_comisiones/LISTA.pdf.

incluidos en dicha lista²⁷. Por otra parte, los PSPs tienen la obligación precontractual de proporcionar a los clientes o potenciales clientes consumidores un documento informativo de comisiones aplicables a esos servicios más representativos; asimismo, durante la ejecución del contrato, deben facilitar al cliente consumidor un estado de todas las comisiones en que hayan incurrido para los servicios asociados a una cuenta de pago, al menos, de forma anual y gratuitamente; y tanto en su información contractual, como comercial o publicitaria, siempre que vaya dirigida a consumidores, deberán utilizar la terminología normalizada.

4. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre condiciones generales de la contratación

En general, cuando el usuario sea un consumidor y, en particular, en tanto la contratación de servicios de pago se produce habitualmente mediante contratos de adhesión, resultarán de aplicación el TRLGD-CU y la LCGC. Esta última, además, se aplicará a todos los usuarios adherentes, independientemente de que se trate de un consumidor, una microempresa, o tenga cualquier otro carácter.

Como se verá, desde la perspectiva de la tutela de los intereses de los usuarios estas dos normas adquieren una importancia sustancial, ya que, en ausencia de normas especiales sobre el régimen de responsabilidad contractual por contravención de lo dispuesto en el RDLSP y su desarrollo reglamentario, constituyen una vía preferente para la defensa de los intereses de los usuarios ante determinadas patologías contractuales.

5. Otras normas aplicables. Especial referencia a los Reglamentos de la Unión Europea

Por último, deben traerse a colación otras normas europeas de aplicación directa en materia de servicios de pago.

De carácter más técnico, podemos citar en primer lugar el Reglamento SEPA²⁸ que establece obligaciones para los proveedores de servicios de pago que podrían clasificarse en dos tipos. Primero, aquellas que afectan directamente al contrato entre usuario y proveedor y, por

²⁷ Web de comparación del Banco de España disponible en: https://app.bde.es/csfwciui/csfwciuias/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_InicioComisionesCuentasPago#

²⁸ Reglamento (UE) núm. 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) núm. 924/2009.

ende, atañen a los intereses de aquel. Son las que tienen que ver con la accesibilidad transfronteriza, la interoperabilidad de los regímenes de pago de adeudos y transferencias en euros y los requisitos aplicables a la ejecución de estos. En segundo lugar, la prohibición de las tasas multilaterales de intercambio, salvo para el caso de las operaciones-R²⁹, que es una previsión que despliega sus efectos en las relaciones entre proveedores por lo que, pese a no poder negar su efecto indirecto sobre el usuario —en forma de repercusión de costes—, se entiende que tiene menor relevancia a los efectos de este trabajo.

Este Reglamento ha sido recientemente modificado en el seno de la actual revisión del régimen jurídico de los servicios de pago en la UE. De todo el paquete legislativo, la primera norma adoptada ha sido el Reglamento (UE) 2024/886 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 260/2012 y (UE) 2021/1230 y las Directivas 98/26/CE y (UE) 2015/2366 en lo que respecta a las transferencias inmediatas en euros (en adelante, Reglamento de transferencias inmediatas en euros —abreviado en adelante como RTIE—). Estas operaciones son una de las grandes apuestas europeas desde la Estrategia de pagos minoristas (2020), cuyo primer pilar de actuación estratégica consistía en promover la creación de más soluciones de pago digital e inmediato de alcance paneuropeo³⁰. Finalmente, se ha considerado necesaria la intervención legislativa, ante la lenta adopción del mercado de las transferencias inmediatas como la «nueva normalidad»³¹.

El objetivo de este reglamento es normalizar la ejecución inmediata de las transferencias en euros, pues se entiende que ello puede llevar a una mejora en la eficiencia económica tanto para los usuarios, como para los proveedores de servicios de pago, a menor concentración del mercado y a más opciones para pagos electrónicos, especialmente en transacciones transfronterizas. Ante la insuficiente adopción voluntaria desde 2017 del esquema de pago «SEPA Inst» desarrollado por el Consejo Europeo de Pagos, la Unión Europea adopta este reglamento cuyos requisitos buscan asegurar que las transferencias inmediatas en euros funcionen de manera eficiente y se integren adecuadamente en el mercado interior, promoviendo así una mayor competencia y opciones para los usuarios. Así, el reglamento obliga a los proveedores de servicios de pago que ofrezcan la ejecución de transferencias en euros

²⁹ Definidas como aquellas que no puede ejecutarse «debidamente por un proveedor de servicios de pago o que da[n] lugar a un procesamiento excepcional, ya sea, por ejemplo, por falta de fondos, revocación, importe erróneo o fecha errónea, inexistencia de orden o cuenta errónea o cerrada» (art. 2.25 Reglamento SEPA).

³⁰ Estrategia de pagos minoristas, p. 5.

³¹ A la necesidad de que los pagos inmediatos se conviertan en la «nueva normalidad» se refiere la Comisión en la Estrategia de pagos minoristas (*id.*), sobre la justificación de la acción legislativa véase la Propuesta de Reglamento sobre transferencias inmediatas en euros, p. 6.

a ofrecer también la ejecución de transferencias inmediatas en euros, que se definen como aquellas que se ejecutan inmediatamente las veinticuatro horas del día y cualquier día natural. Además, en caso de que se apliquen comisiones a las transferencias inmediatas, estas no podrán ser superiores a las que se aplican a las transferencias normales. Otra novedad interesantísima es el establecimiento de la obligación para los proveedores de ofrecer el servicio de verificación del beneficiario que consiste, en esencia, en comprobar que no existe discrepancia entre el nombre del beneficiario indicado por el ordenante de la operación y el nombre del titular de la cuenta en la que debe abonarse el importe de la operación de acuerdo con el identificado único facilitado por el ordenante³².

Además de la modificación del Reglamento SEPA el Reglamento de transferencias inmediatas en euros modifica también el Tercer Reglamento de pagos transfronterizos en euros, la Segunda Directiva de servicios de pago y la Directiva sobre firmeza de la liquidación. En el primero, tan solo se introducen un par de preceptos en materia de comisiones para alinearlos con la nueva redacción del Reglamento SEPA. En cambio, las modificaciones introducidas en las dos directivas en relación a los sistemas de pago tienen un calado mucho mayor. Por un lado, se actualiza el régimen de salvaguarda de fondos aplicable a las entidades de dinero electrónico, idéntico ahora al aplicable a las entidades de pago al incluirseles en el art. 10 DSP2. Por otro, se actualiza el régimen jurídico de los sistemas de pago designados o sistémicos, permitiendo la participación de las entidades de dinero electrónico y de las entidades de pago por participantes directos del sistema.

Pasando ahora al Reglamento de tasas de intercambio³³, este establece principalmente requisitos técnicos uniformes para las operaciones de pago con tarjeta realizadas dentro de la UE, en las que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en la UE. Se trata, en general, de reglas que afectan a las relaciones entre proveedores emisores, adquirentes, regímenes de tarjetas de pago y entidades procesadoras, cuestiones que tienen interés desde el punto de vista económico y del Derecho de la competencia, pero que no aportan tanto al análisis desde la perspectiva contractual, dado que sus efectos sobre el usuario se producen solo de manera indirecta. Ello a excepción de algunas previsiones que sí constituyen específicamente parte del régimen jurídico aplicable a la relación entre

³² En el caso de las transferencias inmediatas, no hay tiempo suficiente para que el pagador se dé cuenta de que se ha producido un fraude o un error e intente recuperar los fondos antes de que se abonen en la cuenta del beneficiario, de ahí esta obligación. Esta verificación y, en su caso, notificación deberá producirse en apenas unos segundos y siempre antes de que el ordenante haya autorizado la transacción.

³³ Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta.

el proveedor de servicios de pago adquirente y el beneficiario, en particular, los arts. 10 a 12 sobre normas de aceptación de tarjetas, prácticas orientadoras e información sobre operaciones de pago con tarjeta y, más genéricamente, el art. 15 sobre procedimientos de resolución extrajudicial de reclamaciones y recursos.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2021/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, relativo a los pagos transfronterizos en la Unión (Tercer Reglamento de pagos transfronterizos en Euros) incide directamente sobre la relación contractual entre el proveedor y el usuario, en concreto, sobre el precio de determinados servicios: los pagos transfronterizos en euros, entendidos como aquellas operaciones de pago tratadas por medios electrónicos en la que el PSP del ordenante y el del beneficiario estén situados en diferentes Estados miembros, y el servicio de cambio de divisas que, aunque no es como tal un servicio de pago regulado, a menudo se trata de un servicio accesorio pactado en el contrato de servicios de pago. Este reglamento establece el principio de igualdad en la percepción de comisiones, obligando a los proveedores en primer lugar, a establecer una correspondencia entre los servicios de pago nacionales ofrecidos y los transfronterizos en euros y, en segundo lugar, a cobrar a los consumidores la misma comisión por los pagos transfronterizos en euros que por los pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la moneda del Estado miembro en el que esté radicado el proveedor. En relación a la conversión de divisas, establece normas sobre transparencia, publicidad e información aplicables a cualquier intermediario que ofrezca este servicio y a cualquier usuario, con la excepción de las normas de información sobre retirada de efectivo y la necesidad de pacto sobre la forma de comunicación respecto de las cuales cabe excluir la aplicación del reglamento si el usuario no es consumidor.

Por último, es claro que a los proveedores de servicios de pago les serán de aplicación otras normas por razón de su actividad que, si bien se aplican simultáneamente a lo que se puede denominar propiamente marco jurídico de los servicios de pago, no interactúa directamente con él. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849.

III. LAS SUBCATEGORÍAS DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE PAGO

1. Los servicios de pago regulados y la subcategoría de contrato como determinante del régimen jurídico aplicable a la relación contractual

Tras esta sintética exposición de la normativa europea y española sobre los servicios de pago, este epígrafe se dedica a los diferentes servicios de pago y a las distintas subcategorías de contratos de servicios de pago.

Por el momento, no existe una definición legal, general y abstracta de servicios de pago. Como ya hiciera la Primera Directiva de servicios de pago, su sucesora únicamente realiza una enumeración de actividades empresariales consideradas como tales en su Anexo I (*vid.* art. 4.3 DSP2), el cual recoge una serie de servicios que quedan bajo su ámbito de aplicación. En coherencia, el RDLSP transpone en el art. 1.2 la lista *numerus clausus* de servicios de pago a los que resultan de aplicación sus disposiciones en materia de forma de prestación de dichos servicios, de régimen de transparencia e información y de derechos y obligaciones de las partes (art. 1.1 RDLSP). Esta enumeración se completa en sentido negativo con la lista de exclusiones recogida en el art. 4 RDLSP³⁴. En este sentido, la expresión «servicios de pago regulados», se utiliza a lo largo de este trabajo para hacer referencia exclusivamente a aquellos sujetos al RDLSP. Los servicios de pago recogidos en el art. 1.2 RDLSP son aquellos que permiten el ingreso o retirada de efectivo de una cuenta de pago así como las operaciones de gestión de dicha cuenta [letras *a*) y *b*)]; la ejecución de operaciones de pago a través de una cuenta de pago, incluyendo los adeudos domiciliados, las operaciones de pago mediante tarjeta o dispositivo similar y las transferencias de fondos, independientemente de si los fondos están o no cubiertos por una línea de crédito [letras *c*) y *d*)]; la emisión de instrumentos de pago o adquisición de operaciones de pago [letra *e*)]; el envío de dinero [letra *f*)]; los servicios de iniciación de pagos [letra *g*)] y los servicios de información sobre cuentas [letra *e*)]³⁵.

Tampoco la doctrina española ha definido el concepto de servicios de pago, salvo MELERO BOSCH para quien un servicio de pago es «aquella actividad prestada por entidades autorizadas conforme a la LSP consistente en dar cumplimiento a una orden recibida por una

³⁴ Artículo que se corresponde con el art. 3 DSP2. En la normativa anterior, también los arts. 3 DSP1 y 3 LSP recogían una lista de exclusiones, aunque este ha sido uno de los extremos actualizados por la Segunda Directiva de servicios de pago, como se verá en su momento.

³⁵ Las definiciones legales de todos los servicios se contienen en el art. 3 RDLSP.

persona física o jurídica en virtud de la cual se instrumenta el pago de una operación subyacente, o que tiene por objeto gestionar una cuenta que el ordenante utilizará para instrumentar dichos cargos»³⁶. Una definición interesante pero, a la luz de la evolución del mercado y de la legislación, insuficiente. Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Segunda Directiva de servicios de pago insiste en la idea de que «[l]a definición de servicios de pago debe ser tecnológicamente neutra y permitir el desarrollo de nuevos tipos de servicios de pago, garantizando, al mismo tiempo, condiciones operativas equivalentes para los proveedores de servicios de pago existentes y los nuevos»³⁷. Es el principio de neutralidad tecnológica que rige también en el derecho bancario o en el del mercado de valores. Este principio, además de informar las definiciones de los servicios enumerados en el Anexo I, deberá ser consustancial a cualquier propuesta de concepto doctrinal. La Segunda Directiva de servicios de pago pretende abarcar «todos los tipos de servicios de pago electrónicos»³⁸ y, en relación a cada uno de ellos, todas las operaciones y transacciones necesarias para su ejecución³⁹.

Teniendo esto en cuenta, podemos definir los servicios de pago como aquellos consistentes en la intermediación, en cualquier grado y con carácter profesional en uno o varios pagos electrónicos (o, al menos, cuyo procesamiento se encuentra altamente automatizado), que se articula a través de una relación contractual, de carácter duradero o puntual, independiente de la relación subyacente que, en su caso, origina el pago⁴⁰.

³⁶ MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos de servicios de pago*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 103. Nótese que esta definición se propone de conformidad con la legislación anteriormente vigente.

³⁷ Considerando 21 DSP2.

³⁸ Considerando 22 DSP2.

³⁹ En este sentido, GEVA, B., «Title I “Subject Matter, scope and definitions” (arts 1-4)» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 5-30 (p. 12).

⁴⁰ Esta definición es conclusión de un profundo estudio que ha sido publicado en CASTILLO OLANO, A., *Delimitación conceptual de los servicios de pago en el Derecho español y en el Derecho de la Unión Europea*, Atelier, 2024. Es conforme con la conclusión alcanzada en el documento de la Comisión *Estudio sobre la aplicación e impacto de la Segunda Directiva de servicios de pago*, según la cual, para paliar la inseguridad jurídica que surge en torno al ámbito de aplicación de la Directiva, como consecuencia de la emergencia de nuevas soluciones tecnológicas que añaden procesos de valor a la cadena de pago «debe partirse de una definición general de “servicio de pago”, que debería describir las características clave de un servicio de pago en comparación con otros servicios financieros, así como los servicios auxiliares a la ejecución de pagos que no se contemplan en la DSP2. Aclarar la definición de servicio de pago debería reducir las ambigüedades y contribuir a la coherencia en la aplicación ante las nuevas soluciones tecnológicas que han favorecido el auge de los pagos digitales y están acelerando el paso a los pagos sin efectivo» (traducción propia) (COMISIÓN EUROPEA, DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION, BOSCH CHEN, I., FINA, D., HAUSEMER, P., ET AL., *A study on the application...*, op. cit., p. 183).

Hay una excepción, y es que el servicio de información sobre cuentas no encaja con esta definición, puesto que su proveedor no intermedia en ningún pago. Como se defenderá más adelante, la prestación del mismo a solicitud del usuario constituye una relación de carácter contractual que no puede calificarse como contrato marco de servicios de pago, en la medida en que no rige la ejecución futura de operaciones de pago. Desde un punto de vista teórico podría decirse que no se trata de un servicio de pago *per se*, pues es el único que en modo alguno supone la intermediación en una —o varias— operaciones de pago o la provisión de los instrumentos o servicios necesarios para ello. Es cierto que tampoco la mera emisión de instrumentos de pago o la propia gestión de una cuenta suponen en sí mismos la intermediación en operaciones de pago. Sin embargo, son servicios sin los cuales ciertas operaciones, cuya ejecución supone la prestación de otro servicio de pago regulado, no pueden llevarse a cabo. De ahí que la definición propuesta se refiera en general a la intermediación, reconociendo que algunos servicios conllevan una actividad más intensa por parte del proveedor que otros.

Por tanto, una construcción verdaderamente precisa llevaría a reconocer una nueva categoría de servicios complementarios a los de pagos. En mi opinión, convendría incluir esta categorización en la propia norma de servicios de pago, previendo un régimen específico para estos servicios complementarios, del mismo modo que se hizo en la Segunda Directiva de servicios de pago con los servicios de iniciación de pagos y con los de información sobre cuentas. Así podrían tutelarse más eficazmente los intereses de los usuarios, en particular, su seguridad y privacidad. Estos servicios complementarios a los servicios de pago regulados incluirían los servicios de información sobre cuentas y, además, aquellos servicios actualmente calificados como técnicos que se prestan directamente al usuario como los servicios de *wallet*, es decir, de tokenización, digitalización y almacenamiento de instrumentos de pago. Ahora bien, la aplicación estricta de este planteamiento requiere necesariamente de una modificación legislativa. Por el momento, como se verá más adelante, desde una perspectiva contractual dentro de esta categoría de servicios complementarios podrían incluirse, además de los servicios de información sobre cuentas, los servicios de iniciación de pagos y, dependiendo de la amplitud del objeto del contrato, los de emisión de instrumentos de pago. Así, la propuesta de las diferentes subcategorías de contratos de servicios de pago se hace partiendo de esta base.

Lo cierto es que cualquier prestación de servicios de pago o de servicio complementario implica la celebración de un contrato, en la medida en que habrá siempre un proveedor de servicios de pago que se compromete a prestar un servicio y un usuario de servicios de pago que se obliga, a cambio, a pagar el precio acordado, generalmente en forma de comisión. Ahora bien, no todos los contratos de servicios de pago

son iguales ni están sometidos al mismo régimen jurídico, puesto que la propia legislación especial de servicios de pago contiene diferentes normas aplicables o no dependiendo de la subcategoría de contrato. He aquí el *quid* de la cuestión. Dentro de los contratos de servicios financieros, encontramos como categoría los contratos de servicios de pago —en general— que, a su vez, puede dividirse en tres subcategorías, dependiendo de las cuales serán de aplicación unas u otras reglas sobre transparencia, modificación y resolución del contrato, así como sobre derechos y obligaciones de las partes. De *lege data* pueden diferenciarse tres subcategorías: los contratos marco, los contratos de operación de pago singular y los contratos de servicios complementarios en el sentido expuesto. Ni el RDLSP ni la Segunda Directiva de servicios de pago hacen mención expresa a este concepto de «subcategoría de contrato», pero puede desprenderse claramente de los diversos regímenes establecidos para los contratos marco y para las operaciones de pago singular. La subcategoría de contrato de servicios complementarios no se deriva de forma tan evidente de la estructura de la Segunda Directiva de servicios de pago, pero también encuentra su fundamento en la previsión para determinados servicios de unas reglas particulares, como veremos enseguida.

2. Especialidades de los nuevos servicios de *open banking*

2.1. *El servicio de iniciación de pagos*

Este servicio es uno de los nuevos servicios que se incluyeron en la enumeración de la Segunda Directiva de servicios de pago, anteriormente excluido del ámbito de aplicación de su predecesora por ser considerado un «servicio prestado por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferir...»⁴¹. Precisamente, esta es la característica fundamental del servicio de iniciación de pagos: el proveedor no entra en posesión de los fondos del usuario⁴².

Se define legalmente como el servicio que «permite iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago» (art. 3.39 RDLSP). La doctrina ha criticado la falta de precisión de esta definición⁴³ que, en realidad, es expresión del principio de neutralidad

⁴¹ Art. 3.j) DSP1.

⁴² Razón por la cual, el título II de la Segunda Directiva de servicios de pago prevé un régimen jurídico aligerado a las entidades que únicamente prestan el servicio de iniciación de pagos, cuestión que se aborda en el siguiente capítulo.

⁴³ ALONSO LEDESMA, C., «Los nuevos proveedores de servicios de pagos: una primera aproximación a la Segunda Directiva de servicios de pagos» en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 1, 2018, p. 10 (versión digital); ALVARADO HERRERA, L., «El

tecnológica que inspira toda la Directiva. Como sucede con toda la normativa de pagos, ocurre con el servicio de iniciación que al establecer su régimen se toma como referencia el estado actual del mercado, pero se pretende que la norma perdure y dé cobertura a futuros desarrollos.

La iniciación de pagos es un servicio que surge en el ámbito de los pagos por internet, y, por el momento, con su mayor proyección en el ámbito del comercio electrónico: «sirve de puente entre el sitio web del comerciante y la plataforma bancaria en línea del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante, con el fin de iniciar pagos por transferencia a través de internet»⁴⁴. Se trata, en esencia, de una alternativa al pago con tarjeta o, mejor dicho, a la iniciación de un pago mediante tarjeta o dispositivo similar, porque el proveedor de servicios de iniciación de pagos (en adelante, PSIP) inicia el pago en nombre del ordenante y, además, confirma al beneficiario que el pago se ha iniciado correctamente y que los fondos necesarios para el mismo estaban disponibles. En este sentido, y en el contexto del comercio electrónico, se trata de un servicio que, sin ser estrictamente un servicio de pago⁴⁵ —pues no abarca la transacción entera, sino solo la fase inicial— ofrece una «solución de pago» tanto al comprador como al comerciante⁴⁶. Para este último, permite ofrecer una alternativa de pago a sus clientes y, al recibir la confirmación de disponibilidad de los fondos y la seguridad de que el pago ha sido iniciado, cuenta con un incentivo para prestar el servicio o enviar el bien sin dilación, ofreciendo por tanto una mejor experiencia a sus clientes. Para estos, los ordenantes de la operación, supone la posibilidad de realizar pagos a través de internet sin la necesidad de utilizar una tarjeta de pago.

El modelo actual de prestación de este servicio sería equivalente al de las pasarelas de pago con tarjeta⁴⁷ y se basa en el acceso del PSIP a la cuenta de pago del ordenante⁴⁸ abierta en otro proveedor, que es

servicio de iniciación de pagos en la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior» en *La Ley mercantil*, núm. 34, 2017, p. 3/17 (versión digital); PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico de los servicios de pago en el Derecho español* (Monografía núm. 1, RDSFin). Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 141.

⁴⁴ Considerando 27 DSP2.

⁴⁵ Al respecto se ha dicho que «más que un servicio de pago en sentido estricto, lo que prestan es un servicio tecnológico» (*vid.* ALONSO LEDESMA, C., «Los nuevos proveedores...» *op. cit.*, p. 8).

⁴⁶ Considerando 29 DSP2.

⁴⁷ En este sentido, PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Nuevas alternativas de pago online: proveedores de servicio de pago externo en un mercado más tecnológico y seguro» en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 49, 2019, p. 8/23 (versión digital). De hecho, no parece del todo evidente que las pasarelas de pago con tarjeta o las soluciones como las aplicaciones de *wallet* que almacenan una suerte de copia digital de nuestras tarjetas en nuestro Smartphone no sean servicios de iniciación de pagos, de ahí que quizás debería ampliarse el ámbito de aplicación del concepto de servicio de iniciación de pagos.

⁴⁸ Considerando 32 DSP2. Este se refiere a que dicho acceso puede ser «directo o indirecto», sin embargo, desde la entrada en vigor del Reglamento Delegado 2018/389, debe ser

el gestor de cuenta. Para ello, la cuenta de pago debe ser accesible en línea (art. 38.1 RDLSP).

De entre las diversas formas de pago ofrecidas en un entorno en línea (por ejemplo, en una tienda de electrónica o en una plataforma de juego online), el ordenante escoge el servicio de iniciación. A continuación, en lugar de aparecer la interfaz de usuario de la pasarela de pagos con tarjeta a través de la que se recaban los datos impresos en el instrumento, aparece la interfaz del PSIP, que solicita las credenciales de acceso del usuario a su cuenta de pago gestionada por otro proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (en adelante, PSPGC)⁴⁹.

La cesión de esas credenciales supone al mismo tiempo el consentimiento para la intervención del proveedor de servicios de iniciación de pagos y la autorización de la orden de pago, de modo que el iniciador, tras identificarse ante el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta y demostrar que actúa en nombre del ordenante y con su consentimiento, inicia la operación de pago solicitando al gestor de cuenta la ejecución de una transferencia a la cuenta de pago del beneficiario. El PSIP tiene los datos de la cuenta del beneficiario de antemano porque entre ellos media un contrato, en concreto, un contrato de adquisición de operaciones de pago⁵⁰. Es decir, la utilización del servicio de iniciación de pagos requiere de la existencia de, al menos, cuatro contratos de servicio de pago: un contrato marco de cuenta de pago entre el ordenante y su PSGC, otro entre el beneficiario y su proveedor de servicios de pago gestor de cuenta, un tercer contrato marco de adquisición de operaciones de pago entre el beneficiario y el proveedor de servicios de iniciación de pagos⁵¹ y, por último, un contrato de operación de pago singular entre el PSIP y el ordenante. De ahí que no pueda compartirse la opinión de parte de la doctrina de que el desarrollo de los servicios de iniciación supone un paso hacia la desintermediación de los pagos⁵².

en todo caso directo. Como se verá a continuación, precisamente era el acceso indirecto el que generaba un riesgo para los usuarios y el mercado.

⁴⁹ Esto es, identificador y contraseña. Además, dado que esta operación entraña un riesgo de fraude, será de aplicación la obligación de autenticación reforzada, por ejemplo, mediante el envío de un SMS de confirmación (*vid.* art. 68.1.c) RDLSP).

⁵⁰ En este sentido también WANDHÖFER, R., «Title IV, Chapter 5 (arts. 95-98)» en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment...*, *op. cit.*, pp. 189-208 (p. 201).

⁵¹ Esta interpretación, requiere compartir la interpretación sostenida en esta tesis (*vid. supra* «III. 5. La adquisición de operaciones de pago») que cuando la definición del servicio de adquisición habla de «aceptar y procesar» las operaciones de pago, no es imprescindible que el adquirente entre en posesión de los fondos para que concurra el servicio de pago regulado. De ello depende que el contrato celebrado entre el PSIP y el comerciante sea o no un contrato de adquisición de operaciones de pago y, por ende, tenga la consideración de contrato marco de servicios de pago, sujeto a sus previsiones específicas —fundamentalmente en materia de información y transparencia—.

⁵² *vid.*, entre otros, PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...* *op. cit.*, p. 139; ALONSO LEDESMA, C., «La desintermediación en los medios de pago» en MUÑOZ PÉREZ, A.F., (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 483-503

Al contrario, implica la intervención de un intermediario más. Lo que ocurre es que este no es una entidad de crédito o una gran marca de tarjetas. En este sentido, lo que sí puede concluirse es que la regularización de los servicios de iniciación de pagos supone un impulso legislativo a la desintermediación *bancaria* del mercado de pagos⁵³.

Se habla de regularización porque los servicios de iniciación de pagos no son de nueva creación; ya se ofrecían en el mercado con anterioridad a la Segunda Directiva de servicios de pago, lo que ocurre es que quedaban exentos de la aplicación de la Primera Directiva de servicios de pago —aunque no de otras normas⁵⁴— porque, como se ha dicho, eran considerados servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago. Y, en cierto modo, siguen siéndolo, pero ahora son, podríamos decir, la exclusión de la exclusión: el art. 4.j) RDLSP mantiene la exclusión de «los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos» pero «con exclusión de los servicios de iniciación de pagos y servicios de información sobre cuentas».

No obstante, podría discutirse que, cuando el servicio técnico es prestado al usuario final de servicios de pago en lugar de al proveedor, tal actividad debería quedar sujeta a las normas de pagos. Precisamente porque el desarrollo tecnológico augura —o más bien, evidencia— nuevos desarrollos del estilo del servicio de iniciación, es decir, soluciones tecnológicas a una parte del proceso de pago y no a todo⁵⁵. En todo caso y especialmente si estos productos o servicios se ofrecen al usuario final, se plantearán retos de seguridad y protección de los intereses de los usuarios, como ya sucedió con el servicio de iniciación de pagos, que podrían minimizarse con un régimen jurídico específico y coherente con la regulación de la prestación de servicios de pago *stricto sensu*⁵⁶.

(p. 483); ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Digitalización y medios de pago: hacia un nuevo modelo de integración del sistema de pagos minoristas» en *ibid.*, pp. 504-526.

⁵³ El tema de la desintermediación se desarrolla con mayor detalle, con disculpas por la autocita, en CASTILLO OLANO, A.: «*Distributed Ledger Technology* en el mercado de pagos: más allá de las criptomonedas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 27, 2020, pp. 96-98.

⁵⁴ En este sentido, PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Nuevas alternativas...», *op. cit.*, p. 7/23. Estos proveedores sí estaban sujetos a las normas de protección de los consumidores, de sociedad de la información y de protección de datos.

⁵⁵ En este sentido, HEMPEL, M., y TUR HARTMANN, F., «La digitalización de los servicios financieros y su impacto en los medios de pago» en *Papeles de Economía Española*, núm. 149, 2016, pp. 62-77 (p. 72), quienes señalan que «[l]a innovación en los pagos minoristas no solo cubre la renovación de diferentes elementos de la cadena de pago sino que también abarca la aparición de nuevos servicios que utilizan los instrumentos de pago ya existentes».

⁵⁶ De hecho, es lo que ha ocurrido también con la aplicación de la obligación de autenticación reforzada y la intervención de proveedores de tokenización de tarjetas (como Apple Pay o Goole Pay), cuestión que sí parece que va a ser abordada por el próximo Reglamento de Servicios de Pago, precisamente, en el sentido de obligar a los proveedores técnicos a cumplir con ciertas obligaciones de seguridad.

Precisamente, los servicios de iniciación de pagos —junto con el servicio de información sobre cuentas, a los que en conjunto se denomina servicios terceros⁵⁷— se incluyeron en la enumeración de la Segunda Directiva de servicios de pago porque, no estando sujetos a su predecesora, su prestación había planteado problemas de protección de los consumidores relacionados con la seguridad, la responsabilidad, la competencia y la protección de datos⁵⁸. El mayor foco de tensión venía dado por la técnica que utilizaban los proveedores terceros para acceder las cuentas de los usuarios: habitualmente el *screen scraping*. Esta técnica consiste en acceder al sistema de banca online del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta con las credenciales del usuario igual que lo haría él mismo y, mediante ingeniería inversa, «extraer de una representación de datos mostrados en una pantalla (a través de una página web o de un archivo pdf, por ejemplo) los propios datos que conforman la representación para volcarlos en otra aplicación»⁵⁹. El problema es que en este procedimiento el proveedor tercero no se identificaba ante el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta sino que «suplantaba» al usuario y accedía a más información de la estrictamente necesaria para la prestación del servicio de iniciación, generando dudas sobre la consciencia del usuario en cuanto al alcance de su consentimiento e imposibilitando al gestor de cuenta la diferenciación entre un acceso legítimo por parte de un proveedor tercero y un intento de fraude.

Por tanto, la razón fundamental para regular la prestación de los servicios de iniciación de pagos —y de información sobre cuentas— es la protección del usuario.

Sin embargo, la doctrina ha abordado esta novedad desde un punto de vista fundamentalmente subjetivo, centrado en los proveedores, y hay razones para ello. Por un lado, al no entrar en posesión de los fondos de los usuarios, los TPPs pueden someterse a un régimen administrativo menos riguroso que el previsto para las entidades de pago «normales». La utilización de los servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas se configura como un derecho para los usuarios de servicios de pago que los PSPGC deben respetar⁶⁰

⁵⁷ Y a sus prestadores, «proveedores terceros» o TPP(s), por sus siglas en inglés «third party providers», en alusión a que no son ni el usuario ni el gestor de cuenta. Aunque no se comparte del todo la conveniencia de usar esta denominación por falta de precisión —lo que se abordará en el epígrafe dedicado a los proveedores de servicios de pago—, se utilizan en alguna ocasión para simplificar la redacción y aligerar su lectura.

⁵⁸ Considerando 29 DSP2.

⁵⁹ CONESA, C.; GORJÓN, S. y RUBIO, G., «Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago, la PSD2» en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 35, 2018, pp. 81-101 (p. 88).

⁶⁰ Arts. 7 y 38.1 RDLSP. En este sentido, el Considerando 69 exige que «los términos y condiciones y demás obligaciones impuestas por el proveedor de servicios de pago a los usuarios de servicios de pago en relación con la protección de las credenciales de seguridad personalizadas han de redactarse de manera que no impidan a los usuarios de servicios de pago beneficiarse

y facilitar, en tanto están obligados a establecer canales seguros de comunicación entre ellos y los proveedores terceros para que estos puedan acceder a las cuentas de los usuarios con el fin de prestar sus servicios de forma segura⁶¹, a pesar de no poder obtener beneficio con ello⁶² ya que no es preciso que medie una relación contractual entre los proveedores de servicios de pago terceros y los gestores de cuenta —y de hecho, la ausencia de relación entre proveedores es lo más habitual—, siendo la propia norma de pagos la que determina los derechos y obligaciones de cada prestador y el reparto de responsabilidades entre ambos. En suma, se obliga a los PSP tradicionales —generalmente entidades de crédito— a permitir a otras entidades potencialmente competidoras el acceso a un activo muy valioso de su negocio: la información financiera de sus clientes —en mayor o menor medida según el servicio del que se trate—. He aquí la clave del tratamiento doctrinal de esta materia y otra de las causas de la regulación de estos servicios: el fomento de la competencia en el mercado de pagos⁶³.

2.2. *El servicio de información sobre cuentas*

Junto con el de iniciación de pagos, la Segunda Directiva de servicios de pago tipifica también el servicio de información sobre cuentas, enumerado en la norma nacional en el art. 1.2.h) RDLSP. De nuevo, se trata de un servicio más técnico que de pago, excluido del ámbito de aplicación de la Primera Directiva, cuya regulación deviene necesaria debido al riesgo que supone la forma de prestación en el mercado —pues también los proveedores de servicios de información sobre

de las ventajas de los servicios ofrecidos por otros proveedores de servicios de pago, incluidos los servicios de iniciación de pagos y los de información sobre cuentas».

⁶¹ *vid.* arts. 38.4.a) y 39.2.a) RDLSP y Considerandos 30 y 93 DSP2. Como se verá en el capítulo correspondiente, precisamente una de las grandes novedades de la Segunda Directiva de servicios de pago es prever el régimen de acceso por parte de proveedores terceros a las cuentas de pago de los usuarios, que debe hacerse de conformidad con los arts. 66 a 68 DSP2 y el Reglamento Delegado de autenticación reforzada, a través de lo que se conoce como API (interfaz de programación de aplicación), un conjunto de definiciones y protocolos que se utiliza para desarrollar e integrar el software de las aplicaciones, permitiendo la comunicación entre dos aplicaciones de software a través de un conjunto de reglas informáticas.

⁶² CONESA, C.; GORJÓN, S. y RUBIO, G., «Un nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 89.

⁶³ Considerando 33. Al respecto, *vid.* BUESO GUILLÉN, P.-J., «Servicios de pago, sistemas de pago y derecho de la competencia» en MARTÍ (dir.) RODILLA (coord.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 215-232 (pp. 222 a 225). Sobre algunos de los problemas más recientes en materia de competencia en el mercado de pagos *vid.*: FRANCK, J.-U. y LINARDATOS, D., «Germany's "Lex Apple Pay": Payment Services Regulation Overtakes Competition Enforcement» en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, Núm. 2, 2021, pp. 68-81 y BUESO GUILLÉN, P.-J., «Aproximación al tratamiento antitrust de las conductas de los guardianes de acceso en el mercado digital de servicios de pago» en ROBLES MARTÍN-LABORDA y OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 425- 443.

cuentas, en adelante PSIC(s), utilizaban mayoritariamente la técnica del *screen scraping*—.

Se define como el «servicio en línea cuya finalidad consiste en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago» (art. 3.38 RDLSP). Es lo que coloquialmente se ha denominado un agregador de cuentas, difuminándose los límites entre la interfaz de usuario —ya sea a través de una página web o de una aplicación móvil—, el servicio en sí, el contrato y el prestador. En suma, se trata de un servicio *on line* consistente en la recopilación y presentación conjunta —en este sentido se dice que es «información agregada»— de la información de una o varias cuentas de pago, que «permite al usuario del servicio de pago tener en todo momento una visión global e inmediata de su situación financiera»⁶⁴ y que, a menudo, se complementa con sugerencias personalizadas para una gestión más eficiente⁶⁵.

Se trata de un servicio *on line* no sólo porque necesariamente se presta a través de internet sino porque, además, solo puede prestarse respecto de las cuentas que sean accesibles en línea (art. 7 RDLSP). Nótese que la definición establece claramente que el servicio se refiere tan solo a las cuentas de pago, por tanto, el régimen previsto en la normativa limita su objeto a este tipo de cuentas, lo que no obsta a que los proveedores de servicios de pago gestores de cuentas decidan voluntariamente compartir información sobre otro tipo de cuentas o productos (cuentas instrumentales, depósitos, créditos, fondos de inversión, de pensiones, etc.)⁶⁶.

Elemento característico y aparentemente constitutivo del servicio, dada la definición legal, es que al menos una de las cuentas de pago cuya información se agrega a la de otras, debe estar abierta en un proveedor distinto al prestador del servicio de iniciación. Lo cual lleva a la conclusión de que si el servicio de información es prestado por un PSP que es además el gestor de todas las cuentas cuya información se

⁶⁴ Considerando 28 DSP2. La doctrina ha señalado que, al presentarse la información al usuario de una manera más inteligible e instructiva, este puede tomar decisiones con respecto a su comportamiento financiero más coherentes con sus necesidades específicas (*vid.* ALONSO LEDESMA, C., «Los nuevos proveedores...», *op. cit.*, p. 25, así como en «La desintermediación...», *op. cit.*, p. 494).

⁶⁵ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., «*Financial innovation in the digital age: challenges for regulation and supervision*» en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 32, 2017, pp. 9-37 (p. 27) y ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., «La transformación del tradicional sistema de pagos: los nuevos terceros proveedores tras el RDLSP» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 156, 2019, p. 20/45 (versión digital).

⁶⁶ En este sentido, ROMERO FERNÁNDEZ considera que el RDLSP supone un impulso al *open banking* y puede ser el punto de partida para este fenómeno de que, especialmente los bancos, compartan más información (*Ibid.* p. 23/45).

recopila y presenta de forma agregada no se trata, a los efectos de la aplicación del RDLSP, de un servicio de pago regulado. Ello tampoco parece tener mayor trascendencia práctica, en la medida en que todo el régimen jurídico de este servicio se reduce, como se verá, a las normas de acceso a las cuentas de pago del usuario, cuya regulación resulta del todo innecesaria cuando el propio PSPGC es quien ofrece el servicio de agregación. Eso sí, en el momento en el que el usuario pretenda añadir la información de una cuenta de pago gestionada por otro proveedor, el servicio tornará sujeto al RDLSP.

Merece la pena llamar la atención sobre un modelo de negocio del que los estudios doctrinales no se han hecho eco pero que, en principio, podría constituir también un supuesto de servicio de información sobre cuentas. Es aquel en el que, respetando la necesidad de consentimiento del usuario de servicio de pago y la legislación aplicable, incluida la de protección de datos, la información de varias cuentas se recopila y agrega para que un tercero diferente al usuario de servicios de pago acceda a ella. Y es que ni la definición del servicio ni su régimen jurídico requieren que la información se le presente al usuario de servicio de pago⁶⁷.

En los mismos términos que el servicio de iniciación de pagos, la utilización del servicio de información sobre cuentas se configura como un derecho del usuario de servicios de pago y así se establece en el art. 7 RDLSP, no estando supeditada su prestación a la existencia de una relación contractual entre el proveedor de servicios de información sobre cuentas y el PSPGC. También en este caso, como en cualquier relación contractual, es necesario el consentimiento del usuario que, con frecuencia, viene dado por la cesión de las credenciales de seguridad personalizadas para el acceso a sus cuentas de pago, abiertas en diferentes proveedores de servicios de pago gestores de cuentas.

El régimen jurídico de prestación del servicio de información sobre cuentas será analizado en el capítulo correspondiente. Baste ahora adelantar que, si bien la relación contractual que mediará entre el usuario y el proveedor de servicios de información sobre cuentas será de carácter duradero, no puede calificarse como contrato marco de servicios de pago puesto que no «rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas»⁶⁸.

⁶⁷ *vid.* arts. 3.38, 7 y 39.1 RDLSP. Esta ha sido la interpretación del Director General de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Unión de los Mercados de Capitales de la Comisión Europea en su respuesta a la Q&A 2018_4098, sobre un PSIC que hacía disponible la información a una empresa de auditoría con el permiso del usuario de servicios de pago y cumpliendo con las disposiciones pertinentes tanto de la DSP2 como del RGPD y demás legislación aplicable.

⁶⁸ Art. 3.9 RDLSP. Una operación de pago es la acción consistente bien en ingresar, transferir o retirar fondos (art. 3.26 RDLSP), lo cual no es objeto del contrato de información sobre cuentas.

Asimismo, todo lo indicado anteriormente sobre el servicio de iniciación de pagos respecto a la ausencia de posesión de los fondos por parte del proveedor de servicios de información sobre cuentas, el régimen administrativo menos riguroso de los prestadores —que únicamente presten el servicio de información sobre cuentas—, y las razones para su regulación, así como para el tratamiento doctrinal centrado en los proveedores, es predicable también del servicio de información sobre cuentas. Quizás en este caso sea incluso más llamativo el escaso interés que la doctrina ha dispensado al servicio en sí, centrándose de manera casi exclusiva en los prestadores. Si bien ello es comprensible, teniendo en cuenta: por un lado, el impulso a la competencia que puede suponer la circulación de la información financiera y, por otro, que para las entidades que únicamente presenten el servicio de información sobre cuentas (en adelante, EPSIC⁶⁹) los art. 15 RDLSP y 3 y ss. del RDRJSP no prevén un régimen de autorización administrativa, siendo suficiente con el mero registro del proveedor. Sin embargo, lo más habitual es que los PSP no presten únicamente el servicio de información y, por tanto, requieran en todo caso de la correspondiente autorización como cualquiera de las entidades a las que la ley reserva la prestación de servicios de pago (*vid.* art. 5 RDLSP)⁷⁰.

Del propio servicio, igual que ocurre con el de iniciación de pagos, se deriva que solo en el caso de que las cuentas de pago sean accesibles en línea, debe garantizarse que los TPPs tengan acceso a las mismas. Pero los servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas son absolutamente diversos, ya que en el de información sobre cuentas el prestador no interviene en ninguna operación de pago: únicamente ofrece un servicio que podría denominarse —aunque suene redundante— informativo, que permite al usuario una mejor gestión de sus cuentas. Y sin embargo, el PSIC tiene acceso a muchísima más información que el PSIP, puesto que el propio servicio lo requiere: mientras que la prestación del servicio de iniciación de pagos implica que el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta debe confirmar la disponibilidad de

⁶⁹ Nótese que la abreviatura PSIC puede hacer referencia a cualquier proveedor de servicios de pago que preste el servicio de información sobre cuentas. La abreviatura EPSIC, correspondiente a entidad prestadora del servicio de información sobre cuentas (*vid.* arts. 15.2. *in fine*; 18.3 y 5; y 22 RDLSP) se refiere a aquellas entidades que, sin ser objeto de autorización, están registradas ante la autoridad competente pudiendo prestar *ope legis* únicamente el servicio de información sobre cuentas.

⁷⁰ A fecha 11 de noviembre de 2025, solo siete entidades están registradas en el Banco de España para prestar únicamente el servicio de información sobre cuentas. Pueden contrastarse estos datos en el servicio de consulta en línea del registro de entidades del Banco de España: http://app.bde.es/ren_www/InicioSesion. De acuerdo con el registro de la ABE, en total, 133 entidades de pago, entidades de dinero electrónico y entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas establecidas en la UE podían prestar este servicio en España más todas las entidades de crédito de la UE. En la misma fecha, solo 102 entidades estaban registradas en toda la UE como entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas, de las 358 compañías que en total, sin contar con las entidades de crédito, podían prestar este servicio. El registro de la ABE puede consultarse en: <https://euclid.eba.europa.eu/register/>.

un importe X y que se ha iniciado una transferencia correctamente, para la prestación del servicio de información sobre cuentas el PSIC debe acceder a todos los datos de la cuenta de pago, particularmente, a todos sus movimientos. Por eso, no debe sorprender que los proveedores de servicios de pago tradicionales hayan comenzado a ofrecer el servicio de información sobre cuentas a sus clientes⁷¹. Y es que, desde un punto de vista competencial, el servicio de información sobre cuentas puede jugar un papel mucho más importante que el de iniciación de pagos, y no necesariamente —o no solo— en el mercado de pagos.

Los datos generados en la gestión de una cuenta de pago ofrecen una gran cantidad de información con un elevado valor comercial, especialmente para fines de marketing personalizado y evaluación de solvencia. Esta información resultará de interés en muchos sectores, pero, de manera particular, puede ser objeto de asaz explotación en el sector financiero⁷². Curiosamente, quizás es en el mercado de pagos donde menor utilidad tienen, ya que los servicios de pago que pueden ofrecerse a un usuario son más limitados y menos lucrativos en el corto plazo que otro tipo de productos financieros. En cambio, los créditos, productos y servicios de inversión o los seguros son productos fácil y rentablemente personalizables con base en la información que puede obtenerse a través de las cuentas de pago de los usuarios. De ahí el gran interés que este servicio de pago ha despertado entre los operadores tradicionales del mercado financiero y, en el fondo, de todo el movimiento *open banking*⁷³.

⁷¹ Por ejemplo, el Servicio de Agregación del BBVA: <https://www.bbva.es/personas/banca-online/agregador-cuentas-bancarias.html> (consultado por última vez el 12/02/2023). Este fenómeno fue ya previsto por HEMPEL y TUR quienes señalaba que «[i]ndirectamente, la Directiva también tiene el potencial de incentivar a los bancos a innovar para evitar que el negocio vaya a parar exclusivamente a estos nuevos actores no bancarios y anima a su vez a ambos actores a estimular nuevos modelos de negocio basados en la colaboración entre los proveedores de servicios de pago tradicionales y los nuevos operadores no bancarios» (HEMPEL, M., y TUR HARTMANN, F., «La digitalización...», *op. cit.*, p. 72).

⁷² En este sentido, la doctrina ha señalado que la expansión del servicio de información sobre cuentas puede acabar con la posición dominante las entidades de crédito han ostentado sobre la información financiera de los consumidores, abriendo la puerta a nuevos competidores que podrían convertirse en intermediarios de productos financieros «que compitan con el modelo bancario actual, basado en la venta cruzada, dando lugar a nuevos nichos de mercado que permitan identificar perfiles concretos de alta rentabilidad y trabajar con ellos» (*vid.* PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico... op. cit.*, p. 164 y TREVIJANO, C., «Tendencias clave del mercado de medios de pago en el contexto de la directiva PSD2» en *Anuario IEB de Banca Digital y Fintech*, 2017, pp. 191 y 192). Un ejemplo de esta tendencia lo constituye, por ejemplo, FINTONIC S.L. empresa autorizada para la prestación de servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas que ha diversificado su actividad notablemente, ofreciendo multitud de servicios diversos, algunos no regulados u otros regulados, prestados a través de acuerdos comerciales con compañías autorizadas en el respectivo ramo de actividad (seguro de recibos, calificación crediticia y búsqueda de préstamos, cuentas de pago...).

⁷³ ZUNZUNEGUI, F., «La digitalización de los servicios de pago» en *Revista del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2018, *passim* (en particular, pp. 8-12).

3. El contrato marco de servicios de pago

Un contrato marco de servicios de pago es aquel que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas. Todo añadido a esta definición no hace sino llevar a confusión, lo que se evidencia en los primeros estudios sobre servicios de pago, en los que se contemplaba el contrato marco como un contrato accesorio al contrato del servicio de pago específico celebrado con la entidad⁷⁴.

Desde el punto de vista del Derecho positivo español, particularmente dudosa es la conveniencia de incluir en la propia definición legal una referencia como la contenida al final del art. 3.9 RDLSP, que tras determinar que el contrato marco es aquel contrato que rige la ejecución futura de operaciones de pago señala que «puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones para ello». Tal alusión continúa, a día de hoy, introduciendo confusión para el estudio de los servicios de pago, en especial en relación a los servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas⁷⁵. De ahí la necesidad, primero, de analizar el concepto de contrato marco y, segundo, de proponer una tercera calificación que complete, junto con los contratos de operación de pago singular, el elenco de tipologías de contrato de servicios de pago regulados: la de contrato de servicios complementarios.

Quizás el problema de fondo traiga causa del hecho de que la definición legal del contrato marco no sea del todo apropiada. En la propuesta de Primera Directiva de servicios de pago del año 2005 esta no se incluía en su art. 4 (definiciones), sino en su art. 29 que delimitaba el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título III que, como el capítulo 3 de la vigente Segunda Directiva de servicios de pago, se refería a la transparencia de las condiciones de los servicios de pago cuando se tratase de contratos marco. Lo relevante de que la definición se localizase ahí es que su origen y contenido viene condicionado por esta función delimitadora de la aplicabilidad de unas normas concretas. Y dicho contenido se ha mantenido invariable hasta la actualidad, aunque la redacción se modificase ligeramente durante

⁷⁴ MELERO entendía que el «contrato marco de servicios de pago suscrito con la entidad proveedora [...] convivirá con el contrato singular e cuenta corriente o de tarjeta convenido con ésta», de modo tal que «el llamado contrato marco se configura como un contrato accesorio del contrato de servicio de pago que se convenga con la entidad proveedora del servicio» (MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 71).

⁷⁵ PEÑAS MOYANO sostiene que la razón de que no sea preciso suscribir un contrato marco para la prestación de servicios de iniciación de pagos o de información sobre cuentas es que «ninguno de estos servicios genera por sí mismo una cuenta de pago, sino que se utilizan las cuentas ya existentes de otros proveedores» (PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, p. 102). Sin embargo, como se ha adelantado anteriormente y enseguida se desarrollará, la razón es que estos servicios no implican la ejecución de una operación de pago.

el proceso legislativo hasta la publicación definitiva de la Primera Directiva de servicios de pago⁷⁶.

En cualquier caso, la clave de la definición es la función que cumple a la hora de distinguir cuándo ha de aplicarse un régimen de transparencia más detallado, en contraposición al más aligerado aplicable a lo que la Primera Directiva de servicios de pago denominaba operaciones de pago único (hoy operaciones de pago singular). La relevancia de esta disquisición es que el contenido de la definición de contrato marco gira en torno al concepto de operación de pago en lugar de referirse de manera más genérica a la prestación de servicios de pago. Sin embargo, ya hemos indicado que no toda prestación de un servicio de pago regulado conlleva la ejecución de una operación de pago. Los ejemplos más evidentes son los servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas, aunque también determinados contratos de emisión de instrumento de pago pueden no incluir dentro de su objeto la ejecución de las operaciones propiamente dicha. Conviene llamar la atención sobre el considerando 57 de la Segunda Directiva de servicios de pago que, en lo que aquí interesa, es idéntico al considerando 24 de su predecesora. Señala expresamente que «[s]i existe una cuenta de pago o un instrumento de pago específico, se requiere un contrato marco». Esta afirmación, que *a priori* podría parecer esclarecedora, también puede llevar a error. No debería entenderse en el sentido de que siempre que exista un contrato de emisión de instrumento de pago debe haber un contrato marco, pues no todo contrato de emisión conlleva la ejecución de operaciones de pago. Además, la propia literalidad del considerando alude a la existencia de un instrumento, no de un contrato de emisión. Pero tampoco hay que entender esta referencia como una lista de contratos marco de servicios de pago, y mucho menos, como una lista *numerus clausus*.

No existe un único contrato marco como modelo predeterminado, ni el contrato marco tiene individualidad propia en el sentido de ser un contrato específico, se trata obviamente de una calificación jurídica. Cuando en este trabajo se utiliza la expresión de contratos específicos⁷⁷, se hace referencia a contratos cuyo objeto es la prestación de uno o

⁷⁶ De hecho, ese originario art. 29 tenía una bondad y es que la referencia a la apertura de una cuenta de pago parecía algo más clara y deslindada de la definición de contrato marco *per se*: «El presente Capítulo contempla las operaciones de pago reguladas por acuerdos de servicios de pago caracterizados por comprometer a un proveedor de servicios de pago a ejecutar en el futuro una serie de operaciones de pago sucesivas o individuales a instancias del ordenante siempre y cuando se cumplan las condiciones acordadas. Dicho acuerdo, en lo sucesivo denominado “contrato marco”, podrá recoger las obligaciones y condiciones que deben cumplirse para abrir una cuenta de pago».

⁷⁷ MELERO BOSCH se refería a «contratos singulares» de servicios de pago, pero esta denominación puede confundirse con las operaciones de pago singular, razón por la que se propone la de «contratos específicos».

varios servicios de pago regulados. Ninguno de ellos es un contrato típico en el sentido clásico del término. Y esto también es una singularidad del Derecho de los servicios de pago. Si bien contamos con un régimen jurídico específico aplicable a los servicios de pago, no es un régimen completo ni el Derecho positivo ha individualizado los contratos específicos de servicios de pago. A pesar de que en el tráfico económico muchos de ellos han adquirido cierta autonomía, la ley no establece ni una lista de contratos nominados, ni un régimen concreto aplicable a ninguno de ellos que lo distinga de los demás. Lo que prevé el RDLSP es un régimen jurídico común para la mayoría de contratos de servicios de pago, con especialidades en función de si el contrato regula la ejecución de una sola operación de pago —singular— o si, por el contrario, está llamado a dar cobertura a la ejecución de varias operaciones de pago —contrato marco—.

Y en este mismo plano de análisis contractual se propone, desde una perspectiva teórica —pero, por supuesto, con consecuencias prácticas— una tercera calificación posible para aquellos servicios regulados que no suponen la ejecución de una operación de pago: la de contrato de servicios de pago complementarios. La calificación de todo contrato de servicios de pago conforme a uno de estas tres subcategorías debe deducirse en cada caso, pues si bien es cierto que la mayoría de servicios de pago regulados tienden naturalmente, por su propio contenido, a insertarse en una de las tres subcategorías, no lo es menos que dependiendo de cómo se configure la relación contractual, esta puede subsumirse en una u otra categoría. Son ejemplos de contratos específicos de servicios de pago el contrato de cuenta de pago o el de tarjeta —aunque, en realidad, estas denominaciones no son del todo apropiadas jurídicamente, como se analizará más adelante, ya que no se corresponden totalmente con el objeto del contrato—.

Sucede que el contrato de cuenta de pago es siempre un contrato marco porque sus condiciones regulan la ejecución de varias operaciones de pago. El contrato de tarjeta, sin embargo, puede ser un contrato marco de servicios de pago cuando su objeto incluya la emisión del instrumento y el procesamiento de las operaciones efectuadas con el mismo; o, por el contrario, puede ser un contrato de servicio complementario si el objeto se circunscribe a la emisión de la tarjeta. Otro ejemplo de esta diversidad lo encontramos en el contrato de envío de dinero: se configura habitualmente como un contrato de operación de pago singular en el que el objeto lo constituye la ejecución de un solo envío, pero nada obsta a que se suscriba un contrato que regule las condiciones de futuras y sucesivas operaciones de envío de dinero, debiendo calificarse entonces como contrato marco.

La característica común y definitoria de aquellos acuerdos que puedan calificarse como contratos marco de servicios de pago es que

son contratos de tracto sucesivo, que vinculan al proveedor y al usuario con carácter duradero. Pero no deja de ser llamativo que la prestación de ciertos servicios de pago regulados, incluso con carácter duradero, no pueda calificarse como contrato marco de servicios de pago. De ahí el recelo que despierta la definición legal del art. 3.9 RDLSP. Quizás sería más apropiado, para englobarlos a todos, que contrato marco de servicios de pago fuese todo aquel que rige la prestación continuada de servicios de pago regulados. Además, esta definición tendría la ventaja de que permite que un contrato marco lo sea para la prestación de diferentes servicios de pago (que es lo que pasa en la práctica). Desligar el concepto de operación de pago del de contrato marco dotaría a este de mayor duración y extendería, a mi juicio coherentemente, la aplicabilidad de un régimen jurídico más tuitivo para el usuario a servicios de pago que, actualmente, cuentan con un régimen de *minimis*. Esta actualización que necesariamente requeriría de una modificación legal haría decaer la propuesta doctrinal de un tercer tipo de contrato de servicio de pago que, por otro lado, está más alineada con el principio económico de mínima intervención en la iniciativa privada y con el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales.

Debe descartarse también la identificación del contrato marco con las condiciones generales de contratación⁷⁸. Aunque efectivamente es muy probable que las cláusulas que establezcan el contenido mínimo del contrato exigido por el art. 14 OTSP sean predisuestas por el proveedor de servicios de pago, su incorporación al contrato también sea impuesta por este y hayan sido redactadas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos, es decir, que dichas cláusulas constituyan condiciones generales de la contratación *ex art.* 1.1 LCGC, hay dos razones que impiden afirmar siempre y en todo caso la identidad entre el contrato marco y las condiciones generales de un contrato de servicios de pago. Si atendemos al contenido del contrato, no será infrecuente que algunos de los aspectos que constituyen el contenido mínimo del contrato marco sean negociados por las partes, por ejemplo, los concretos servicios de pago que vayan a proporcionarse o la forma de comunicación entre el usuario y la entidad; pero es que el contrato también puede incluir aspectos adicionales no enumerados en el art. 14 OTSP que, por supuesto, no necesariamente serán cláusulas no negociadas individualmente. Debe tenerse en cuenta, además, que el contrato marco no es un único contrato específico o una parte del mismo, es una calificación predicable de todo contrato que rija la ejecución futura de operaciones de pago, inherente al contrato en su completitud y no a una parte del mismo. Dicho con otras palabras, integran el contrato marco tanto las condiciones generales como las particulares.

⁷⁸ Generalización que ha defendido, por ejemplo, MELERO BOSCH, M. L., Los contratos..., *op. cit.*, p. 72.

El contrato marco de servicios de pago es la única categoría a la que el RDLSP se refiere expresamente como contrato, pero ello no implica que sea la único. Sin embargo, sí es cierto que es el que está sujeto a un régimen jurídico más estricto. Primero, porque desde el punto de vista económico la relevancia de los contratos marco es muy superior a la de las operaciones de pago singular⁷⁹ o a la de los contratos que en este trabajo se han venido a denominar de servicios complementarios. Y segundo, porque la relación jurídica vincula a las partes a largo plazo, muy habitualmente, con carácter indefinido —con facultad de resolución por ambas partes— frente a los contratos de operación de pago singular, que por su propia naturaleza tienen una duración breve. Como se verá más adelante, este régimen más riguroso se concreta en unas obligaciones de información y transparencia más exigentes en comparación con las aplicables en sede de operaciones de pago singulares, incluida la ya mencionada previsión de un contenido mínimo del contrato y la necesidad de que este conste en soporte duradero, así como en normas especiales de modificación y resolución del mismo.

4. El contrato de operación de pago singular

El Derecho positivo vigente distingue una segunda subcategoría de contratación de servicios de pago: las operaciones de pago singular. Si bien el RDLSP no se refiere a las relaciones que originan las mismas como contratos, sí lo hace con acierto la Segunda Directiva y la Orden de transparencia de servicios de pago que completa su transposición a nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente que la relación jurídica que origina la ejecución de este tipo de operaciones debe ser necesariamente de carácter contractual y su ejecución será el objeto del contrato.

Si una operación de pago se define como una acción iniciada por un usuario de servicios de pago, consistente en ingresar, transferir o retirar fondos, independiente de cualesquiera obligaciones subyacentes (art. 3.26 RDLSP), son operaciones de pago singular aquellas que no están sujetas a un contrato marco. La ley española no recoge de manera expresa esta definición que, sin embargo, sí contiene el art. 43 DSP2 a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de las obligaciones de información y transparencia aplicables a estas operaciones, y que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento a través del art. 7 OTSP. Como sucedía en la propuesta de Primera Directiva de servicios de pago con el contrato marco, este tipo de operaciones se definen para delimitar el ámbito objetivo de aplicación del título III de la Directiva. Se trata, por tanto, de definiciones funcionales, diseñadas no tanto desde el punto de vista contractual, sino normativo. Siendo central el concepto de operación de pago quedan fuera los servicios que no originan ningun-

⁷⁹ Considerando 57 DSP2.

na, y a pesar de ello el capítulo 2 del título III de la Segunda Directiva de servicios de pago contiene un par de disposiciones en relación a los proveedores de servicios de iniciación de pagos, cuya coherencia y lógica sistemática se discutirá en epígrafes siguientes, pues se plantea la duda de si el legislador europeo entiende que el servicio de iniciación supone la ejecución de una operación de pago singular.

La peculiaridad de los contratos en los que el proveedor se compromete a ejecutar una operación de pago singular es que son contratos de tracto único, basados en una relación puntual. De nuevo, habrá un contrato específico de servicios de pago cuyo objeto será la ejecución de una única operación de pago a través de un servicio en concreto. Podrían ser ejemplos, el envío de dinero puntual o la retirada de efectivo mediante cajero automático de una entidad distinta al proveedor de servicios de pago gestor de cuenta.

Otra característica de estos contratos frente al contrato marco es que solo deberán constar en soporte duradero a petición del usuario. De hecho, la dinámica contractual en el caso de contratos de operaciones de pago singular determina que con frecuencia el acuerdo no se documente propiamente. Piénsese en la retirada de efectivo de un cajero automático titularidad de un PSP que no es el gestor de cuenta del cliente: no sería práctico, ni tendría sentido requerir la firma de un contrato por escrito para esta operación. Sin embargo, ello no obsta para que sean aplicables determinadas obligaciones de información y transparencia al proveedor del servicio puntual que aseguren que el usuario consiente la relación contractual con conocimiento de causa. Emitida la orden de pago⁸⁰ por el usuario, cumplidas las obligaciones de información por parte del proveedor y, en su caso, pagado el precio correspondiente, una vez finalizada la ejecución de la operación de pago singular el contrato se extingue (art. 1156 CC).

5. El contrato de servicios complementarios

La última subcategoría de contrato que proponemos es la de los contratos de servicios complementarios a los de pago. Hasta este momento, ni el Derecho positivo, ni la jurisprudencia, ni la doctrina se han referido a este tercer miembro de la clasificación. Pero creemos necesaria su conceptualización a la vista de que la contratación de determinados servicios de pago regulados no encaja en el concepto de contrato marco, pero tampoco conlleva la ejecución de una operación de pago singular,

⁸⁰ Definida como «toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago» por el art. 3.28 RDLSP.

a pesar de lo cual las normas de pagos prevén algunas disposiciones que determinan un régimen jurídico específico para estos servicios.

Dadas las definiciones legales de contrato marco, de operación de pago y de operación de pago singular, no es factible encajar en las dos primeras subcategorías —contrato marco o contrato de operación de pago singular— la prestación de los servicios de iniciación de pagos, de información sobre cuentas o de mera emisión de un instrumento de pago. Y ello porque estas actividades no consisten en la ejecución de una acción de ingreso, transferencia o retirada de fondos. El servicio de iniciación de pagos es aquel que permite iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago (art. 3.39 RDLSP). Por otro lado, el servicio de información sobre cuentas consiste en facilitar en línea información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago (art. 3.38 RDLSP). Y el de emisión de instrumentos de pago es aquel en el cual un proveedor de servicios de pago se compromete mediante contrato a proporcionar a un ordenante un instrumento de pago que permite iniciar y procesar las operaciones de pago del ordenante (art. 3.14 RDLSP). Por lo mismo, determinados modelos de negocio de adquisición sujetos al RDLSP también podrían calificarse como servicios complementarios si su prestación no conlleva la posesión de los fondos de los usuarios. Con carácter general, el art. 3.2 RDLSP define el servicio de adquisición de operaciones de pago como aquel prestado por un proveedor de servicios de pago que ha convenido mediante contrato con un beneficiario en aceptar y procesar las operaciones de pago, de modo que se produzca una transferencia de fondos al beneficiario, aunque debe señalarse que los servicios meramente técnicos, «como el simple tratamiento y conservación de datos o la explotación de los terminales», no son parte del servicio de adquisición⁸¹, quedando excluidos del ámbito de aplicación del RDLSP [art. 4.j)].

Como se decía, los contratos cuyo objeto sea la ejecución de estos servicios no pueden calificarse ni como contratos marco de servicios de pago ni como contratos de operación de pago singular, aunque sí comparten ciertos rasgos con estos. Por ejemplo, como los contratos de operación de pago singular, el contrato de iniciación de pagos es de tracto único, un contrato puntual celebrado entre un usuario de servicios de pago y un proveedor de servicios de pago que debe cumplir con un estricto régimen jurídico para ser autorizado. Sin embargo, el contrato de información sobre cuentas será, generalmente, de carácter duradero y podrá celebrarse con una entidad prestadora del servicio de información sobre cuentas que está sometida a un régimen jurídico

⁸¹ Considerando 10 DSP2.

menos exigente que el general de las entidades de pago (*vid.* art. 15 RDLSP).

IV. ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

1. Los proveedores de servicios de pago

Como es típico en el sistema financiero, los servicios de pago regulados solo pueden ser prestados de forma profesional por determinadas categorías de proveedores establecidas legalmente; esto es, la prestación de servicios de pago es una actividad sujeta a reserva. Ello implica, por un lado, que es la ley la que determina quién puede ejercer dicha actividad y, por otro, que se establece la prohibición de prestar servicios de pago a cualquier persona distinta, prohibición cuyo incumplimiento será sancionado administrativamente.

Así, el art. 5.1 RDLSP determina que solamente pueden ser proveedores de servicios de pago las entidades de crédito⁸², las entidades de dinero electrónico⁸³ y las entidades de pago reguladas en el título I RDLSP, los prestadores de servicios de pago exentos en virtud del art. 14 RDLSP y las entidades prestadoras —exclusivamente— del servicio de información sobre cuentas. Además, puede prestar servicios de pago la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A, en virtud de su normativa específica⁸⁴; y también, cuando no actúen en su condición de autoridades públicas, el Banco Central Europeo, el Banco de España

⁸² Según se definen en el art. 1 LOSSEC, incluidas las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, independientemente de que su administración central esté ubicada en la Unión Europea o en un país que no pertenezca a la misma.

⁸³ De acuerdo con el art. 2.1 b) LDE, incluidas las sucursales en España de entidades de dinero electrónico extranjeras —de nuevo, tanto si su administración central está ubicada en el interior de la Unión Europea como si lo está fuera de ella—, en la medida en que los servicios de pago prestados por las sucursales estén vinculados a la emisión de dinero electrónico.

⁸⁴ El art. 58.2.b) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social determina que el objeto social de esta entidad incluye, entre otras, la prestación de «servicios financieros relacionados con los servicios postales, los servicios de giro y de transferencias monetarias». Actualmente, Correos únicamente ofrece en nombre propio varias modalidades de giro, tanto nacional como internacional (*vid.* <https://www.correos.es/es/es/particulares/dinero-y-compras/envio-de-dinero> y <https://www.correos.es/es/es/particulares/dinero-y-compras/lleva-el-control-de-tu-dinero-y-tus-gastos/correos-cash>), que constituyen envíos de dinero o ingresos o retiradas de efectivo en cuenta de pago; así como un servicio de adquisición de operaciones de pago ofertado a autónomos, pymes y entidades públicas (<https://www.correos.es/es/es/empresas/para-tu-negocio/lleva-el-control-financiero-de-tu-negocio/correos-pay>). Pero, además, tiene acuerdos con otros PSPs autorizados como Western Union (entidad de crédito autorizada en Austria) para el servicio de envío de dinero internacional y PFS Card Services Ireland Limited, Sucursal en España (entidad de dinero electrónico autorizada en Irlanda) junto a la que se ofrece la tarjeta correos prepago (*vid.* <https://www.correos.es/es/es/particulares/dinero-y-compras/lleva-el-control-de-tu-dinero-y-tus-gastos/tarjeta-correos-prepago>).

y los demás bancos centrales nacionales; la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales⁸⁵.

Por su parte, en el apartado 3 del art. 5 RDLSP se establece explícitamente la prohibición de prestar los servicios de pago enumerados en el art. 1.2 RDLSP a cualquier persona física o jurídica que no sea proveedor de servicios de pago o que no esté explícitamente excluida del ámbito de aplicación de la norma de pagos. Es decir, a todas aquellas entidades que en razón de su bajo volumen de operaciones y en virtud del art. 14 RDLSP puedan acogerse a lo que la ley denomina «exención de las entidades de pago» que, en realidad, no es una exención completa sino la previsión de un régimen administrativo especial menos oneroso que el generalmente aplicable a estas entidades financieras. De forma similar, cuando una entidad se dedique únicamente a prestar el servicio de información sobre cuentas, tampoco debe someterse a todo el régimen administrativo establecido para las entidades de pago. Tanto las entidades exentas como las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas deberán estar registradas, lo que implica el control administrativo de su actividad, si bien no son objeto de autorización administrativa *stricto sensu*.

Es necesario completar el listado de proveedores de servicios de pago con la referencia a otros sujetos que también pueden prestar estos servicios: los agentes de aquellos, en nombre de su respectivo principal, así como los establecimientos financieros de crédito híbridos (arts. 6 LFFE y 21 RDRJEFC⁸⁶).

Así, en todo contrato de servicio de pago habrá, al menos, dos partes. Por un lado, el usuario y, por el otro, el proveedor de servicios de pago. Este podrá ser una entidad de pago, una entidad de dinero electrónico, una entidad de crédito, una entidad prestadora del servicio de información sobre cuentas —cuando el servicio en cuestión sea exclusivamente el de información sobre cuentas—, un establecimiento financiero de crédito híbrido o un agente de cualquiera de las anteriores, que no requiere de autorización para ejercer la actividad, pero sí deberá estar inscrito en el Registro de Agentes del Banco de España⁸⁷.

⁸⁵ Este trabajo se centra, por su mayor relevancia en el mercado, en la prestación de servicios por parte de entidades de pago, de dinero electrónico y de crédito, sin hacer especial referencia a los supuestos. que podemos calificar de residuales, de prestación por parte de autoridades públicas, o, a los menos relevantes desde el punto de vista de la tutela de los usuarios de prestación por Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.

⁸⁶ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, LFFE) y Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante RDRJEFC).

⁸⁷ Enlace al Registro de Agentes de entidades del Banco de España: https://app.bde.es/age_www/faces/age_wwwias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp.

Cabe también la posibilidad de que el PSP externalice parte de sus funciones, pero lo habitual será que se trate de funciones que no consistan en la relación directa con el usuario —es decir, funciones de *back office*— o que, aunque sí supongan la relación directa con la clientela —por ejemplo, gestión de la comunicación con el cliente, de las interfaces de usuario, actividades de mercadotecnia—, no constituyan *per se* la prestación de servicios de pago. Ello porque, salvo que se limite a la prestación de algún o algunos servicios concretos, la externalización con carácter general de la prestación de servicios de pago muy probablemente conllevará un «vaciamiento de contenido de la actividad general de la entidad», prohibido por la normativa vigente⁸⁸. En cualquier caso, cuando efectivamente constituya parte del objeto de la externalización la prestación de servicios de pago propiamente dicha, el proveedor de servicios en quien se externalice deberá contar con la correspondiente autorización como cualquier entidad habilitada para prestar servicios de pago de conformidad con el art. 5 RDLSP. Este supuesto, podría ser habitual en el caso de grupos de empresas.

Desde el punto de vista de la tutela de los intereses del usuario, lo fundamental es que el prestador responsable será siempre el proveedor de servicios de pago autorizado. Ahora bien, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones y contratos, en muchos casos, el usuario que haya sufrido un daño por la actuación de un agente o de una empresa a la que se hayan externalizado funciones podrá también reclamar contra estos, además de contra su PSP. Y, además, en caso de funciones externalizadas consistentes en la misma prestación de servicios de pago habrá de analizarse tanto el acuerdo de externalización como el contrato con el usuario, pero, *a priori*, la regla general debería ser que ambos son PSP del usuario, plenamente responsables frente al mismo —especialmente si es un consumidor o microempresa— de conformidad también con las reglas especiales del RDLSP.

2. El usuario de servicios de pago

En el otro extremo de la relación contractual de servicios de pago se encuentra el usuario, definido como «la persona física o jurídica que hace uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, beneficiario o ambos» (art. 3.46 RDLSP).

En general, lo habitual es que todo usuario de servicios de pago actúe como ordenante y como beneficiario en las diferentes operaciones de pago que realiza y, de hecho, cuando la relación contractual tiene carácter duradero lo más frecuente es que suscriba el contrato en ambas condiciones, normalmente en diferentes operaciones, pero también en

⁸⁸ *Id.* arts. 15.1 RD 736/2019, 15.1 RD 778/2012 y 22.1 ROSSEC.

una misma operación. Por ejemplo, un usuario actúa como ordenante cuando solicita la ejecución de una transferencia a favor del propietario arrendador de la vivienda que ha alquilado. En el otro extremo, el propietario, también usuario de servicios de pago, sería el beneficiario de la operación. Un segundo supuesto es el de las operaciones de «autopago»: cuando un usuario ingresa en su cuenta de pago un determinado importe en efectivo actúa, en la misma relación contractual y en la misma operación, como ordenante y beneficiario. Lo mismo sucede en los traspasos, transferencias efectuadas de una cuenta a otra del mismo usuario, abiertas en el mismo proveedor de servicios de pago. Cuando la transferencia se efectúa desde la cuenta A de un usuario, abierta en el PSP 1, a la cuenta B del mismo usuario, abierta en el PSP 2, aquel está actuando al mismo tiempo como ordenante y beneficiario, pero en el seno de dos relaciones contractuales diferentes con dos proveedores diferentes.

El RDLSP es de aplicación tanto si el usuario es persona física, consumidor o empresario individual, como si es persona jurídica, sea de naturaleza privada o pública⁸⁹. Ahora bien, el alcance de la aplicación de la norma española de pagos no es igual en un caso que en otro, como tampoco el de la normativa conexa, como veremos a continuación.

Cuando el usuario tiene la condición de consumidor o de microempresa⁹⁰ la norma de pagos se aplica en toda su extensión, teniendo los títulos II y III carácter imperativo. Por el contrario, tiene carácter dispositivo y supletorio cuando el usuario no reúna ninguna de estas dos condiciones, pudiendo las partes acordar que no se apliquen, en todo o en parte, los requisitos de información y transparencia y las normas sobre resolución y modificación del contrato marco (art. 28.2 RDLSP). De acuerdo con el art. 34.1 RDLSP, del título III, dedicado a los derechos y obligaciones de las partes en relación con la prestación y utilización de servicios de pago, también podrán pactar la no aplicación, total o parcial, de la prohibición de cobrar gastos por el cumplimiento de las obligaciones de información (art. 35.1), de la posibilidad de retirada del consentimiento y de la irrevocabilidad de la orden de pago (arts. 36.3 y 52), del plazo para notificar y rectificar una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente (art. 43), de las reglas sobre la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago (art. 44), de las de responsabilidad del ordenante en caso de operaciones no autorizadas (art. 46) y del PSP o del PSIP en caso de no ejecución o ejecución defectuosa o con retraso de una orden de pago (arts. 60 y 61), así como de la

⁸⁹ MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 98.

⁹⁰ *Vid.* art. 3.25 RDLSP que define a la microempresa incluyendo a los empresarios personas físicas y jurídicas «que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago ocupa a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, del anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas».

posibilidad de devolución del importe de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través de él (arts. 48 y 49).

Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que los arts. 38.2 y 61.3 DSP2 daban la opción a los Estados miembros de aplicar a las microempresas el mismo régimen completo que a los consumidores. Hay que valorar positivamente la decisión del legislador español que proporciona a las microempresas un régimen más tuitivo que el que resultaría aplicable por su condición de empresa. Ello porque la parte fuerte de la relación contractual es siempre el proveedor, salvo contadas excepciones. De hecho, lo más habitual es que los contratos de servicios de pago, sobre todo los contratos marco, sean además contratos de adhesión que hagan uso de condiciones generales.

Independientemente de la condición del usuario, en tal caso, será de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). Cuando el usuario sea consumidor⁹¹, además, serán aplicables los arts. 80 a 91 sobre cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas del TRLGDCU. En realidad, al contrato de servicios de pago con consumidores le resultará de aplicación prácticamente todo el Libro Segundo del TRLGDCU, sobre contratos y garantías. Con una salvedad, en el supuesto de que los servicios de pago sean prestados, negociados y sus contratos celebrados a distancia: las disposiciones de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, LCDSFC) tendrán carácter especial respecto de las del TRLGDCU en esa materia, al menos, hasta que se transponga la Directiva (UE) 2023/2673⁹². Ahora bien, si en algún aspecto concreto este último establece un régimen más protector para el consumidor, será de aplicación preferente (*vid.* art. 59.2 TRLGDCU). Del mismo modo, cuando el usuario sea un consumidor⁹³ y en caso de que el servicio de pago prestado lleve aparejada la concesión de crédito, entra en juego la LCCC⁹⁴.

⁹¹ En el sentido del art. 3.1 TRLGDCU: «[a] efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

⁹² El régimen previsto en la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores se ha incorporado a la Directiva sobre derechos de los consumidores. Al respecto, *vid.* PALÁ LAGUNA, R., «Inclusión del régimen de comercialización a distancia de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores» en *Publicaciones de Gómez-Acebo y Pombo*, junio de 2022, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Inclusion_regimen_Comercializacion_distancia.pdf.

⁹³ Esta vez en el sentido del art. 2.1 LCCC: «se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

⁹⁴ Ello, siempre que no se trate de un crédito excluido en virtud del art. 3 LCCC, por ejemplo, por ser su importe total inferior a 200 € [letra c)], porque se concedan libre de intereses o porque deba ser reembolsado en el plazo máximo de 3 meses con unos gastos mínimos [letra f)].

Cuando el usuario sea una persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, serán también aplicables, en su caso, el Real Decreto de cuentas de pago y su desarrollo reglamentario⁹⁵.

Entre la normativa reglamentaria aplicable, la Orden de transparencia de servicios de pago se aplicará del mismo modo que el título II del RDLSP: imperativamente si el usuario es consumidor o microempresa y de forma dispositiva en otro caso. De modo que, si el contratante, distinto del consumidor o la microempresa, no pacta expresamente la exclusión de cuanto dispone esta Orden Ministerial, será de íntegra aplicación al contrato. Sin embargo, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden de transparencia de servicios bancarios —OTSB—) solo será aplicable parcialmente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 OTSP. Ahora bien, la Orden de transparencia de servicios bancarios restringe su ámbito de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales entendiéndose por tales únicamente a las personas físicas. No obstante, en mi opinión, la remisión expresa del art. 3 OTSP a determinados preceptos de aquella supone que esas concretas reglas serán de aplicación en los mismos casos que la Orden de transparencia de servicios de pago. Es decir, la aplicación de parte del régimen previsto en la Orden de transparencia de servicios bancarios se extiende a las microempresas en materia de servicios de pago.

En materia de resolución alternativa de litigios, también es aplicable la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Únicamente cuando el usuario sea consumidor, las entidades acreditadas conforme a dicha ley podrán conocer de las reclamaciones en materia de servicios de pago siempre que tanto el proveedor como el usuario consumidor se hayan sometido voluntariamente a su competencia (art. 70.2 RDLSP)⁹⁶.

⁹⁵ *vid.* arts. 1 y 2.a) RDLCP. El desarrollo reglamentario se ha producido a través del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera (en adelante, RD 164/2019) y de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación (en adelante, Orden ECE/228/2019).

⁹⁶ En España ostentan esta competencia en materia de servicios de pago las Juntas Arbitrales de Consumo, la Agencia Catalana de Consumo, la asociación de mediación Mediation Quality y el Comité de mediación de la asociación Confianza Online. Puede contrastarse esta lista en la siguiente web de la Comisión Europea: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>.

Además, el Banco de España es competente para resolver de las reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios de pago —tras la preceptiva reclamación ante el servicio de atención al cliente o defensor del cliente de la entidad⁹⁷— contra los proveedores de servicios de pago que se encuentren bajo su supervisión. En realidad, el art. 70.1 RDLSP determina la competencia de «la entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera a la que hace referencia la disposición adicional primera de la Ley 7/2017» para conocer de las reclamaciones de los usuarios —independientemente de su condición— derivadas de presuntos incumplimientos por los proveedores de la ley especial de servicios de pago, si bien dado que todavía no se ha creado, el Departamento de conducta de entidades del Banco de España sigue siendo el órgano competente⁹⁸. Pero este modelo presenta dos deficiencias importantes desde el punto de vista de la tutela de los usuarios, por un lado, las resoluciones del Departamento de conducta de entidades del Banco de España no son vinculantes; y por otro, no tiene competencia para resolver sobre los efectos jurídico privados derivados de los incumplimientos de los que conozca⁹⁹. No obstante, se espera la próxima creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero que, *a priori*, resolverá algunas de estas carencias¹⁰⁰.

⁹⁷ Procedimiento de reclamación que se rige por lo dispuesto en el art. 69 RDLSP y en la disp. ad. 2.ª del RDRJSP. La única particularidad es que el plazo del que dispone el PSP para resolver es de 15 días hábiles, independientemente de la condición del usuario, frente al mes que se concede para las reclamaciones que versen sobre otros productos y servicios bancarios cuando el usuario sea consumidor (dos meses, cuando no ostente tal condición). Por lo demás, el régimen es el mismo previsto en el art. 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, desarrollado mediante la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

⁹⁸ Ello en virtud de la disp. trans. 5.ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y del art. 31 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación con el art. 30 de la Ley 44/2002. El procedimiento correspondiente se rige por lo dispuesto en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Este es, en general, el modelo seguido en España para la sustanciación de las reclamaciones de los clientes financieros. Al respecto, *vid.* ESTEBAN RÍOS, J., «El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero: necesidad, funciones y cuestiones controvertidas» en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 30, 2022, pp. 3-5/31 (consultado electrónicamente).

⁹⁹ Si bien se pondrán tales hechos en conocimiento del departamento competente para conocer del correspondiente procedimiento sancionador de conformidad con el art. 18 Orden ECC/2502/2012.

¹⁰⁰ Desde luego, aunque la concreta configuración prevista en el proyecto de ley no está exenta de críticas, la creación de un órgano de resolución alternativa de litigios de carácter público e independiente, que responde a la voluntad de dotar de mayor eficacia al sistema de reclamaciones establecido, supone un salto cualitativo y puede constituir un hito importante en materia de tutela de los intereses del usuario, en lo que aquí interesa, de servicios de pago (un visión crítica puede consultarse en PALÁ LAGUNA, R., «El anteproyecto de ley de creación de

Por otro lado, determinados Reglamentos europeos se aplican cualquiera que sea la condición del usuario, si bien es cierto que no solo recogen normas directamente aplicables a la relación contractual entre el este y el proveedor de servicios de pago, sino también otras de índole más técnica. Se hace referencia al Reglamento de Tasas de Intercambio¹⁰¹, materia sobre la que también se aplicará el capítulo III del título I sobre límites a las tasas de intercambio en operaciones de pago con tarjeta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; el Reglamento SEPA¹⁰² y el Reglamento (UE) 2021/1230 de comisiones¹⁰³.

Finalmente, también habrá de aplicarse el RGPD, que se refiere a la «la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales» luego, por su propia naturaleza, no se aplicará a aquella relación de servicios de pago en la que el usuario es una persona jurídica.

La primera conclusión que cabe extraer de la exposición de las normas aplicables y sus respectivos ámbitos de aplicación, que difieren según los casos —dependiendo a veces las características del usuario, y en otras ocasiones no—, es que el marco jurídico aplicable a los servicios de pago es muy complejo¹⁰⁴. Especialmente para el usuario consumidor, que difícilmente va a ser consciente de la magnitud y el alcance del régimen aplicable a sus relaciones contractuales de servicios de pago¹⁰⁵. Ello deriva no solo del gran número de normas aplicables

la Autoridad Administrativa de Defensa del Cliente Financiero» en *Publicaciones de Gómez-Acebo y Pomo*).

¹⁰¹ Que establece requisitos técnicos y comerciales uniformes para las operaciones de pago con tarjeta que se realicen dentro de la UE, cuando tanto el PSP del ordenante como el del beneficiario estén situados en la Unión (art. 1.1 RTI).

¹⁰² Recuérdese que el Reglamento SEPA se aplica solo cuando ambos PSPs o el único que intervenga en la operación esté radicado en la UE, y establece disposiciones para las transferencias y los adeudos domiciliados denominados en euros.

¹⁰³ A los efectos que aquí interesan, el Reglamento (UE) 2021/1230 regula las comisiones aplicables a las operaciones de pago transfronterizo, a los pagos nacionales equivalentes y la conversión de divisas en la UE. Por pago transfronterizo se entiende «la operación de pago tratada por medios electrónicos, iniciada por un ordenante o por un beneficiario, o por mediación de este último, en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en diferentes Estados miembros», mientras que un pago nacional es «la operación de pago tratada por medios electrónicos, iniciada por un ordenante o un beneficiario, o por mediación de este último, en la que tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el del beneficiario estén situados en el mismo Estado miembro» (*vid.* art. 2.1) y 2) Reglamento (UE) 2021/1230.

¹⁰⁴ PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...* *op. cit.*, p. 183 y ss.

¹⁰⁵ Ya solo el RDLSP es un texto normativo de alta complejidad para un consumidor, como puso de manifiesto en relación a la Ley de Servicios de Pago PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «El consumidor usuario de servicios de pago: regulación vigente, propuesta de nueva Directiva y previsión de futuro», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12/2014, p. 66. Aunque, en realidad, este es un problema predicable de todo el ordenamiento jurídico relativo a los

sino, especialmente, de sus diversos ámbitos de aplicación. Por otra parte, las numerosas interconexiones implican también un alto coste de cumplimiento normativo para los operadores del mercado, al mismo tiempo que suponen un reto nada desdeñable para el legislador, tanto comunitario como nacional.

Una medida de carácter legislativo que simplificaría el marco jurídico aplicable podría ser generalizar, al máximo posible, el ámbito de aplicación de la mayor parte de estas normas al menos por lo que se refiere a su ámbito subjetivo, en particular, en relación al usuario. Convendría en este punto que el ámbito de protección de las normas del sector financiero se extendiese con carácter general a las microempresas y no solo en la norma principal de pagos. Por el momento, la Segunda Directiva de servicios de pago es la única norma financiera que permite dispensar el mismo trato a las microempresas que a los consumidores. En mi opinión, sería oportuno que lo que la Directiva prevé como una opción, se convirtiese en una obligación para los Estados miembros en la próxima reforma de la normativa de pagos, así como en otros sectores, como el bancario en general y el de los mercados de valores. Desde luego, dada la configuración de nuestro tejido empresarial, con predominio absoluto de la PYMEs, la decisión del legislador español de igualar en la normativa de pagos la protección de la microempresa con la del consumidor, ha sido más que apropiada, pues el fuerte desequilibrio contractual que afecta a los consumidores usuarios de servicios de pago afecta, con carácter general, también a estas microempresas. Pero más allá del sector de pagos, convendría que esta media se extendiese al resto de mercados financieros.

mercados financieros y de ahí el empeño del legislador y los supervisores en el fomento de la educación financiera, sirva como ejemplo a este respecto la estrategia nacional de educación financiera en España que bajo la marca «Finanzas Para Todos», ha sido impulsada desde 2008 por el Banco de España y la CNMV. Ambos organismos, elaboran periódicamente un plan de educación financiera «con el objetivo de contribuir a la mejora de la cultura financiera de los ciudadanos, dotándoles de herramientas, habilidades y conocimientos para adoptar decisiones financieras informadas y apropiadas» (<https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/PlanEducC-NMV.aspx>). El Banco de España desarrolla numerosas iniciativas de educación financiera para todas las edades (vid. <https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/actualidadeducac/iniciativas-de-educacion-financiera/>).

CAPÍTULO 2

EL RÉGIMEN DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA PRE Y CONTRACTUAL

I. LA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA EN UNA NORMA DE RANGO REGLAMENTARIO

Este capítulo centra la atención en un aspecto crucial del régimen jurídico de los contratos de servicios de pago y de su eficacia jurídico-privada: las obligaciones de información y transparencia aplicables a la contratación de estos servicios. En primer lugar, se cuestiona la opción del legislador español de articular este régimen a través de una norma de rango reglamentario y se estudian las consecuencias de dicha opción, recurriendo al debate doctrinal que en su día se produjo al hilo de las primeras Órdenes ministeriales en materia de transparencia bancaria. En segundo lugar, se aborda el contenido concreto de estas obligaciones de información desde una perspectiva crítica, sugiriendo algunas propuestas de cara a su modificación. A continuación, se analizan las posibles consecuencias jurídico-privadas que pueden derivarse de su incumplimiento para, finalmente, proponer la alternativa que consideramos necesaria: la previsión legal de los efectos del incumplimiento del régimen de información y transparencia de servicios de pago.

Desde sus orígenes, la información al cliente o inversor en el Derecho financiero ha sido el mecanismo elegido por el legislador para la tutela de sus intereses, muy particularmente en el caso de que el

usuario de los servicios tuviera, además, la condición de consumidor. Así, y como consecuencia de la progresiva convergencia del Derecho de consumo y de las normas del mercado financiero —cuyo máximo exponente es la Directiva (UE) 2023/2673—, las obligaciones de información impuestas al proveedor de servicios financieros se han ido intensificando cada vez más. Por supuesto, los servicios de pago no son una excepción. Desde la Primera Directiva de servicios de pago las reglas sobre transparencia e información aplicables a la prestación de estos servicios constituyen un pilar fundamental de su régimen jurídico. Aquella Directiva estableció una serie de obligaciones de información con un notable grado de detalle, inspiradas en la Directiva sobre transferencias transfronterizas y aún más desarrolladas en la Segunda Directiva de servicios de pago.

En nuestro ordenamiento nacional, el régimen de información y transparencia aplicable a los servicios de pago se contiene esencialmente en el título II del RDLSP, detalladamente desarrollado por la Orden de transparencia de servicios de pago, que ha sido la solución de técnica legislativa seguida por nuestro legislador para la trasposición de las normas de transparencia de la Segunda Directiva de servicios de pago. Pero también resultan de aplicación parcial en esta materia, como se ha dicho, la LCDSFC, el RDLCP y la Orden de transparencia de servicios bancarios.

El régimen especial previsto por el RDLSP y por la Orden de transparencia de servicios de pago es muy pormenorizado, en línea similar a la prevista para los créditos inmobiliarios y para los créditos al consumo. Con una notable diferencia: ambos tipos de préstamo han dado lugar a unos niveles muy significativos de litigiosidad tanto a nivel nacional como europeo. Por el contrario, los servicios de pago no son objeto frecuente de pleito, pues su valor económico reducido hace poco rentable el inicio de un proceso judicial. A pesar de ello, la Unión Europea procura una especial atención a los requisitos de información y transparencia aplicables a su contratación, lo cual evidencia la importancia estratégica del mercado de pagos y la trascendencia que para los ciudadanos tienen estos servicios financieros.

Se positivizan obligaciones de suministro o puesta a disposición de información, según los casos, tanto con carácter precontractual, como a la hora de formalizar el contrato y en ejecución del mismo, distinguiéndose entre contratos marco y contratos de operación de pago singular. Y todo ello con base en tres principios informadores: el de plenitud informativa (full disclosure), según el cual el proveedor debe facilitar al usuario, de modo accesible, toda la información relativa a los servicios de pago y, en particular, las condiciones en que se desarrollará su prestación; el principio de gratuidad, derivado de la prohibición para el PSP, con carácter general, de cobrar gastos al usuario por suministrarle

la información requerida legal o reglamentariamente; y el de acreditación informativa, que sitúa en el proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información¹. Desafortunadamente, el RDLSP no ha corregido la tendencia del legislador español a incorporar las normas de transparencia a nuestro ordenamiento a través del desarrollo reglamentario. Precisamente la problemática que de ello se deriva es objeto de los siguientes apartados, que tratan de ahondar en este aspecto cuyo tratamiento doctrinal es, por ahora, exiguo².

Es bien sabido que el origen de esta tradición regulatoria española —a mi juicio, de dudosa idoneidad— consistente en la positivización de las obligaciones de transparencia e información a través de órdenes ministeriales, en lugar de utilizar instrumentos legislativos con rango de ley³, se remonta a la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito que, en su día, fue dictada al amparo de la habilitación legal contenida en el art. 48.2 LDIEC⁴. Al parecer, la intensa producción doctrinal mercantilista respecto de la legalidad y efectos de dicha Orden no dio suficientes razones para que el legislador español pusiera coto a la delegación reglamentaria del desarrollo del régimen de información y transparencia en materia de servicios bancarios y de pago. No es de extrañar que la doctrina renunciara a repetir los debates y reflexiones en torno al tema, en vista de que ni el legislador, ni los órganos delegados, ni los tribunales mostraban intención de limitar la regulación de esta materia mediante producción de normas de carácter reglamentario. Sin embargo, quizás ahora que el nivel de complejidad del marco jurídico del sector bancario y de pagos, en conexión con el de las nuevas tecnologías y los servicios de la sociedad de la información, ha llegado casi a la hipertrofia, es momento de recordar esta vieja discusión a la luz de los nuevos hechos. No en vano, la revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago

¹ En este sentido TAPIA HERMIDA, A. J., «La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 155, 2019, pp. 9-36 (consultado en versión electrónica) y BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 247.

² Tan solo ha sido puesto de manifiesto por BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, *passim*.

³ En realidad, la reducción del rango de las normas a través de las cuales se articulaba la intervención del Estado en la actividad privada era un fenómeno que venía produciéndose de forma paulatina, sobre la base de la necesidad de una rápida adaptación de las normas aplicables a una cambiante realidad (CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada» en FAJARDO, G. (coord.), *Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978*, Centro de Alzira-Valencia de la UNED, Alzira, 1992, pp. 301-318 (p. 304).

⁴ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Al respecto *vid.* FERNÁNDEZ, T.-R., y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J., *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1989.

está próxima y podría ser una oportunidad para romper con esta cuestionable tradición y, de paso, poner orden en nuestro «desordenamiento jurídico»⁵ «bancario».

Si bien es cierto que el régimen de control y vigilancia de las entidades financieras y las normas administrativas tuitivas han tenido siempre influencia en las operaciones bancarias⁶, no lo es menos que la autonomía de la voluntad opera como límite sustantivo a la eficacia de las normas reglamentarias: al establecer obligaciones *inter privados*, la materia civil y mercantil ha de ser objeto de normas con rango legal⁷. Así, la doctrina mayoritaria limita los efectos de las órdenes ministeriales en el ámbito jurídico-privado a los supuestos en los que su infracción suponga, además, la contravención de otras normas⁸, esto es, la teoría de los efectos indirectos. Otros autores, sin embargo, sí han sido favorables al reconocimiento semidirecto de efectos jurídico-privados de normas con rango reglamentario, por vía de integración del art. 1255 CC⁹. Así, el debate que en su día mantuvo la doctrina respecto a los efectos jurídico-privados de la Orden de 1989 sienta las

⁵ Gráfica expresión de VICENT CHULIÁ, F., «Generalidades sobre el sistema financiero español» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 23, 1993, pp. 9-70 (p. 9 de la versión electrónica), que se refería al «ordenamiento bancario» con cierto pesimismo: «la formación de este “ordenamiento” es producto de aluvión o acarreo histórico, con lamentables secuelas de hipertrofia y confusión normativa en cuanto a las fuentes de producción y su respectivo alcance, naturaleza y contenido, hasta el punto de que se nos muestra como un “verdadero e intrincado desordenamiento”».

⁶ GARRIGUES, J., *Contratos Bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, p. 14.

⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, F., «Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables», en GONZÁLEZ y CUÑAT (dirs.), MARIMÓN (coord.), *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 51-79 (p. 57); CUÑAT EDO, V., «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en POLO (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 605-622 (p. 611); GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posicionamiento doctrinal» en *ibid.*, vol. II, pp. 881-898; MARCO COS, J. M., «La protección del cliente de la entidad de crédito» en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 17, 1995, pp. 107-142 (p. 121); ARAGÓN REYES, M., «Las fuentes de la contratación bancaria, en particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España» en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 41-62.

⁸ En este sentido, GONZÁLEZ CASTILLA, F., «Las fuentes...», *op. cit.*, pp. 56-58; CUÑAT EDO, V., «Las fuentes reguladoras...», *op. cit.*, pp. 614-620; GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales...», *op. cit.*, p. 881; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, 1992, pp. 409-438 (pp. 413-418).

⁹ En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 1989, pp. 261-292 (pp. 272-273); VICENT CHULIÁ, F., «Generalidades...», *op. cit.*, pp. 17-18.; MARCO COS, J. M., «La protección...», *op. cit.*, p. 124. En este trabajo se utiliza el término de efectos semidirectos cuando se requiera la integración del régimen especial por vía de las reglas generales de contratación del Código Civil; reservando la expresión de efectos directos para los casos en que la propia ley especial prevea también los efectos jurídico-privados específicos que la contravención de sus disposiciones acarrea.

bases para llegar a una conclusión respecto de las consecuencias del incumplimiento de la Orden de transparencia de servicios de pago.

La primera corriente defiende los efectos indirectos de las normas reglamentarias en el plano contractual, es decir, su infracción puede resultar relevante a la hora de valorar si ha habido un incumplimiento del TRLGDCU —que, en el momento de este debate, todavía no había sido refundido—. En palabras de CUÑAT EDO, un curioso «entrecruzamiento de la jerarquía normativa» en la que una norma reglamentaria que desarrolla una Ley, sirve para acotar el contenido sustantivo de un precepto de otra que no desarrolla¹⁰. Por tanto, cuando la infracción de disposiciones administrativas en relación con el régimen de transparencia e información aplicable en el sector bancario afectase al derecho del consumidor a estar informado; supusiera una afección a las reglas sobre la oferta, promoción o publicidad de los productos; o bien, pudiera originar la declaración de abusividad de determinadas cláusulas contractuales, cabría derivar las consecuencias previstas en la legislación de consumo. Del mismo modo sucedería cuando no se cumpliesen las previsiones de la entonces reciente LCGC.

La segunda corriente, sin embargo, considera que las normas contenidas en una Orden de transparencia son ley en el sentido del art. 1255 CC y, por tanto, un límite a la autonomía de la voluntad. De ello se deriva que el contrato pactado en contra de dichas reglas será nulo, por ser contrario a la ley en los términos del art. 6.3 CC¹¹.

Empero, ambas soluciones adolecen de ciertas limitaciones. La primera, salvo que se trate de condiciones generales de contratación, solo permite tutelar los intereses de los consumidores, lo que además en materia de servicios de pago no basta ya que las microempresas también están protegidas por el mismo régimen tuitivo. Cuando el cliente no tiene tal condición, la única posibilidad de extraer efectos jurídico-privados de la infracción de normas reglamentarias de ordenación sería encuadrarla como normas que integran el orden público económico (*vid.* art. 1255 CC) o reconducirlas a la exigencia de buena fe *ex art.* 1258 CC y, en ese caso, la consecuencia habría de ser también la nulidad¹². Pero esto no deja de ser equivalente a la segunda teoría, la de los efectos semidirectos. Esta, que implica la integración del régimen especial en virtud de los principios generales del derecho privado y de las normas comunes de Derecho contractual, tampoco da una solución definitiva a los problemas que plantea la derivación de consecuencias jurídico-privadas de la contravención de normas —supuestamente— de ordenación, puesto que la consecuencia habrá de ser, bien la nulidad

¹⁰ CUÑAT EDO, V., «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 312.

¹¹ ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios...», *op. cit.*, p. 272.

¹² GONZÁLEZ CASTILLA, F., «Las fuentes...», *op. cit.*, p. 58; en relación al contenido del orden público económico también CUÑAT EDO, V., «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 316.

ex art. 6.3 CC o la resolución contractual *ex art.* 1124 CC y, en materia de Derecho bancario y de pagos, estas no siempre son «una buena medicina»¹³ puesto que la destrucción del vínculo jurídico puede suponer incluso mayores perjuicios para el usuario que la subsistencia del contrato presuntamente nulo.

Además, el Tribunal Supremo ha sido siempre reacio a reconocer los efectos semidirectos en el plano contractual de la infracción de normas sectoriales administrativas de carácter reglamentario¹⁴. Mucho antes de la generalización de conflictos en materia bancaria debido a las cláusulas suelo y a los préstamos hipotecarios en general, ya se había hecho eco de la primera corriente doctrinal —que es también la que subyace a los pronunciamientos en aquellas materias—, declarando nulos contratos y cláusulas contrarias a la buena fe o abusivas. Por tanto, basándose en reglas generales de Derecho contractual pero positivizadas en normas tuitivas de rango superior como el TRLGDCU, la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o la LCGC, reconoce el efecto indirecto de las normas de ordenación, aunque no siempre las cita expresamente.

En la actualidad, la jurisprudencia del alto Tribunal continúa en la misma línea¹⁵. Más explícitas fueron en los años 90 algunas Audiencias Provinciales que en el seno del conflicto sobre los efectos jurídico-privados de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, con sentencias que se referían a estas normas aunque también en relación a otras con rango de ley¹⁶. Especialmente interesante resulta uno de los pronunciamientos de la SAP de Pontevedra de 11 de febrero de 1999 (AC 1999, 392) que, en relación a la Circular, declaraba lo siguiente: «no parece necesario discutir el carácter normativo de dicha circular en la medida que, por expresamente asumida en el contrato, tiene aplicación indudable por

¹³ VICENT CHULIÁ, F., «Generalidades...», *op. cit.*, p. 19.

¹⁴ En materia bancaria, véanse SSTs de 13 de mayo de 1980, de 7 de julio de 1981, y de 17 de octubre de 1987. Sin embargo, en otras ocasiones sí que se ha utilizado la norma administrativa para declarar la nulidad del contrato, como en la STS de 28 de febrero de 1991 que, en materia de viviendas de protección oficial declaró la nulidad de unas compraventas en las que el precio se fijó por encima del límite impuesto por el Real Decreto 2960/1975. Señaló entonces que dicha norma limitaba el precio de las viviendas de protección oficial al tiempo que concedía grandes beneficios a constructores, promotores y propietarios, «hasta el punto de que, por este sinalagma, quede restringido el principio de autonomía de la voluntad contractual; y que la contravención de la legislación especial, por los intervinientes en el negocio jurídico de la compraventa de las aludidas viviendas determina realmente la nulidad del pacto [...] nulidad parcial, que no lleva consigo la nulidad total del contrato, y obliga únicamente a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas».

¹⁵ Por todas, STS 328/2022, de 26 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1627; y STS 166/2022, de 1 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:791; que, aunque citan la Orden EHA/2899/2011 lo hacen en conjunto con el TRLGDCU, con la Directiva 93/13/CEE y con la LCGC.

¹⁶ SAP Asturias, de 19 de abril de 1996, SAP Asturias, de 29 de noviembre de 1996, SAP Barcelona de 18 de enero de 1999.

razón del principio de autonomía de la voluntad». Tal conclusión, podría dar una solución —o facilitarla— en aquellos casos en los que las normas reglamentarias de ordenación hayan sido incorporadas por las partes de forma expresa como contenido del contrato *ex art.* 1091 CC. Aunque no será lo más habitual, ello liberará al juez o al árbitro de escoger entre las dos corrientes y tener que argumentarlas o, al menos, vetará la posibilidad de negación absoluta de los efectos jurídico-privados de la contravención de normas reglamentarias.

El último paso antes de trasladar estas reflexiones al ámbito de los servicios de pago y, en particular, de su régimen de transparencia e información, requiere traer a colación el punto de partida de ambas corrientes, cuya diversa interpretación es precisamente la causa de estas lleguen a conclusiones diferentes: la delegación normativa contenida en el art. 48.2 LDIEC¹⁷.

¹⁷ Art. 48.2 LDIEC (cursiva añadida): «Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, *con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela* activa y pasiva de las entidades de crédito *y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales*, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada periodo, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

Los autores que defendieron los efectos privados semidirectos de la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre los contratos bancarios entendían que tal delegación era suficiente para que el Ministerio de Hacienda dictase normas con efectos jurídico-privados porque el legislador expresamente le habilitaba para ello. En cambio, la doctrina partidaria de la teoría de los efectos indirectos ponía en cuestión esa suficiencia al concluir que la literalidad del precepto pretendía establecer una clara separación entre el plano administrativo y el privado, ya que facultaba la reglamentación por parte del Ministerio «sin perjuicio de la libertad de contratación [...] con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales» (art. 48.2 LDIEC). Entendieron que el precepto pretendía dejar incólume la autonomía de voluntad de las partes que, en todo caso, podría ser limitada por otras disposiciones —esto es, diferentes a las dictadas por el Ministerio— que, además, debían tener rango de ley. En suma, entendían que el art. 48.2 LDIEC no habilitaba a dictar normas dirigidas a regular los contratos, sino normas de disciplina que, en conexión con otras normas sustantivas —como la entonces LGDCU, los arts. 1258 CC y 57 CCom—, pudieran tener efectos indirectos sobre la contratación¹⁸.

Pues bien, evitando un pronunciamiento categórico al respecto de aquel concreto debate, sí quieren trasladarse algunas de sus reflexiones a la cuestión que aquí se discute: la eficacia jurídico-privada de las normas contenidas en la Orden de transparencia de servicios de pago.

Debe partirse del art. 29 RDLSP¹⁹ que, además de ser el que sienta las bases del régimen de información y transparencia, o precisamente

f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.

h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

¹⁸ GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales...», *op. cit.*, pp. 891, 895 y 896.

¹⁹ Art. 29 RDLSP: «1. El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la *información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago* que en desarrollo de este real decreto-ley se fijen.

2. Cuando una cuenta de pago *se ofrezca* como parte de un paquete, junto con otro producto o servicio no asociado a una cuenta de pago, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago si es o no posible obtener la cuenta de pago sin adquirir el paquete y, en caso afirmativo, le facilitará por separado información sobre los costes y las comisiones asociadas a cada uno de los otros productos y servicios ofrecidos en ese paquete que pueda adquirirse por separado.

por eso, también es el que dispone la delegación normativa en favor del —entonces— Ministerio de Economía y Empresa. Pero difícilmente puede sostenerse que el art. 29.1 RDLSP esté imponiendo una mera obligación de ordenación.

En este punto, debe hacerse referencia, siquiera sea brevemente, a la doble naturaleza de las normas del RDLSP²⁰. Desde luego, prácticamente toda la norma tiene naturaleza jurídico-pública en tanto el art. 71.3 RDLSP así lo dispone²¹, pero ello no obsta a que, al mismo tiempo, tengan naturaleza jurídico-privada. El carácter sustantivo de Derecho contractual de la mayoría de sus disposiciones es patente: no cabe duda respecto de las relativas a la resolución y modificación del contrato marco (arts. 32 y 33), gastos (arts. 30 y 35), autorización de las operaciones de pago, ejecución de las mismas y responsabilidad (capítulos I a III, del título III RDLSP). El propio contenido de la obligación de autenticación reforzada (art. 68) y las consecuencias aparejadas a su incumplimiento evidencian también su naturaleza privada. Además, el RDLSP se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (disp. fin. 10.^a RDLSP, en relación al art. 149.1.6.^a CE) —no solo de la competencia exclusiva sobre bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, o de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.11.^a y 13.^a CE, respectivamente)—²².

Por otro lado, el art. 29 RDLSP es una de las disposiciones respecto de las cuales podría plantearse la duda de si su naturaleza jurídica es de Derecho público, privado o mixta. Tal y como se ha adelantado de

3. El titular del Ministerio de Economía y Empresa determinará los *requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago singulares y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico, así como el contenido mínimo del contrato marco y del folleto informativo, junto con sus modalidades de difusión* (énfasis añadido).

²⁰ En este sentido también BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 216. Sobre la naturaleza jurídica mixta de las normas sectoriales bancarias ya se había pronunciado VICENT CHULIÁ, F., «Generalidades...», *op. cit.*, p. 6; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «*Ius publicum-Ius privatum*. Gobierno corporativo y mercado de valores» en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 1029-1050; y AURIOLES MARTÍN, A. J., «La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1991, pp. 892-900.

²¹ «Tendrán consideración de normas de ordenación y disciplina como las que se refiere el artículo 2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio:

a) las disposiciones contenidas en este real decreto-ley y las normas que la desarrollen, con excepción de lo previsto en los artículos 35.3 y 62...».

²² A mi juicio, es significativo que no se diferencie entre diversas disposiciones del RDLSP, por ejemplo, no se dice que el título I se dicte al amparo de la regla 11.^a del art. 149.1 CE, y el título III al amparo de la 6.^a. Cosa que sí sucede en la LOSSEC, cuya disp. fin. 11.^a determina que la Ley se dicta al amparo de las reglas 11.^a y 13.^a, salvo determinadas disposiciones que se dictan, además, de conformidad con la regla 6.^a.

manera general, la conclusión debe ser que tiene doble naturaleza jurídica. No cabe negarle la de carácter jurídico-privado. Primero, porque el art. 29.1 RDLSP²³ no dice que el proveedor tenga que facilitar toda la información sobre las condiciones de prestación de los servicios de pago, sino que dice «toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de este real decreto-ley se fijen» (cursiva añadida). Y el ap. 3 señala que «El titular del Ministerio de Economía y Empresa determinará los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago singulares y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco» (idem). Este apartado se refiere también a las propias condiciones contractuales.

Ciertamente, esta forma de articular el régimen de transparencia no es la idónea, muy al contrario, presenta deficiencias que hubiera podido evitarse fácilmente, sobre todo, si su desarrollo se hubiera hecho en el propio RDLSP. En primer lugar, el tenor del ap. 1 del art. 29 RDLSP no es el más adecuado. Ha de ser interpretado en conjunción con el ap. 3 pues, de lo contrario, su significado queda reducido a la información y a las condiciones de ejecución de los contratos, ya que tan solo se refiere a la prestación de los servicios de pago, pero no a su oferta o contratación. La redacción de este tercer apartado tampoco destaca por su sistemática y su interpretación ha dado lugar a ciertas dudas y críticas²⁴. En cualquier caso, el art. 29.3 RDLSP comienza a detallar el profuso contenido de la información y condiciones aludidas por el ap. 1, aunque sea en un orden cuestionable. Primero, se refiere a la información de ejecución cuando alude a los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago singulares y a las reguladas por un contrato marco: habla de operaciones, que se producen en fase de ejecución de los contratos y no de estos como tal. No obstante, dado que los contratos de operación de pago singular tienen como objeto una única transacción, en referencia a estos ha de entenderse que este primer inciso habilita también al Ministerio a establecer cuál ha de ser la información propiamente contractual, así como las condiciones sobre las que verse el consentimiento. Esta es la única interpretación coherente, además, con el contenido de la Segunda Directiva de servicios de pago. En segundo lugar, el ap. 3 se refiere a las excepciones aplicables a los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico. Tercero, al contenido mínimo del contrato marco. Y, por último, hace referencia a la información precontractual que, en

²³ Art. 29.1 RDLSP: «El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de este real decreto-ley se fijen».

²⁴ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 260; y yo misma, con disculpas por la autocita, en CASTILLO OLANO, A., «Transparencia, datos personales...», *op. cit.*, p. 284.

principio, debe adoptar la forma de folleto, aunque se desconoce qué significado práctico tiene tal obligación de forma que, además, se vacía de contenido en el desarrollo reglamentario²⁵.

Merece la pena insistir en que, al establecer la delegación normativa, el art. 29.3 RDLSP de nuevo hace alusión, además de a la información *stricto sensu*, también a las condiciones contractuales sobre las que debe recaer el acuerdo de las partes y al propio contenido mínimo del contrato marco. Esto ha de llevar a la conclusión de que la intención del legislador es, en efecto, que las reglas de la Orden de transparencia de servicios de pago tengan no solo efectos jurídico-públicos sino también jurídico-privados. De hecho, su disp. fin. 1.^a señala que la Orden se dicta al amparo del art. 149.1 CE, disposiciones 6.^a, 11.^a y 13.^a, luego la propia norma está declarando su naturaleza mercantil. Resultaría incoherente admitir que la Orden pueda tener efectos «positivos» sobre la contratación —en la medida en que, por lo general, afectará a cómo se configuran las relaciones contractuales de servicios de pago—, pero a la vez poner en cuestión sus efectos «negativos» —es decir, que su incumplimiento genera consecuencias jurídico-privadas—, al no haberse previsto éstos en la norma.

En relación con ello, una de las escasas previsiones explícitas de consecuencias jurídico privadas por el incumplimiento del régimen de servicios de pago se contiene, precisamente, en la Orden de transparencia de servicios de pago. Su art. 5.3 señala que el usuario no quedará

²⁵ Ni la OTSP, ni la versión consolidada de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, desarrollan cuál ha de ser el formato del folleto y, además, los arts. 8.3 y 13.3 OTSP determinan que la obligación de facilitar información precontractual queda satisfecha si se le proporciona al usuario una copia del borrador del contrato. En otros ordenamientos europeos como el francés, el irlandés y el portugués se alude a un folleto de información general sí, pero es al referido en el art. 106 DSP2, que en modo alguno puede identificarse con la información precontractual.

Art. 106 DSP2: «1. A más tardar el 13 de enero de 2018, la Comisión Europea debe elaborar un folleto electrónico orientado al consumidor que enumere de manera clara y fácilmente comprensible los derechos y obligaciones de los consumidores que se establecen en la presente Directiva y en la legislación conexas de la Unión.

2. La Comisión informará a los Estados miembros, a las asociaciones de proveedores de servicios de pago y a las asociaciones de consumidores europeas de la publicación del folleto previsto en el apartado 1.

La Comisión, la ABE y las autoridades competentes velarán cada una por que el folleto sea fácilmente accesible en sus respectivas páginas web.

3. Los proveedores de servicios de pago velarán por que el folleto esté a disposición de manera accesible en sus sitios web, cuando dichos sitios existan, y en papel en sus sedes, agencias y en las entidades en las que se hayan externalizado sus actividades.

4. Los proveedores de servicios de pago no cobrarán a sus clientes por facilitarles la información contemplada en el presente artículo.

5. En relación con las personas discapacitadas, las disposiciones del presente artículo se aplicarán utilizando los medios alternativos adecuados, permitiendo que se disponga de la información en un formato accesible».

obligado a abonar los gastos adicionales que en su caso carguen el proveedor de servicios de pago o cualquier otra parte que intervenga en la operación por la utilización de instrumentos de pago determinado, salvo que haya sido informado de su importe total antes del inicio de la operación de pago. Esto no es sino una consecuencia jurídico-privada de la falta de información sobre los gastos adicionales por el uso de un instrumento de pago determinado: la inexigibilidad de dichas cantidades por el proveedor al usuario.

Los principios de efectividad del Derecho de la UE y de interpretación conforme aportan más argumentos en favor de la consideración como normas con efectos jurídico-privados de las disposiciones de la Orden de transparencia de servicios de pago²⁶. El art. 288 TFUE es meridiano al establecer que el uso de una directiva obliga a los Estados miembros destinatarios «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

La obligación de los Estados miembros no se agota en la transposición sino que ha de alcanzarse en el Derecho interno el resultado pretendido por la Segunda Directiva de servicios de pago: que todos los usuarios —especialmente, pero no solo, los consumidores— reciban la información necesaria, suficiente y comprensible para adoptar decisiones contractuales libres y fundadas²⁷.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, cuando una Directiva se transpone incorrectamente al ordenamiento nacional corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las judiciales, el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar que se alcanza el resultado previsto por una Directiva de máxima armonización²⁸. Ello implica que cuando

²⁶ Debe tenerse en cuenta que la estricta diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado que tradicionalmente ha caracterizado al ordenamiento jurídico español, no es lo más común en todos los Estados miembros. A ello se refiere LINARDATOS cuando pone de manifiesto, «las directivas europeas son vinculantes en cuanto a los objetos económicos y aplicativos mientras que las dogmáticas del régimen jurídico del Estado miembro son irrelevantes» (traducción propia), *vid.* LINARDATOS, D., «The transposition of the PSD 2: the role of EBA and of the national legislator in Germany» en BANI, STASIO Y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 121-140 (p. 133). Para GIMIGLIANO y para JANZCUK, los objetivos del ordenamiento europeo sobre servicios de pago no pueden alcanzarse solo desde un sistema de derecho público o desde un sistema de derecho privado, sino desde ambos aplicados simultáneamente [*vid.* GIMIGLIANO, G., «Title VI ‘Final provisions’ (arts 107-117)» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.) *The Payment... op. cit.*, pp. 231-243 (p. 238) y JANZCUK, A., «Sources of EU payments law» en GIMIGLIANO, G (ed.), *Money, Payment Systems and the European Union: The Regulatory Challenges of Governance*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016, pp. 3-24 (p.13)].

²⁷ Considerando 54 DSP2.

²⁸ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 7 de agosto de 2019, *Smith*, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631, ap. 38. En el mismo sentido, las sentencia del TJUE de 10 de abril de

los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto²⁹. De ello se deduce que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por este para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que esta persigue (párrafo tercero del art. 288 TFUE)³⁰.

La falta de reconocimiento de efectos jurídico-privados de la contravención de las normas de transparencia transpuestas en la Orden de transparencia de servicios de pago pone en peligro el efecto útil de la Segunda Directiva de servicios de pago³¹, pues implica *de facto* dificultar, si no impedir (en un sistema de protección de la clientela de escasa efectividad como el español, debido a su carácter jurídico-público y centrado en garantizar la transparencia del mercado), la tutela efectiva de los intereses de los usuarios en el plano contractual —que, dicho sea de paso, es el único que interesa al usuario—³². Y esto podría conculcar el Derecho comunitario pues el principio de efectividad supone que ha de garantizarse la plena y eficaz realización por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los derechos subjetivos reconocidos a los ciudadanos de la UE³³.

1984, *von Colson y Kamann*, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, ap. 26; de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, ap. 47, y de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, ap. 30.

²⁹ SSTJUE caso *Smith*, ap. 37 y caso *Kücükdeveci*, ap. 45. En el mismo sentido, las Sentencias de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, ap. 111; y de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, ap. 29.

³⁰ SSTJUE caso *Smith*, ap. 39; caso *Pfeiffer* y otros, aps. 113 y 114; caso *Kücükdeveci* ap. 48; y caso *DI*, ap. 31).

³¹ En este sentido, LINARDATOS señalaba acertadamente que «los Estados miembros no pueden limitar los efectos de una Directiva en función de las peculiaridades dogmáticas nacionales. La transposición de la Directiva no queda a discreción del Estado miembro en lo que respecta a las implicaciones reales de la armonización. Una de las principales características del principio de “efecto útil que las normas de supervisión deben tenerse en cuenta en los procedimientos en los procedimientos civiles, si de otro modo no pueden evitarse resultados incoherentes» (traducción propia), *ibid. supra.*, p. 134.

³² A decir verdad, la gravedad de este hecho sería menor si en España hubiera verdaderos mecanismos de resolución de litigios que permitiesen dirimir conflictos privados sin necesidad de recurrir a la tutela judicial, pero no es el caso.

³³ LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria» en *Revista de Derecho vLex*, núm. 166, 2018, versión digital. Aunque explicando el principio de la eficacia vertical de las directivas, el entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señalaba que «en los casos en que las autoridades comunitarias hubieran obligado a los Estados miembros, por medio de una directiva, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil

La cuestión de fondo, como en la década de los 80, es si la celebración o ejecución de un contrato infringiendo la Orden es contraria a la ley. Porque si carece de esta nota de *contra legem* que permita derivar los efectos jurídico-privados oportunos, se está creando una falsa apariencia de protección³⁴. Reproduciendo las palabras de CUÑAT EDO «[l]a eficacia sancionadora de la norma queda en ocasiones en una cuestión meramente económica; si el infractor de la norma entiende que está dispuesto a correr el riesgo “económico” de ser sancionado, tal vez no tenga ninguna dificultad en continuar su actividad, con desconocimiento total o parcial del régimen protector ideado, lo cual no ocurriría si el rango normativo de la disposición, permitiera invocar la nulidad del contrato³⁵ celebrado con infracción de la norma reglamentaria»³⁶.

Aquí es donde entra en juego el equilibrio entre la interpretación por parte de nuestros juzgados y tribunales del concepto de ley utilizado en el Código Civil y la aplicación real del principio de efectividad del Derecho de la UE. Del análisis exegetico de la jurisprudencia del TJUE se concluye que una correcta aplicación del Derecho comunitario habría de llevar al reconocimiento de efectos jurídico-privados de las normas contenidas en la Orden de transparencia de servicios de pago. En la STJUE de 11 de septiembre de 2019, en el caso *Antonio Romano y Lidia Romano c. DSL Bank*³⁷, el Tribunal considera que «el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este» y, aunque admite que ello no puede suponer una interpretación *contra legem* del ordenamiento nacional, sí exhorta a la modificación de «una jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva»³⁸.

de tal acto se encontraría debilitado si los justiciables estuvieran impedidos de prevalerse en justicia de él y las jurisdicciones nacionales impedidas de tomarla en consideración como elemento del derecho comunitario» (Fundamento de Derecho 11, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office* Asunto 41/41, ECLI:EU:C:1974:133. Aunque esta sentencia no se refiere al principio de efectividad, lo que subyace a ambos es lo mismo: la virtualidad del Derecho de la UE.

³⁴ CUÑAT EDO, V., «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 311.

³⁵ La reflexión de CUÑAT EDO se refería a los contratos bancarios en general. En mi opinión, sin embargo, la nulidad no es la solución más adecuada para los contratos de servicios de pago, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

³⁶ *Id.*

³⁷ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, *Antonio Romano y Lidia Romano c. DSL Bank*, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.

³⁸ Apartados 37 y 38 de la Sentencia del caso *Romano*, con cita a otras dos: STJUE de 8 de mayo de 2019, *Praxair MRC*, C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379, apartado 37; y STJUE de 8 de mayo de 2019, *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*, C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390.

Y es que, en mi opinión, no puede predicarse que pretender el reconocimiento de efectos jurídico-privados derivados de la contravención de la Orden de transparencia de servicios de pago sea una interpretación contraria a la ley, precisamente por la misma razón por la me identifico con la corriente que defendía los efectos privados semidirectos de la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito: la habilitación legal del art. 29.3 RDLSP se refiere no solo a aspectos de Derecho público sino también de Derecho privado cuando habla de las condiciones contractuales aplicables a las operaciones de pago. Aparte de que cuando nuestro Código Civil alude a las «normas» y las «leyes» debe entenderse que tal referencia se hace a cualquier norma de Derecho positivo, independientemente de su rango³⁹; considerando suficiente la habilitación normativa del art. 29 RDLSP, resulta que cualquier incumplimiento de la Orden de transparencia de servicios de pago supone un incumplimiento de la ley especial de servicios de pago.

Sin embargo, más de dos décadas después, los mismos problemas siguen sin resolver. Resulta decepcionante que cuando el legislador español se aparta del «copia y pega» de la Directiva parezca incapaz de acertar con la técnica legislativa que permite el reconocimiento de efectos privados a una norma reglamentaria. A ello hay que añadir un aspecto sobre el que nos detendremos más adelante y es que, aunque se aceptase que la Orden de transparencia de servicios de pago puede tener efectos jurídico-privados semidirectos, el Derecho español no tienen un régimen que determine los efectos contractuales de un incumplimiento precontractual, de forma que, en este caso, todo se reconduce a considerar el incumplimiento de estas normas como un factor de riesgo que, junto con otros que dependen del sujeto, puede dar lugar a un vicio del consentimiento. No bastaría pues con reconocer la posibilidad de que el incumplimiento de estas normas tenga efectos jurídico-privados, sino que, además, hay que establecer en qué consiste la consecuencia contractual, en términos de eficacia o de responsabilidad contractual que se deriva de su contravención. Dicho en otras palabras, lo ideal sería que la propia norma previese los efectos de su contravención de forma directa.

³⁹ Sobre el art. 6.3 CC, CARRASCO PERERA, A., *et. al.*, «Fuentes del Derecho. Aplicación y eficacia general de las normas jurídicas» en ALBALADEJO, M., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1992 (versión digital); sobre el art. 1.1 CC con cita de numerosas sentencias (preconstitucionales), VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código civil comentado*, 2010, vLex (versión digital).

II. CONTENIDO DEL RÉGIMEN DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS DE PAGO

En términos generales, la obligación de proporcionar cierta información precontractual se relaciona necesariamente con la fase previa a la perfección del contrato. Aunque ciertamente en esta fase aún no hay contrato en sí, y a pesar de que quizás no haya habido un claro encaje doctrinal de esta obligación en el íter formativo del contrato⁴⁰, las declaraciones o tratos preliminares —entendiendo por tales desde los anuncios y consultas hasta las informaciones obligatorias y borradores— no son jurídicamente irrelevantes, al punto de que el abuso o mala fe en esta fase puede hacer surgir cierta responsabilidad precontractual basada en la *culpa in contrahendo*⁴¹.

Además, en el ámbito de la contratación de servicios de pago —y en general, de servicios bancarios— es difusa la línea que separa los tratos preliminares de la oferta en sí. A lo que hay que añadir que la contratación de servicios financieros se realiza habitualmente en serie o en masa, dando lugar a contratos de adhesión y basados en condiciones generales lo que, por un lado, determina que no pueda hablarse propiamente de tratos preliminares en el sentido clásico de la doctrina civilista al no haber equilibrio natural entre las partes; y, por otro lado, implica que la oferta ha sido configurada previamente y de forma unilateral, en nuestro caso, por el proveedor de servicios de pago. Todo esto es lo que justifica el establecimiento de medidas de protección del aceptante⁴². Pero ello no significa que no haya una fase previa a la perfección del contrato con gran relevancia en el proceso de formación de la voluntad contractual (aunque sea adhesiva) que, desde el punto de vista de protección de la clientela, ha de ser objeto de una especial atención⁴³.

⁴⁰ COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 128.

⁴¹ MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P., y PRÍES PICARDO, A., «La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores» en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PRAGA (dirs.), *Tratado de Derecho mercantil*, t. XXX, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 74-76; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Los contratos*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 270 y ss.; PERALES VISCASILLAS, M^a del P., «Formación del contrato» en Botana (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 405-460 (pp. 440-441); y para una visión general sobre los tratos preliminares vid. AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim*.

⁴² MORENO QUESADA, B., «La oferta de contrato cuarenta años después» en IGLESIAS (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, Civitas, 1996, Cizur-Menor, pp. 4979-4994 (p. 4987).

⁴³ En este sentido, en general sobre contratación bancaria COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 115, quien acertadamente señala que «se debe tener en cuenta que el contrato no surge por generación espontánea, sino mediatizado por la información, en sentido general,

La contratación de servicios financieros de crédito y de pago es paradigma del actual tráfico mercantil que, necesitado de gran agilidad, tiende a la contratación en masa y, a veces, incluso automatizada, lo que se traduce en la falta de negociación detallada de los términos del contrato que hace precisa «una vigencia más acentuada de la protección de la confianza generada por la apariencia y la buena fe»⁴⁴. Que nuestro Derecho privado no contenga una regulación positiva detallada de esta fase precontractual, limitándose el art. 1262 CC a definir el consentimiento como concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa objeto del contrato, dificulta la derivación de efectos jurídico-privados por el incumplimiento de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter especial impuestas a los proveedores de servicios financieros, y el caso de los servicios de pago no es una excepción.

La doctrina mayoritaria sostiene la independencia del contenido de la oferta, respecto del contenido de las obligaciones de información precontractual, de modo que, con carácter general, la omisión de esta no determina la falta de validez de aquella⁴⁵. La excepción sería que la información contractual omitida recayese sobre elementos esenciales del contrato, habitualmente el precio o el propio objeto, de modo que la voluntad del cliente sobre la aceptación de la oferta no puede formarse correctamente, es decir, hay un vicio del consentimiento. Ejemplos paradigmáticos que han llegado a los tribunales y han sido resueltos a favor de la clientela sobre esta base son los conflictos sobre cláusulas suelo o participaciones preferentes. Así, la jurisprudencia consolidada⁴⁶ sostiene que la falta de información precontractual puede ser el fundamento para una acción de nulidad contractual por vicio del consentimiento únicamente si recae sobre elementos esenciales del contrato y, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios. Por el contrario, no puede fundamentar una acción de resolución contractual en la medida en que no constituye un incumplimiento en ejecución del contrato. Ahora bien, esto pone sobre la mesa dos cuestiones: ¿qué parte de la información precontractual se refiere a elementos esenciales del contrato? Y ¿qué sucede con el resto? Esta doctrina jurisprudencial que se presenta y ha sido aceptada por todos, podría no ser correcta en todos sus extremos.

que ha adquirido o recabado cada una de las partes respecto de la otra antes de la consumación del contrato, máxime cuando hablamos de contratos caracterizados por la confianza mutua o más *intuitu personae*, como de alguna manera resultan ser los bancarios».

⁴⁴ COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁵ LLÁCER MATA CÁS, M. R., «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo: información y documentación» en LLAMAS (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 149-179 (p. 151); PERALES VISCASILLAS, M^a del P., «Formación...», *op. cit.*, pp. 417-419; MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁴⁶ Por todas, STS (Pleno) 3247/2017 de 13 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3247, y STS 3034/2022, de 19 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3034.

En este punto es donde se entrelazan los problemas de contenido con los que genera el hecho de que este régimen se contenga en una norma de rango reglamentario. Es cierto que el TJUE, en coherente interpretación del art. 288 TFUE, ha declarado que «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad»⁴⁷. Pero, a mi juicio, yerra el Tribunal Supremo al considerar suficiente esta doctrina según la cual solo pueden derivarse consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento de las obligaciones de información precontractual cuando generen un vicio del consentimiento⁴⁸. En la práctica, se está dejando huérfanos de consecuencias contractuales a muchos incumplimientos de obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, bien porque jurídicamente resultan muy difíciles, si no imposibles de perseguir —piénsese en un incumplimiento de información precontractual que no tiene la entidad de originar un vicio del consentimiento y sobre el que resulte inviable probar o cuantificar el daño producido—, o bien porque, *de facto*, interesar su tutela resulta simplemente ineficiente desde un punto de vista económico, que es lo más frecuente en materia de servicios de pago. La insuficiencia de estos remedios, aceptados en cambio por doctrina y jurisprudencia, pone en entredicho la eficacia del Derecho de la UE.

La primera pregunta planteada permite una reflexión de particular importancia: que es y qué no es objeto del contrato. En los últimos años, probablemente en gran medida debido a la globalización y la digitalización, algunos de los contornos tradicionales del Derecho contractual han ido perdiendo trascendencia, como la distinción entre contratos típicos y atípicos, o nominados e innominados. En la contratación de algunos servicios financieros hasta la característica de formal tiene ahora unas líneas divisorias que se desvanecen⁴⁹. La tendencia es hacia la pérdida de individualidad de los contratos en favor de clases o categorías⁵⁰ más amplias que comparten muchas características

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, *Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos*, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344, con cita a la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, *Littlewoods Retail* y otros, C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, ap. 27.

⁴⁸ Como se desprende en general de su jurisprudencia (por ejemplo, entre las sentencias recientes STS 791/2022, de 1 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:791) y, de manera más explícita, del F.D. 3.º de la STS (Pleno) 3247/2017 de 13 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3247.

⁴⁹ Por ejemplo, los contratos marco de servicios de pago —como muchos contratos bancarios— no son en sentido estricto contratos formales y, sin embargo, en determinados supuestos, la falta de formalización en soporte duradero podría derivar, según se configure el *iter* procesal, en la anulabilidad del contrato.

⁵⁰ MELERO BOSCH definía los contratos de servicios de pago como una «categoría general que engloba todos aquellos contratos suscritos entre un profesional habilitado y un usuario

comunes, aunque no todas. Por ejemplo, los contratos de servicios de pago sería una categoría, mientras que los contratos individuales serían el de cuenta de pago, el de tarjeta de pago, el de envío de dinero, etc.; lo mismo sucede con los contratos de préstamo o crédito, como categoría general que incluye contratos de crédito al consumo, de crédito inmobiliario, etc. Y esta tendencia se pone de manifiesto en la propia legislación: el RDLSP no regula contratos individuales sino cuestiones generales —y alguna específica— aplicables a una categoría de contratos muy amplia.

Por eso, el estudio de los contratos no parte ya necesariamente de estas características como la tipicidad o la formalidad en sentido clásico, aunque siguen siendo de vital importancia para aclarar ciertas cuestiones. Lo fundamental no es el *nomen iuris* o el tipo contractual, sino las consecuencias que se derivan de la adscripción del contrato a la categoría de los contratos de servicios de pago, y a una concreta subcategoría. Desde un punto de vista teórico, hoy carece de sentido elucubrar sobre el nivel de tipicidad de los contratos específicos de servicios de pago, porque lo que cuenta con cierta tipicidad son los contratos de servicios de pago como categoría. Lo que es necesario es inducir, a partir del Derecho positivo y de la realidad del mercado, aquellos elementos generales que caracterizan a estos contratos, se insiste, como categoría. Y uno de esos elementos no es otro que su objeto⁵¹. Esta inducción es la que luego, precisada en el análisis del caso concreto, es decir, ateniendo al contrato específico suscrito por las partes, va a permitir resolver los problemas que se planteen.

Si nos detenemos en el que vulgarmente se denomina contrato de cuenta de pago, el objeto de dicho contrato no es la mera apertura de la cuenta, sino también el mantenimiento de dicha cuenta, la gestión del depósito de los fondos del usuario y la ejecución de cuantas operacio-

(consumidor o no) que tendrán por objeto la prestación de servicios de pago» (MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 69).

⁵¹ En este punto, se sigue los planteamientos de RIPERT y de DÍEZ PICAZO que se recogen en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, vol. I, 3.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2003, pp. 411 y 412. El primero, sostenía que «un contrato no tiene objeto: tiene efectos, y los efectos consisten en la producción de obligaciones; son estas obligaciones las que tienen un objeto... el objeto del contrato designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades y en torno a la cual se ordena la economía del contrato». Del segundo se recoge la idea de que los conceptos de «cosas» y «servicios» que utiliza el art. 1271 CC deben ser interpretados en sentido amplio, de modo que como objeto del contrato hayan de admitirse «las más variadas realidades» y, a los efectos que aquí interesan, entre ellas está «el comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios». Poniendo en conexión ambas ideas, se llega al concepto de «prestación» como objeto de la obligación: «el comportamiento obligatorio del deudor; aquello que, sin la obligación, no tenía el deber de hacer o de abstenerse de hacer; la porción de su conducta que, en virtud precisamente del vínculo obligatorio, ha dejado de ser libre e indiferente para el derecho, y pasado a ser ordenada, polarizada, en un sentido determinado» (LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 49-50).

nes de pago, en calidad de ordenante o beneficiario, se soliciten por el titular a través de los instrumentos que se pacten y en las condiciones acordadas. Del mismo modo, cuando se habla de contrato de tarjeta se está haciendo referencia no solo al contrato por el que se emite una tarjeta y se pone a disposición del titular sino, habitualmente, también a aquel que regula las operaciones de pago —y, en su caso, de crédito— que pueden iniciarse a través de la tarjeta, su ejecución, el pago por dichas operaciones o como proveer los fondos necesarios para las mismas, la responsabilidad del emisor y titular por uso indebido del instrumento, etc.

En un planteamiento superior, el objeto de los contratos de servicios de pago —entendidos como categoría— no es, por tanto, la mera prestación de servicios de pago sino su prestación en unas condiciones determinadas⁵². Porque son precisamente esas condiciones las que se comparan y en función de las cuales el usuario adopta la decisión de contratación, es en ellas donde se puede apreciar un elemento diferenciador entre los diferentes operadores. Los servicios de pago regulados que se ofertan son siempre los mismos y se adscriben a la categoría general, lo que puede variar son las condiciones en que dichos servicios se prestan. Por ejemplo, en el caso del contrato de cuenta algunos usuarios pueden preferir la operativa electrónica en todo caso, a través de la página web o la aplicación móvil del proveedor, mientras que otros quizás estén más interesados en aquellos proveedores que ofrezcan plazos de ejecución más cortos —por ejemplo, que la norma sea la transferencia inmediata— o en los que se devenguen menos comisiones. Son las condiciones de prestación de los servicios de pago lo que determina el objeto del contrato y no los meros servicios en sí mismos considerados⁵³.

Es aquí donde, en materia de servicios de pago, los conceptos de objeto del contrato, oferta e información precontractual convergen en cierta medida. Primero, porque como indica el art. 29.3 RDLSP, lo que se prevé en la legislación especial de servicios de pago es no solo la información que debe proporcionarse al usuario sino las condiciones sobre las que debe recaer el consentimiento contractual. La voluntad tanto del legislador español como del europeo —*vid.* arts. 43 a 45 y

⁵² El art. 1203.1.º CC pone el objeto y sus condiciones principales al mismo nivel en sede de modificación y novación de las obligaciones.

⁵³ En sentido similar, AGUILERA SILVÁN analizando el 1261 CC cita a O'CALLAGHAN MUÑOZ, para quien «objeto, es la realidad sobre la que recae el contrato, los intereses regulados y concretamente las obligaciones de las partes» y a LLOBET AGUADO que «indica que el objeto del contrato puede definirse a partir de las prestaciones debidas y del objeto de las mismas» (AGUILERA SILVÁN, F. J., «El objeto como elemento esencial del contrato» en *Artículos doctrinales*, blog noticias.jurídicas.com., 01/04/2011, última consulta 01/02/2023; con cita a O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004, p. 1 222; y a LLOBET AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 70).

52 a 54 PSD2— parece ser determinar cuál ha de ser el objeto de los contratos de servicios de pago, entendidos estos como categoría.

Debe tenerse en cuenta además que la concreta información que el proveedor ha de facilitar con carácter precontractual es exactamente la misma que la información contractual, tanto en el caso de los contratos marco como de contratos de operación de pago singular (*vid.* arts. 8.1 y 13.1 que remiten, respectivamente, a los arts. 9 y 14, todos de la Orden de transparencia de servicios de pago)⁵⁴. En tercer lugar, se prevé que la obligación de informar con carácter precontractual podrá cumplirse también, en lugar de a través de un folleto, proporcionando una copia del borrador del contrato al usuario (arts. 8.3 y 13.3 OTSP). La norma llega al extremo rayano en lo absurdo de permitir que la información — supuestamente— precontractual se ponga a disposición del usuario inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago singular o de la celebración del contrato marco, cuando dichos contratos hayan sido celebrados «a instancias del usuario del servicio de pago a través de un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor de servicios de pago cumplir» normalmente con la obligación de dar dicha información a su debido tiempo (arts. 8.2 y 13.2 OTSP), y ello a pesar del esfuerzo necesario para imaginar un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor cumplir sus obligaciones en tiempo y forma.

Dejando a un lado esta cuestión, lo relevante es llamar la atención sobre la frecuencia con la que, en materia de servicios de pago, la información precontractual y la propia oferta son el mismo documento⁵⁵ y llegan a conocimiento del usuario en un solo acto, en el mismo instante.

En el caso de contratos de operaciones de pago singular, la información pre- y contractual se refiere a los datos que el usuario debe facilitar para la correcta iniciación o ejecución de la orden de pago, al plazo máximo de ejecución, a todos los gastos desglosados que el usuario debe abonar al PSP y, en caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, al tipo de cambio efectivo o el de referencia que se aplicará (art. 9.1 OTSP). De la extraña remisión del ap. 3 del art. 9 al art. 14 de esta misma Orden se desprende que también es obligatorio que el PSP dé su información de registro y supervisión, así como otra

⁵⁴ Con excepción de un supuesto muy concreto: aquel en el que la orden de pago cuya ejecución es objeto de un contrato de operación de pago singular se transmite mediante un instrumento de pago regulado por un contrato marco con otro proveedor. En estos casos, el proveedor parte en el contrato de operación de pago singular no está obligado a proporcionarle al usuario ninguna información que ya se le haya facilitado en virtud del contrato marco con el otro proveedor, o que vaya a facilitársele en el futuro en virtud de dicho contrato (art. 7.2 OTSP). Por ejemplo, una retirada de efectivo en cajero de entidad tercera a través de tarjeta.

⁵⁵ Documento en sentido muy amplio, pues puede ser un documento en papel, electrónico o una pestaña de la web del PSP, dependiendo de los casos y el contrato —marco o de operación de pago singular—.

información «pertinente» que ni el legislador europeo ni el español han tenido a bien concretar. Lo que sí se ha concretado es un supuesto específico de gran recurrencia, aquel en el que la orden de pago se transmite a través de un instrumento sujeto a un contrato marco con otro proveedor. El ejemplo por excelencia es el de una retirada de efectivo en el cajero de un proveedor distinto al emisor del instrumento. En estos casos el proveedor del contrato de operación de pago singular no tiene obligación de proporcionar información que el usuario ya conozca en virtud del contrato marco (art. 7.2 OTSP).

En el caso de los contratos marco de servicios de pago, además de los datos de identificación, contacto, registro y supervisión del PSP, este tiene que proporcionar información relativa a la utilización del servicio de pago; a los gastos y, en su caso, tipos de interés y de cambio; a cuestiones sobre comunicación; también sobre medidas de seguridad y requisitos de devolución; sobre las condiciones de las modificaciones contractuales y la resolución del contrato marco; sobre la ley aplicable, la competencia jurisdiccional y los procedimientos de reclamación; y sobre los gastos adicionales que en su caso se exijan por la utilización de un instrumento de pago determinado⁵⁶. Pero además, estos no son solo aspectos sobre los que ha de informarse al usuario, en teoría, «con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta», ni son tan solo información de carácter contractual. Todo ello conforma el conjunto de condiciones sobre las que debe recaer el consentimiento contractual y, conforme a lo expresado *supra*, por ende, el objeto del contrato. Afirmación que viene respaldada por el art. 14 OTSP que expresamente señala que todos los aspectos sobre los que debe informarse y las condiciones que en él se recogen «formarán parte del contenido mínimo del contrato que, en su caso, se celebre», e igualmente así lo han interpretado algunos autores respecto del art. 52 DSP2⁵⁷.

Esta reflexión partía de una pregunta enunciada al inicio de este apartado ¿qué parte de la información precontractual se refiere a

⁵⁶ Tanto la DSP2 como la OTSP recogen esta obligación de forma independiente al resto de las que afectan al contrato marco —art. 60 de la primera, en sede de «disposiciones comunes» y art. 5 de la segunda, en el capítulo titulado «disposiciones generales»—, pero no puede sino concluirse que se trata de un error: si hay instrumento de pago, necesariamente tiene que existir un contrato marco.

⁵⁷ En este sentido, GIMIGLIANO, cuando señala que la Segunda Directiva de servicios de pago establece condiciones mínimas y estandarizadas para los contratos marco en los Estados miembros (GIMIGLIANO, G., «Title III ‘Transparency of conditions and information requirements for payment services’, Chapter 1 ‘General rules’ (arts 38-42), Chapter 2 ‘Single payment transactions’ (arts 43-39), Chapter 3 ‘Framework contract’ (arts 50-58) » en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment...*, *op. cit.*, pp. 103-120 [p. 117]), y MILLÁN TRASHORRAS, J. L., «capítulo 3. Transparencia de las condiciones y requisitos de la información aplicable a los servicios de pago» en URÍA y CARPINTERO (coords.), *Servicios de pago. Adaptación a la Directiva PSD II*, Lefebvre, Barcelona, 2018, pp. 61-84 (p. 84).

elementos esenciales del contrato? Y la respuesta, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, sería que en materia de servicios de pago toda la información precontractual requerida por la Orden de transparencia de servicios de pago se refiere a elementos esenciales del contrato en la medida en que, coincidente con la información y condiciones contractuales por disposición de la ley⁵⁸, integra el objeto de los contratos de servicios de pago.

Como se decía, esto es aplicable a los contratos de servicios de pago como categoría, pero también se prevén otras especialidades para supuestos mucho más concretos. Quizás el más relevante, por su frecuencia en el tráfico mercantil, es el de las cuentas de pago ofertadas como parte de un paquete junto a otros productos o servicios financieros no asociados a la misma. En este caso, los proveedores de servicios de pago están obligados a facilitar de forma individualizada la información sobre los costes y comisiones asociados a cada uno de los servicios que formen parte del paquete y puedan ser contratados de manera independiente (art. 29.2 RDLSP). Otra especialidad en materia de información precontractual es la que afecta a los contratos marco relativos a instrumentos de pago de escasa cuantía⁵⁹. En lo que a estos se refiere, la información precontractual que el PSP debe facilitar activamente al usuario se reduce al mínimo indispensable para que este puede tomar una decisión con conocimiento de causa⁶⁰, debiendo aquel indicar además dónde puede el usuario acceder al resto de información y condiciones contractuales exigidas para los contratos marco, por ejemplo, la dirección específica de la página web del proveedor.

Este régimen especial previsto en el RDLSP y en su desarrollo reglamentario es de aplicación imperativa cuando el usuario es consumidor o microempresa y dispositiva en otro caso. Así lo dispone, para la totalidad del título II, el art. 28.2 RDLSP. Ello supone que para excluir la aplicación de este régimen especial en los casos en que el usuario

⁵⁸ Recuérdese que el propio art. 29 RDLSP, en sus apartados 1 y 3, se refiere tanto a la información como a las condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago. Además, su desarrollo reglamentario, los arts. 8, 9, 13 y 14 OTSP—que transponen los arts. 44, 45, 51 y 52 DSP2—determinan expresamente la coincidencia entre la información y condiciones que han de proporcionarse en la fase precontractual y en la propiamente contractual.

⁵⁹ Son aquellos que solo permitan realizar operaciones de pago individuales de hasta 30 €, o que tienen un límite de gasto de 150 €, o que solo permitan almacenar fondos que no superen los 150 €. En su mayoría, se tratará de instrumentos de pago de dinero electrónico, pero no siempre y algunos supuestos pueden plantear alguna duda, por ejemplo, las tarjetas de débito en las que de mutuo acuerdo se establece un límite de gasto diario.

⁶⁰ El art. 6.2.a) OTSP, que transpone literalmente el apartado equivalente del art. 42 DSP2, se refiere a las características principales del servicio de pago, la forma de utilizar el instrumento de pago, la denominación del proveedor de servicios de pago y sus datos de contacto, la responsabilidad de ordenante y proveedor en caso de operaciones no autorizadas, no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente y a los gastos cobrados, añadiendo una cláusula de cierre, por supuesto, absolutamente indeterminada «y demás información práctica necesaria».

no sea consumidor ni microempresa, debe mediar un acuerdo explícito al respecto. Este acuerdo tendrá carácter precontractual cuando se refiera a la inaplicabilidad del régimen especial al conjunto del contrato y carácter contractual cuando pretenda excluir su aplicación solo para algunas operaciones⁶¹. A falta de dicho acuerdo o, en su caso, respecto de aquellos aspectos a los que el mismo no se refiera de forma expresa, el régimen especial desplegará todos sus efectos de igual modo que si el usuario fuera consumidor o microempresa. Ahora bien, la mera facilitación o puesta a disposición de la información —según los casos— no es suficiente: el proveedor está obligado además a explicar de forma adecuada y suficiente los términos esenciales del servicio, aclarando el contenido de la información proporcionada y las consecuencias de la celebración del contrato, teniendo en cuenta las necesidades del potencial cliente y su situación financiera para que este pueda adoptar una decisión informada, pues así lo dispone el art. 9 OTSB al que remite el art. 3 OTSP. Esta remisión implica que tal obligación despliega sus efectos bajo el ámbito de aplicación de la orden especial y no de la general, sustancialmente diverso⁶².

Otra consecuencia que deriva de esta remisión es la obligación de informar sobre las comisiones. En concreto, los proveedores deben poner a disposición de los clientes —se entiende, actuales o potenciales— un listado actualizado de las comisiones que perciben, así como los gastos que aplican, a los servicios prestados con mayor frecuencia⁶³. El objetivo de esta obligación es que los usuarios puedan comparar entre los diferentes proveedores. Cumple la misma finalidad que la del documento informativo de comisiones, que se refiere únicamente a los servicios más representativos asociados a la cuenta de pago⁶⁴ que ofertan los PSPs y que debe ser proporcionado al usuario en soporte duradero y con suficiente antelación respecto de la fecha de celebración de cualquier contrato de cuenta de pago (art. 16 RDLCP).

A todo lo anterior, además, hay que añadir la información requerida por la LCDSFC en caso de que los contratos de servicios de pago se celebren y los servicios se negocien y comercialicen a distancia, cuando

⁶¹ Esta doble posibilidad se desprende del tenor literal del art. 28.2 RDLSP: «Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor ni microempresa, las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, este título y sus disposiciones de desarrollo».

⁶² Mientras que la OTSP es imperativa para consumidores y microempresas y ha de ser explícitamente excluida para no ser aplicable también a otros usuarios, la Orden EHA/2899/2011 tan solo se aplica cuando el cliente es una persona física.

⁶³ Art. 3.3 Orden EHA/2899/2011. Esta información debe hacerse pública de conformidad con la norma tercera de la Circular del Banco de España 5/2012 y su anejo 1.

⁶⁴ Lista definida por el Banco de España en el anejo 1 de su Circular 2/2019. El documento informativo sobre comisiones debe diseñarse conforme a lo dispuesto en la norma 4 y en el anejo 2 de la misma Circular.

usuario sea un consumidor⁶⁵. La coordinación entre la legislación de comercialización a distancia de servicios financieros y la de servicios de pago viene expresamente determinada por el art. 39 DSP²⁶⁶, cuyo contenido, en relación al régimen español, determina que a los supuestos citados no resulte de aplicación completa el art. 7 LCDSFC sino las normas de servicios de pago y únicamente los apartados del art. 7 enumerados en el art. 8 LCDSFC. Llama la atención que los aspectos seleccionados podrían ser de interés independientemente de que el contrato se celebre a distancia o no. Curiosamente, el RDLSP no exige que el proveedor de servicios de pago informe al usuario sobre la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario mientras que esta obligación sí aparece en el art. 7.1.4). *b)* LCDSFC; también toda la información que debe proporcionarse de acuerdo con el apartado 2), letras *c)* a *g)* podría ser de interés general⁶⁷.

Por otro lado, los aspectos relacionados en el art. 7.1.3) letras *a)*, *b)* y *e)* sí que tienen carácter especial por tratarse de contratos celebrados a distancia. Se refieren al derecho de desistimiento, su existencia, duración, condiciones y consecuencias de su falta de ejercicio, así como a las instrucciones para ejercitarlo, y el Estado o Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor, antes de la celebración del contrato. Además, en relación a las comisiones, los proveedores que vayan a prestar un servicio a distancia deben indicar «mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir», ofreciendo al usuario la posibilidad de desistir de la operación solicitada (art. 3.3, Orden de transparencia de servicios bancarios). Esta obligación, dependiendo de los casos, será una obligación de información precontractual —por ejemplo, en un contrato

⁶⁵ Art. 1 LCDSFC: «Esta Ley establece el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia...».

⁶⁶ Véanse también los considerandos 55 y 59 DSP².

⁶⁷ Se trata de información sobre el propio servicio:

«*c)* en su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales, tales como los de escasa o nula liquidez, la posibilidad de que no se reembolsen íntegramente los fondos depositados o de que el precio del servicio se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros;

d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;

e) toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida;

f) las modalidades de pago y de ejecución;

g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste».

de operación de pago singular cuyo objeto sea la retirada de efectivo en un cajero del cual es titular un PSP diferente al gestor de cuenta del usuario—, o una obligación de información en ejecución del contrato —por ejemplo, cuando la retirada de efectivo se produce en un cajero del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del usuario y, por ende, en el seno de un contrato marco—.

Más allá de las especialidades reseñadas sobre las cuentas de pago y los contratos a distancia, un caso particular es el de los contratos que tienen por objeto únicamente el servicio de información de cuentas o el servicio de iniciación de pagos. Respecto de este último, a pesar de que como se ha expuesto no supone la ejecución de operaciones de pago sino su mera iniciación, la Segunda Directiva de servicios de pago y la Orden de transparencia de servicios de pago parecen asimilarlos a los contratos de operación de pago singular, ya que en sede de información en ejecución del contrato contienen una previsión específicamente destinada a los proveedores de servicios de iniciación de pagos. El hecho de que se les incluya en los capítulos correspondientes a las operaciones de pago singular lleva a la conclusión de que también en estos casos será de aplicación al proveedor de servicios de iniciación la obligación de informar con carácter pre y contractual al usuario ordenante en los términos previstos por los arts. 8 y 9 OTSP. Ahora bien, en mi opinión, con frecuencia, en el otro extremo de la operación —el del beneficiario—, los modelos de negocio de iniciación de pagos suponen la prestación de un servicio de adquisición para el usuario-comerciante-beneficiario. En este caso, lo habitual será que la prestación de los servicios se articule no mediante contratos de tracto único sino sucesivo y, por ende, requiera de la conclusión de un contrato marco al que serán de aplicación las reglas más exigentes de los arts. 13 y ss. OTSP⁶⁸. Recuérdese, no obstante, que estas normas tienen carácter dispositivo si el usuario no es consumidor —en este caso, nunca lo será— o microempresa.

Mayor confusión puede generar el caso de los servicios de información sobre cuentas cuando se prestan exclusivamente —sin perjuicio de que, junto a este, se presten otros servicios financieros diferentes a los servicios de pago regulados que, en su caso, se regirán por su legislación especial—. En este caso, el RDLSP prevé un régimen aligerado que dispensa a las entidades prestadoras de solicitar autorización como entidad de pago dando lugar a una nueva figura, las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas (EPSIC). La relación que vincula a las EPSIC con sus usuarios, pese a que el servicio de información sobre cuentas ha adquirido *ope legis* la categoría de

⁶⁸ GIMIGLIANO también ha puesto de manifiesto que podría darse otro modelo de negocio en que el proveedor de servicios de iniciación de pagos concertase un contrato marco con el propio ordenante (*vid.* GIMIGLIANO, G., «Title III “Transparency of conditions...», *op. cit.*, p 119).

servicio de pago regulado, no puede en modo alguno calificarse como contrato marco de servicios de pago ni, mucho menos, como contrato de operación de pago singular. No es un contrato marco porque, a pesar de tener carácter continuado, no rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas, y tampoco es un contrato de operación de pago singular porque ni se trata de un servicio que se preste de forma puntual, ni supone la ejecución de una acción tendente a ingresar, transferir o retirar fondos (art. 3, aps. 9 y 26 RDLSP). Aquí, la Orden de transparencia sí se ha extralimitado, no respetando la delegación normativa del RDLSP. El art. 2.3 OTSP señala que lo dispuesto en ella no será aplicable a las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas «salvo lo establecido en los artículos 9 y 14, en aquello que resulte de aplicación a dicho servicio». Pero el art. 28.1 RDLSP es claro al establecer que el título II RDLSP solo es de aplicación «a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos» y, en coherencia, el art. 29.3 se refiere también exclusivamente a las operaciones de pago singular, a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco y al propio contrato marco. ¿Cuál es entonces el régimen de información previa aplicable a la prestación de servicios de información sobre cuentas? Desde luego, no el previsto en la Orden de transparencia de servicios de pago.

En principio, el régimen aplicable a los servicios de información sobre cuentas será el previsto en la LCDSFC o, en su caso, el establecido por los arts. 60 y ss. TRLGDCU si se considera que el art. 8 LCDSFC excluye la posibilidad de aplicación del primero⁶⁹. Una interpretación estricta del tenor literal de este precepto lleva a concluir que, en la medida en que el RDLSP es aplicable a los servicios de información sobre cuentas, pero el art. 29 RDLSP y sus disposiciones de desarrollo no prevén reglas al respecto de estos servicios, tampoco cabe la aplicación general del art. 7 LCDSFC pues la ausencia de normas aplicables es intencionada. Pero incluso si así fuera, en tanto los servicios de información sobre cuentas se contraten por consumidores, estos quedaran protegidos por el TRLGDCU. En mi opinión, la extralimitación del art. 2.3 OTSP evidencia el lapsus del legislador, que parece no tuvo voluntad expresa de excluir los contratos de información sobre cuentas del régimen especial, por lo que el régimen a aplicar será el de la LCDSFC.

⁶⁹ Segundo párrafo del art. 8 LCDSFC: «Cuando sea de aplicación el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, las disposiciones en materia de información contenidas en el artículo 7.1 de esta ley, con excepción de lo establecido en el párrafo 2 apartados c) a g), lo dispuesto en el párrafo 3, apartados a), b) y e) y lo incluido en el párrafo 4, apartado b), se sustituirán por lo establecido en el artículo 29 de dicho real decreto-ley y sus disposiciones de desarrollo, en los términos que allí se establezcan» (cursiva añadida).

III. UN RÉGIMEN DEFICIENTE: CUANDO MÁS, ES MENOS

De lo expuesto en el apartado anterior puede concluirse que la cantidad de información precontractual que el proveedor de servicios de pago ha de facilitar o poner a disposición del usuario es ingente. Y ni siquiera es la única, porque a ella hay que añadir, como mínimo, la información sobre protección de datos de carácter personal cuando el usuario sea una persona física. Este exceso se deriva, en primer lugar de una opción de política legislativa de dudosa idoneidad: la equiparación de la información precontractual con la contractual⁷⁰; y en segundo lugar, de una técnica legislativa igualmente cuestionable: la necesidad de aplicación simultánea de multitud de normas diversas a los servicios de pago. Que las obligaciones de información precontractual sean cada vez mayores acaba produciendo un efecto opuesto al pretendido: el usuario está desinformado por exceso y la comparabilidad entre servicios es prácticamente imposible.

Piénsese en un ejemplo frecuente y reducido a la sencillez más realista: un usuario que desea abrir una cuenta de pago y disponer de una tarjeta de débito —aún se complica más si se trata de una tarjeta de crédito— tiene que recibir con suficiente antelación para tomar una decisión presuntamente informada un documento (ya sea digital o en formato papel) con más de una treintena de apartados de información⁷¹ o, mejor dicho, tres documentos ya que el usuario desea concluir dos contratos marco de servicios de pago y, dado que uno de ellos es de cuenta de pago, deberá recibir también el documento informativo de comisiones. A decir verdad, serán muchos más documentos, porque la legislación de servicios de pago parte del presupuesto de que el usuario va a solicitar toda esta información de varias entidades, de modo que pueda estudiarla y elegir la que mejor se ajuste a sus intereses. Eso sí, esta misma legislación —igual que su desarrollo reglamentario— omite la concreción de cuánto tiempo necesita un usuario para tomar una decisión ante la indeterminación de la expresión «suficiente antelación».

A falta de especificación, y de interpretación jurisprudencial al respecto, debería considerarse que, sin perjuicio de que el usuario pueda tomar una decisión antes, habrán de ser dos meses. Porque ese es el plazo de antelación con el que un proveedor debe proponer una modificación de las condiciones del contrato, como se verá en su momento. Pero, además, la identidad entre la información precontractual, la contractual y el contenido mínimo del contrato, así como la posibilidad de

⁷⁰ BUESO GUILLÉN, P-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 260.

⁷¹ Con disculpas por la autocita, un cuadro detallado se elaboró en CASTILLO OLANO, A., «Transparencia...», *op. cit.*, pp. 301-303.

satisfacer esta obligación de información previa mediante la facilitación de un borrador del contrato *ex art.* 13.3 OTSP, convierte este conjunto de información en una oferta vinculante. Porque si cambia alguna de las condiciones descritas en la información precontractual, habrá de volver a informarse al cliente. Y esta oferta vinculante, debería tener un periodo de validez de dos meses. Si al usuario se le otorga al menos este plazo para decidir sobre una propuesta de modificación de un contrato ya vigente, con más razón cuando esté decidiendo con quién contratar en primer lugar. Ahora bien, ello no debe confundirse con las campañas publicitarias. Esta interpretación en nada obsta a que pueda lanzarse una concreta oferta publicitaria durante un periodo de tiempo inferior, pero una vez se le proporciona la información precontractual a un potencial cliente, esta adquiriría la condición de oferta vinculante y debería mantenerse durante dos meses.

Pretender que el usuario, generalmente un «consumidor medio» —porque es a quien se va aplicar imperativamente este régimen— lea, comprenda y asimile toda esta información para convertirse, además, en un «consumidor informado» capaz de tomar una decisión consciente y fundamentada con base en sus necesidades y las condiciones del mercado, no es sino un desiderátum⁷². Pero es que dar por hecho que este régimen jurídico es eficaz y eficiente es quizá demasiado ingenuo. En primer lugar, debe prohibirse tajantemente la facilitación de una información precontractual genérica que no tiene en cuenta el concreto cliente al que se proporciona o, al menos, las circunstancias que pueden modificar las condiciones de la oferta⁷³. Es muy habitual que las entidades cuenten con una información precontractual genérica «de máximos» sobre la que luego, sin informar en los términos que exige el régimen especial, se realizan habitualmente mejoras como la bonificación de comisiones (por ejemplo, si se es menor de 30 años, si se cobra en dicha cuenta la nómina o se domicilia el pago de un número determinado de recibos). Pero si esas mejoras no constan debidamente en la información pre y contractual, en caso de eventual modificación,

⁷² Del estudio del régimen de transparencia de la Segunda Directiva de servicios de pago, GIMIGLIANO concluye que la concepción de usuario de servicios de pago de la norma europea es la de «actores económicos informados». Se asume en la directiva que los usuarios leerán cuidadosamente toda la información proporcionada por los proveedores de servicios de pago, compararan ofertas y elegirán la que mejor satisfaga sus necesidades; comprobarán que las condiciones que efectivamente se les apliquen son las mismas que figuraban en la información precontractual; verificarán regularmente la información de las operaciones ejecutadas de acuerdo con un contrato marco para asegurar que no ha habido ningún error de ejecución u operación no autorizada; y examinarán la información sobre comisiones comparado las aplicadas por su proveedor y las ofrecidas por otros competidores (GIMIGLIANO, G., «Title III ‘Transparency of conditions...», *op. cit.*, p. 120).

⁷³ *vid.* BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 175; AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *EBA Report on the thematic review on the transparency and level of fees and charges*, EBA/REP/2022/31, 2022, p. 22.

el usuario no está correctamente informado ni dispone de la información suficiente para cotejar cómo ha ido variando su contrato.

En segundo lugar, con demasiada frecuencia, la práctica del mercado revela que el usuario acude a una oficina o entra a la página web de un proveedor de servicios de pago y firma un contrato marco sin saber qué está firmando. Porque en la oficina, después de una breve explicación, el empleado de la entidad no imprime la documentación —o la envía por correo electrónico— hasta que no se ha firmado en la tableta digital; y en la web, es el propio usuario el que desliza hasta abajo la pestaña de condiciones, frecuentemente, sin leer una sola línea. No puede desconocerse que obligar a un tiempo prudencial para que el usuario medite su decisión de contratar, como ha sucedido con los préstamos hipotecarios, sea quizás excesivo⁷⁴, porque en el mercado de pagos el usuario prefiere, cada vez más, la contratación y prestación de servicios de forma inmediata, habitualmente a través de internet, y prima la usabilidad por encima de todo. Pero conseguirlo no puede ser a costa de ignorar los derechos de los usuarios y las obligaciones de los proveedores. Por parte de estos, puede faltar diligencia; por la de aquellos, educación financiera. Hay que valorar positivamente, no obstante, la obligatoriedad de que los Estados miembros cuenten con sitios web de comparación de cuentas de pago (art. 7 de la Directiva de cuentas de pago). Se trata de una medida que ha contribuido a minorar los abusos que se han cometido en la aplicación del régimen precontractual de los servicios de pago, al menos, por lo que se refiere a las cuentas de pago. Pero creemos que debe irse más allá.

Conviene, en este momento de profundo cambio y actividad legislativa de la Unión Europea en los mercados financieros, llevar a cabo una racionalización y sistematización de las normas financieras. Pero muy particularmente habría que reflexionar sobre la finalidad de las obligaciones de transparencia y de información precontractual en materia de pagos, teniendo en cuenta el contexto de la prestación de los servicios. Y ello, bien sea en la norma que prevea dichas obligaciones de Derecho contractual, bien sea en materia de ordenación de los mercados. Ha de superarse la tendencia de encorsetar las leyes en compartimentos estancos porque, cada vez más —y más aún cuanto más tecnológico es un sector—, confluyen aspectos que requieren de un régimen jurídico lo más multidisciplinar y omnicompreensivo posible y, sobre todo, eficaz.

Como hemos visto, en materia de pagos confluyen a día de hoy multitud de normas que, sin embargo, no están desplegando sus efectos de forma eficaz. Por un lado, porque parten de presupuestos

⁷⁴ Lo que no obsta a la defensa de la conclusión aquí alcanzada: el régimen especial de servicios de pago prevé una oferta vinculante que debe tener un periodo de validez de al menos 2 meses, salvo que las variaciones sean claramente favorables al usuario, igual que sucede en sede de modificación de las condiciones contractuales.

alejados de la realidad, como la idea del usuario informado; o la de que a mayor cantidad de información, más transparente y eficiente es un mercado; o el mero hecho de que la legislación especial se cree en torno a figuras tradicionales como la «cuenta corriente» y la entidad de crédito, sin considerar cabalmente las especialidades de otros servicios y nuevos modelos de negocio que están ganando cada vez más cuota de mercado (servicios de información sobre cuentas combinados con otros de asesoramiento o crédito, *wallets* digitales, servicios de dinero electrónico *online*, etc. —por no hablar de las criptomonedas—). Por otro lado, porque, aunque este régimen —si bien complejo y en cierto modo obsoleto— podría ser suficiente para mantener cierto equilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes, garantizar la comparabilidad y la contratación responsable, está lejos de conseguir este objetivo. Las vacilaciones en materia de política legislativa —como la falta de previsión de consecuencias jurídico-privadas especiales ante los incumplimientos de la ley—, las dudosas elecciones de técnica legislativa —regular la transparencia en lugar de legislar sobre ella— y cuestionables decisiones jurisprudenciales —negando la trascendencia jurídico-privada del incumplimiento de las reglas de fase precontractual, salvo en los casos más extremos— convierten este régimen de transparencia e información precontractual, prácticamente, en papel mojado. Que no se cumpla oportunamente, que sea excesivo y que no pueda hacerse valer en la relación contractual reduce su utilidad —no del todo, pero casi— a situaciones patológicas en la ejecución de los contratos⁷⁵, pero no por ser información precontractual sino porque, a su vez, constituye la propia información contractual.

Por tanto, a mi juicio, del mismo modo que ha sucedido con las normas de transparencia e información en materia de crédito al consumo, el régimen de información y transparencia de servicios de pago debería contenerse en una norma de rango legal o, al menos, prever en una ley las consecuencias jurídico-privadas de su incumplimiento. Esto resulta de especial relevancia en materia precontractual porque nuestro Derecho general de obligaciones y contratos no cuenta con reglas al respecto. En segundo lugar, las obligaciones de información deben sistematizarse y racionalizarse. Sistematizarse en la medida en que deberían contenerse en una única norma, sin perjuicio de que en ella se diferencien supuestos concretos a los que serán de aplicación obligaciones adicionales como, por ejemplo, en caso de contratación a distancia. La racionalización se refiere, no tanto al contenido de la información que debe proporcionarse al potencial cliente sino, más bien, a la forma de comunicarla. Desde luego, no parece que tenga mucho sentido que la información precontractual y la contractual tengan exactamente el mismo contenido. Pero incluso aunque tal opción

⁷⁵ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 261.

de política legislativa se mantenga, en fase precontractual deberían preverse medidas que facilitasen la comparabilidad de ofertas, no solo en relación a las cuentas de pago. Una buena opción podría ser la organización de la información por niveles, de modo que se estandarizase la comunicación de manera sucinta de los aspectos más relevantes para la toma de la decisión de contratación por parte del cliente (por ejemplo: servicios, precio, modo de operativa, tiempo de ejecución y modo de comunicación entre entidad y cliente) y después se remitiese a otro documento, o sitio web en el que el usuario o potencial cliente pudiera consultar todo el detalle de la oferta.

En el capítulo 5 se reflexiona sobre las consecuencias jurídico-privadas de la infracción del régimen de transparencia e información en general ofreciéndose una interpretación alternativa con base en los argumentos aquí expuestos y haciendo propuestas de *lege ferenda*.

CAPÍTULO 3

FORMA Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

I. PUNTO DE PARTIDA: LOS CONTRATOS «BANCARIOS» COMO CONTRATOS CUASI FORMALES

Una de las características esenciales predicable, con carácter general, de todos los contratos mercantiles ha sido tradicionalmente la ausencia de formalismo, en aras de una mayor agilidad del tráfico mercantil (arts. 51.1 CCom, 1258 y 1278 CC). Sin embargo, en ciertos sectores de particular trascendencia y complejidad ha ido surgiendo, en contraposición, otra tendencia denominada *neoformalismo*¹ con especial repercusión en la contratación financiera, dentro de la cual se incluye, por lo que aquí interesa, la contratación de servicios de pago.

A día de hoy, puede observarse cómo la legislación sectorial financiera impone ciertas obligaciones de documentación que según los casos tiene eficacia *ad solemnitaten* y en otros *ad probationem*. La doctrina mayoritaria entiende que este *neoformalismo* tiene un carácter

¹ GARCÍA CANTERO, G., «Integración del derecho de consumo en el derecho de obligaciones» en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, núm. 13, pp. 37-52 (p. 50). CASAS VALLÉS, R. «Defensa de los consumidores y derecho civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 91, núm. 1, 1992, pp. 79-120 (p. 100); COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 290; HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M., «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo» en *Revista de derecho privado*, año núm. 89, Mes 3, 2005, pp. 27-50.

marcadamente tuitivo, surgido como mecanismo de tutela de la parte más débil del contrato —a menudo, consumidor— y cuya finalidad no es sino reequilibrar la posición de las partes y garantizar la seguridad jurídica². Por ello, la conclusión más extendida es que, con carácter general, estas obligaciones de forma no tienen carácter constitutivo, sino que buscan inducir a la reflexión al cliente³ y conferir certidumbre al contrato en cuanto a su existencia y contenido, haciendo útil y utilizable la información jurídicamente relevante, en particular, permitiendo que el cliente conozca y pueda ejercitar sus derechos⁴.

Ahora bien, esto no deja de ser una generalización que no impide que, en supuestos concretos, el incumplimiento de las obligaciones de forma pueda, efectivamente, acarrear la nulidad del contrato. Es necesario un análisis que permita determinar, en cada caso, el alcance que la norma atribuye a las exigencias formales. Que es precisamente lo que, de forma concisa, pretende exponerse en este apartado en relación a los contratos de servicios de pago.

En la contratación mercantil la *summa divisio* se traza entre contratos formales y no formales. Como regla general, siguiendo el principio espiritualista o de libertad de forma, el contrato mercantil es válido y produce efecto —o, como dice literalmente el art. 51 CCom «obligación y acción en juicio»—, cualquiera que sea su forma, salvo aquellos que con arreglo al Código de Comercio o a leyes especiales «requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia», resultando que «los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio» (art. 52 CCom). A diferencia, por tanto, de lo que la doctrina mayoritaria —aunque no unánime— sostiene respecto de los contratos civiles, dentro de los cuales cabría identificar una especie de categoría intermedia en la que determinados contratos existen, se constituyen válidamente y producen efectos *inter partes* pero para poder ser oponibles frente a terceros deben cumplir algún requisito formal⁵, razón por la cual el art. 1279 CC faculta a cada parte para compeler a la otra al cumplimiento de ese requisito formal⁶. Parece que en Derecho mercantil las opciones son

² MENÉNDEZ, A., y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 56.

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones» en *Anuario de derecho civil*, vol. 47, núm. 1, 1994, pp. 31-90 (p. 68).

⁴ MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P., y PRÍES PICARDO, A., «La contratación...», *op. cit.*, pp. 217 y PERALES VISCASILLAS, M^a DEL P., «Forma del contrato» en BOTANA (coord.), *Comercio...*, *op. cit.*, pp. 365-401 (pp. 369 y 389-390).

⁵ Por ejemplo, los contratos enumerados en el art. 1280 CC, sin perjuicio de que para algunos de los allí enumerados el requisito de forma es constitutivo por disposición de otros preceptos especiales.

⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 405-409; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 47-50. Doctrina con

solo dos y la consecuencia inequívoca: el contrato mercantil puede ser formal o no formal y, de serlo, el incumplimiento de los requisitos formales implica la invalidez e ineficacia del contrato.

Es claro que el art. 1279 CC es aplicable en esta materia (*arg. ex. art. 50 CCom*), ahora bien, respetando este planteamiento del principio espiritualista en el tráfico mercantil. Ello quiere decir que este precepto civil puede desplegar efectos en dos situaciones. Cuando el requisito de forma sea *ad solemnitatem*, será una suerte de facultad precontractual que permitirá a las partes —potenciales— de un contrato mercantil exigir su formalización cuando este sea el único requisito esencial que reste para su válida constitución. Por otro lado, si la ley o la norma especial impone algún requisito formal que, inequívocamente, haya de tener meros efectos *ad probationem*, el art. 1279 CC ofrece a las partes la garantía de poder exigir esa formalización para contar con un elemento de prueba de la relación contractual —y sus términos— que, dicho sea de paso, es un elemento —la prueba, aunque por cualquier medio— esencial de los contratos mercantiles (*ex. art. 51 CCom*)⁷. Así, ejemplo clásico de contrato mercantil formal es el de afianzamiento (art. 440 CCom).

Otro ejemplo mucho más cercano a los contratos de servicios de pago es el contrato de crédito al consumo, cuyo carácter formal viene impuesto por la ley especial, en particular, los arts. 16.1 y 21.1 LCCC, conforme a los cuales el contrato de crédito al consumo debe constar por escrito o en otro soporte duradero, resultando que la falta de concurrencia de este requisito dará lugar a la anulabilidad del contrato. Este régimen nacional deriva directamente del art. 10.1 Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, que exige que estos contratos se establezcan en papel u otro soporte duradero. Pero como es habitual en la Directivas, la norma europea no define cuáles hayan de ser los efectos jurídico-privados de la contravención de tal disposición, aunque ya da cierta pista sobre cuáles podrían ser —al menos uno de ellos— cuando en este mismo apartado, *in fine*, señala que «[e]l presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier norma nacional relativa a la validez de la celebración de contratos de crédito que

la que humildemente disiento, por considerar que la argumentación expuesta respecto de la contratación mercantil podría ser aplicada asimismo al tráfico puramente civil, si acaso, con base también en algún argumento complementario que no ha lugar a desarrollar aquí, más solo apuntar la idea, pues sobrepasa los límites de este estudio.

⁷ Al hilo de esto, algunos autores consideran que la forma escrita cobra *de facto* una importancia notable a efectos probatorios en una gran cantidad de contratos mercantiles, ya que el primer párrafo del art. 51 CCom *in fine* señala que «la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1 500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba» (*vid. BONET SÁNCHEZ, J. I., «El contrato bancario» en NIETO (dir.), Contratos bancarios y parabancarios, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 79-103 (pp. 98-99) y ZUNZUNEGUI, F., Derecho...», op. cit., p. 529.*

sean conformes con el Derecho comunitario»⁸. El legislador español sí previó la consecuencia contractual de la ausencia de cumplimiento del requisito formal, ahorrando así el debate sobre el significado de aquel «hacer constar» en soporte duradero. Aunque, a decir verdad, el previsor fue más bien el legislador de 1995, y el de 2011 tuvo el buen tino de incorporar la Directiva europea manteniendo la legislación entonces vigente en el respeto al principio de armonización plena —porque el art. 21 proviene del antiguo art. 7 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo—. Sea como fuere, el resultado es una ley especial que, al establecer los efectos jurídico-privados de la exigencia de forma en caso de contravención, cumple su función de tutelar los intereses de los consumidores⁹ y garantiza la efectividad del Derecho europeo, dando cumplimiento a lo exigido por el art. 22 Directiva 2008/48/CE¹⁰.

Ha de traerse también a colación el art. 5.1.a) de la LOSSEC. Según la doctrina mayoritaria, este precepto, que obliga a la formalización por escrito de todos los contratos bancarios, determina un requisito de forma no constitutivo. Ciertamente, de acuerdo con su ubicación sistemática y con los títulos competenciales recogidos en la disp. fin. 11.^a LOSSEC, tiene sentido atribuirle naturaleza jurídico-pública. Pero tampoco deja de ser cierto que el argumento de la tutela de los intereses de la clientela que se ha expuesto en epígrafes anteriores es predicable también de este aspecto. Por los motivos ya expuestos, una protección eficaz del cliente concreto, dadas las carencias de nuestro sistema legal nacional en el ámbito de los remedios, podría conseguirse llevando esta exigencia también al plano jurídico-privado, combinando ambos

⁸ Nótese que la Directiva 2008/48/CE será derogada a 20 de noviembre de 2026, de acuerdo con la Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo. Esta nueva Directiva debe ser transpuesta antes del 20 de noviembre de 2025 y comenzará a aplicarse un año después. No obstante, su art. 20 mantiene la exigencia de soporte duradero, así como la posibilidad para los Estados miembros de «adoptar o mantener normas nacionales relativas a la validez de la celebración de contratos de crédito que sean conformes con el Derecho de la Unión».

⁹ Preámbulo LCCC II, Considerandos 8 y 9 Directiva 2008/48/CE.

¹⁰ «1. En la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan.

2. Los Estados miembros velarán por que el consumidor no pueda renunciar a los derechos que se le confieren en virtud de las disposiciones nacionales que den cumplimiento o correspondan a la presente Directiva.

3. Los Estados miembros garantizarán además que las disposiciones que adopten para dar cumplimiento a la presente Directiva no puedan eludirse de resultados del modo en que se formulen los contratos, especialmente como consecuencia de la integración de operaciones de disposición de fondos o contratos de crédito sujetos a la presente Directiva en contratos de crédito cuyo carácter u objetivo permita sustraerlos a su ámbito de aplicación.

4. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los consumidores no se vean privados de la protección que les otorga la presente Directiva como consecuencia de la elección, en el caso de contratos que tengan un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros, del Derecho de un tercer país como Derecho aplicable al contrato».

aspectos. Ello conecta con la idea de la tendencia hacia una doble naturaleza jurídica de las normas del Derecho del sistema financiero o, cuando menos, hacia una doble producción de efectos jurídico-públicos y privados. Sin embargo, por el momento, solo en determinados casos y de forma indirecta —en conexión con otras leyes— la falta de forma podría comprometer la eficacia del contrato, aunque se reconoce que la incidencia práctica de esta cuestión es cada vez menos relevante dada la actual operativa en el sector bancario.

Más relevante que la falta de forma en sí, puede ser la omisión de parte del contenido mínimo necesario de los contratos bancarios y, por lo que aquí interesa y se tratará a continuación, de los contratos de servicios de pago. En cualquier caso, quiere acogerse aquí la propuesta de COUTO CALVIÑO de clasificar los contratos bancarios *in genere*, o mejor, los contratos de intermediación en el crédito y en los servicios de pago, —al menos— como contratos *cuasi formales*¹¹. Categoría que, aunque con muchos matices y variada casuística, sí da la necesaria idea de que la formalización en soporte duradero de estos contratos tiene efectos jurídico-privados, si bien de mayor o menor intensidad.

II. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN DE PAGO SINGULAR

Respecto de los contratos de operación de pago singular baste decir que se trata de contratos no formales. Efectivamente, el proveedor debe facilitar —que no poner a disposición (art. 29.1 RDLSP)— las condiciones contractuales referidas en el art. 9 OTSP. Pero, aunque se exige esa conducta activa del proveedor de servicios de pago para transmitir la información al usuario, en ningún momento se exige que se haga por medio o instrumento concreto alguno. Dicho de otro modo, ni la ley, ni la norma reglamentaria exigen soporte duradero. Ello es lógico dado que los contratos de operación de pago singular son contratos puntuales, de tracto único y, generalmente —aunque no siempre—, de cuantías no demasiado elevadas.

Ningún precepto legal o reglamentario explicita el contenido del contrato de operación de pago singular. En mi opinión, el contenido viene determinado por los elementos esenciales del contrato y la «información y condiciones» que el proveedor debe facilitar al usuario. Es decir, los aspectos enumerados en el art. 9 de la citada Orden y, además, algunos —la norma no dice cuáles— de los previstos en el art. 14 OTSP. Estas son las cuestiones sobre las que debe recaer el consentimiento del usuario. Así, aunque *a priori* no deba facilitarse al usuario en un soporte unitario ni duradero, el contenido del contrato de

¹¹ COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 302.

operación de pago singular se compone del servicio concreto contratado y su funcionamiento básico [art. 14.b).1.º, por remisión del art. 9.3 OTSP], incluidos el importe de la operación, la forma de provisión, la información necesaria para la correcta iniciación o ejecución de la operación de pago [art. 9.1.a)], el plazo máximo de ejecución del servicio [art. 9.1.b)] y el tipo de cambio que se aplicará si la operación incluye un cambio de divisa [art. 9.1.d)], todo lo cual constituirá el objeto del contrato; todos los gastos desglosados que el usuario debe abonar al proveedor, dentro de los cuáles han de entenderse incluidas también las comisiones, es decir, el precio del servicio¹²; y finalmente, deben facilitarse al usuario los datos de contacto, registro y supervisión del proveedor de servicios de pago [art. 9.2 en relación al 14.a)]. En términos generales, esto parece lo mínimo que el usuario debe conocer y consentir para formalizar un contrato de operación de pago singular. Si bien, según el tipo de servicio o la cuantía de la operación, podría ser conveniente incluir además otros aspectos como, por ejemplo, un aviso sobre el régimen de responsabilidad [art. 14.e) núms. 4.º a 6.º OTSP]. En teoría, este régimen solo sería aplicable a los usuarios consumidores o microempresas y a aquellos que, no teniendo ninguna de las condiciones anteriores, no hubieran acordado explícitamente la no aplicación del mismo. Ahora bien, desde la perspectiva de la correcta formación de la voluntad parece complicado aceptar que cualquier usuario pueda contratar válidamente sin que concurra prácticamente toda esta información.

Téngase en cuenta que, independientemente de si se trata de un contrato de operación de pago singular o un contrato marco, pueden concurrir dos situaciones que afectan al régimen jurídico del contrato: la primera, que el contrato contenga condiciones generales; la segunda, que el usuario sea un consumidor y el contrato se negocie y celebre a distancia. En el primero de los casos, si el usuario no es consumidor bastará con que las condiciones generales superen el control de incorporación y transparencia —en el sentido de transparencia formal o comprensibilidad— establecido en los arts. 5 y 7 LCGC. Es decir, se requiere que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de las condiciones generales y que estas tengan una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal¹³.

Dado que, como se ha dicho, el contrato de operación de pago singular no es un contrato formal, de acuerdo con el art. 5.3 será suficiente con que «el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración;

¹² FD 9.º, STS 1627/2022, de 26 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1627.

¹³ STS 866/2021, de 9 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:866.

o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración». Téngase en cuenta que, aunque también puede haber operaciones remotas de pago singular, muy frecuentemente las operaciones singulares más comunes se realizan presencialmente, por ejemplo, un reintegro en cajero de proveedor no gestor de cuenta, un ingreso en cuenta de tercero o un envío de dinero (remesa).

Al respecto, resulta de interés un pronunciamiento del TJUE que, aunque relativo a la validez de una cláusula de foro judicial, se refiere a la efectividad de una comunicación de condiciones generales entre empresas a través de un enlace web transcrito en el contrato. Así, en el párrafo 51 de la Sentencia de 24 de noviembre de 2022¹⁴, el TJUE concluye que «la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto a un sitio web cuyo acceso permite, en principio, conocer esas condiciones generales, siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal, equivale *a fortiori* a una prueba de comunicación de esa información» y, en el siguiente párrafo, detalla que «el hecho de que en la página del sitio web de que se trate no exista ninguna casilla que pueda marcarse para expresar la aceptación de esas condiciones generales o de que la página que contiene esas condiciones no se abra automáticamente cuando se accede a dicho sitio web no puede desvirtuar tal conclusión¹⁵, siempre que el acceso a dichas condiciones generales sea posible antes de la firma del contrato y la aceptación de esas condiciones se produzca con la firma de la parte contratante afectada». Por tanto, cuando el usuario no sea consumidor, incluso aunque sea microempresa, el contrato de operación de pago singular no tiene la consideración de contrato formal.

Por el contrario, cuando el usuario sea un consumidor, no bastará con que por cualquier medio haya podido conocer las condiciones generales. Resulta de aplicación, además de la LCGC, el TRLGDCU que, en este punto, prohíbe el reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y determina que el consumidor debe recibir un justificante, o cualquier documento acreditativo del contrato y, en particular, las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas [arts. 80.1.a) y 63.1 TRLGDCU]. Como además resultarán también de aplicación los controles de transparencia material y, en su caso, de abusividad, el usuario debe ser informado de la existencia de las cláusulas generales, de las cuales debe facilitársele una copia en soporte duradero, deben ser comprensibles

¹⁴ Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2022, *Tilman c. Unilever*, C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923.

¹⁵ *vid.*, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, *El Majdoub*, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, apartado 39.

formal y materialmente y el usuario debe aceptarlas de forma expresa. De lo contrario, en virtud del art. 8 LCGC las condiciones generales que incumplan con todo o parte de lo anterior serán nulas. Por tanto, aunque el art. 63.1 TRLGDCU no impone un requisito de forma *ad solemnitatem*, pues habla de «confirmación documental», el hecho de que se utilice además el condicionado general podría convertir la necesidad de forma en una condición de validez, si no del contrato como tal, al menos sí de todas las condiciones generales, en cuyo caso, habría que analizar el caso concreto para concluir si el contrato de operación de pago singular puede subsistir sin ellas, teniendo en cuenta que el art. 9 OTSP obliga a informar y pactar sobre los aspectos expuestos *supra*.

En segundo lugar, cuando el usuario parte en el contrato de operación de pago singular tenga la condición de consumidor¹⁶, y el servicio se comercialice a distancia, independientemente de que no se utilice clausulado general, la oferta y el contrato deben constar en soporte duradero (arts. 6.1 y 9.1 LCDSFC). Y aunque *a priori*, los términos escogidos por el art. 6 podrían hacer pensar que no se trata de un requisito esencial para la validez del contrato, ello deviene tal en la medida en que el art. 9.4 señala que el incumplimiento de las obligaciones de información y transparencia, entre las que se encuentra la de hacer constar el contrato en soporte duradero, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos. Debe tenerse en cuenta que el literal del ap. 4 reza: «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española». Sobre el significado de esta disposición se han planteado diversas posibilidades. En primer lugar, la aparente contradicción de que el incumplimiento *pueda* dar lugar a la *nulidad* ha llevado a algunos autores —con los que concuerdo— a concluir que, en realidad, el precepto no se refiere a la nulidad absoluta sino a la anulabilidad del contrato¹⁷. En contra, sin embargo, MARIMÓN DURÁ, para quien el precepto parece referirse —aunque con matices— a la nulidad de pleno derecho por contravención de una norma legal imperativa. Si bien, antes de la aprobación de la Ley¹⁸ este mismo autor

¹⁶ Condición que, a estos efectos, tan solo incluye a las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5 *in fine* LCDSFC).

¹⁷ En este sentido, MONTES RODRÍGUEZ, M. P., «Novedades en la normativa de protección de los consumidores en la contratación de servicios financieros» en GONZÁLEZ, MARIMÓN y RUIZ (coords.), *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, pp. 879-908 (p. 888); REQUEIXO SOUTO, X. M., «La LCDSFC sobre Comercialización a distancia de Servicios Financieros destinados a los consumidores» en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (consultado en versión electrónica); VIEIRA GONZÁLEZ, A. J., «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores» en SEQUEIRA, GADEA y SACRISTÁN (dirs.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-194 (pp. 165-166).

¹⁸ El proyecto de ley hablaba de la posibilidad de que el incumplimiento diese lugar a la invalidez, en lugar de a la nulidad.

también puso sobre la mesa la posibilidad de que el precepto quisiera significar que solo los incumplimientos de suficiente relevancia darán, efectivamente, lugar a la nulidad; o bien, que hubiera de ser entendido como el establecimiento de un concepto general comprensivo de todas las categorías previstas en la legislación civil para declarar la invalidez de un contrato, de modo que, según el tipo de incumplimiento, la consecuencia pudiera ser la nulidad o la anulabilidad por vicio del consentimiento¹⁹.

A mi juicio, el art. 9.4 LCDSFC se refiere a la anulabilidad, entendida en los términos propios de la contratación mercantil y del Derecho de consumo. En primer lugar, no está claro si el incumplimiento de los requisitos de forma *ad solemnitatem* conlleva la nulidad o la anulabilidad del contrato, pues tanto el Código de Comercio como el Código Civil abordan la cuestión de forma general desde el régimen de la eficacia y validez de los contratos (arts. 51 y 52 CCom y 1279 CC), además, en los casos concretos en los que se establece explícitamente una sanción u otra, no se encuentra una solución unívoca²⁰.

En cualquier caso, la intención del legislador decimonónico es reveladora: lo importante es que el contrato no produzca efectos y, de haberlos producido, que podamos reconducir la situación al momento anterior. Ciertamente ambas soluciones ofrecen esa posibilidad, entonces habremos de preguntarnos por las razones que nos llevan a la tesis de la anulabilidad. Al respecto, referimos dos principios y una regla de interpretación: *pro consumatore*, *favor contractus* y el art. 3.1 CC.

Desde la perspectiva de la tutela del consumidor carece de sentido defender la nulidad absoluta de un contrato teniendo en cuenta que cualquier sujeto, incluido el proveedor de servicios o un tercero, pueda interesar tal declaración y revertir un contrato que, subsanado conforme a los arts. 1309 y ss. CC, pudiera seguir interesando al consumidor²¹. Además, en sede de contratación a distancia, el art. 100 TRLGDCU señala que en caso de incumplimiento de la obligación de facilitar al consumidor la copia del contrato, este podrá instar su anulación, pero en ningún caso podrá hacerlo el empresario. Este artículo no solo sirve

¹⁹ MARIMÓN DURÁ, R., «La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores», en COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 547-574 (p.563); y en *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Monografía núm. 8 Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p.126.

²⁰ MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P., y PRÍES PICARDO, A., «La contratación...», *op. cit.*, pp. 122-123.

²¹ En este sentido, MARIMÓN DURÁ cuestiona que si el art. 9.4 LCDSFC establece la sanción de nulidad absoluta debería haberse introducido como factor de corrección una delimitación de los sujetos que pueden instarla o el establecimiento de alguna medida que permita resarcir al consumidor por el perjuicio que, en su caso, ocasione la desaparición del contrato (MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, p. 127-128).

como apoyo interpretativo al régimen especial previsto en la LCDSFC, sino que podría estar delimitando el nivel de protección mínimo aplicable también en este supuesto especial *ex art.* 59 TRLGDCU. Pero es que además, el mismo art. 100 TRLGDCU se refiere a la anulabilidad en su apartado 1 y a la nulidad en el apartado 2²², lo que revela la escasa técnica legislativa del legislador español o quizás, al contrario, puede entenderse que en el segundo apartado el art. 100 se refiere a la extendida expresión de nulidad relativa.

Y quizás eso es lo que sucede también con el art. 9.4 LCDSFC²³, porque la redacción de la norma proviene de una enmienda parlamentaria que sustituyó la expresión «podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con la legislación civil» por «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con la legislación española», justificando esa primera modificación en que la invalidez es consecuencia de la nulidad y, se leía en la enmienda que «no hay invalidez sin declaración previa de nulidad»²⁴. A más a más, el preámbulo de la norma parece referirse al art. 9.4 LCDSFC y a la anulabilidad cuando dice que «[l]a Ley asegura, por otra parte, la necesaria defensa judicial para el consumidor y promueve, de manera decidida, el uso de la reclamación extrajudicial, cuando la requiera el consumidor».

En resumen, el contrato de operación de pago singular comercializado a distancia y en el que sea parte un consumidor es un contrato formal, cuyo incumplimiento de forma dará lugar a la anulabilidad, todo ello, por ministerio de la ley especial. Y, de hecho, lo mismo, con idéntica argumentación, es predicable de los contratos marco celebrados a distancia con consumidores.

III. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS MARCO

Llegamos así al momento de analizar el régimen previsto para los contratos marco de servicios de pago en los demás casos, esto es, cuando no se celebre a distancia y el usuario tenga la condición de consumidor,

²² Artículo 100 TRLGDCU: «1. El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser *anulado* a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción.

2. En ningún caso podrá ser invocada la causa de *nulidad* por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

3. El empresario asumirá la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo» (énfasis añadido).

²³ TAPIA SÁNCHEZ lo considera un error de redacción, aunque también cree que se trata de anulabilidad (TAPIA SÁNCHEZ, M. R., «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia» en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, pp. 29-65 [p. 49]).

²⁴ Enmienda núm.9, BOCG Senado núm 97-17, 22 de febrero de 2007.

microempresa o, aun no teniéndola, no se pacte un régimen diverso. Vaya por delante la conclusión de que, a mi juicio, el contrato marco de servicios de pago es, efectivamente, un contrato formal. El incumplimiento del requisito formal dará lugar a la anulabilidad del contrato.

Cuando la Segunda Directiva de servicios de pago establece el régimen de información y transparencia no determina explícitamente la condición de formales de los contratos marco, pero sí obliga a los Estados miembros a garantizar que todas las condiciones contractuales sean facilitadas al usuario en papel u otro soporte duradero y a que el usuario tenga derecho a recibir, del mismo modo, una copia de las mismas o de la información precontractual, en cualquier momento de la relación contractual²⁵ (arts. 51 y 53 DSP2). Hay una voluntad clara del legislador europeo de que el contrato tenga, de algún modo, reflejo documental. El legislador español decidió no incorporar en la norma de rango legal la transposición de este régimen y dejarlo para el desarrollo reglamentario habilitado por el art. 29 RDLSP. Lo que quizás le pasó desapercibido fue que, sin una interpretación en cierto grado correctora, el régimen nacional puede ser incoherente. Correctora en el sentido de entender, como se defiende a lo largo de esta obra, que las disposiciones de la Orden de transparencia de servicios de pago también producen efectos jurídico-privados y, en segundo lugar, que su art. 14 establece implícitamente el carácter formal del contrato, obligando —explícitamente, en relación al art. 13— a que conste en soporte duradero y, además, a que tenga un contenido material determinado. De lo contrario, la combinación del régimen especial y el Derecho general de obligaciones y contratos da lugar a una incoherencia en el desarrollo de las relaciones contractuales de servicios de pago. Veamos por qué.

Como se explicará más adelante con mayor detalle, con carácter general, la propuesta de modificación unilateral de las condiciones contractuales ha de ser siempre hecha en papel u otro soporte duradero, de manera clara, individualizada y con una antelación de, al menos, dos meses respecto de la fecha en que esté previsto que entre en vigor. Periodo en el que el usuario podrá meditar la propuesta del proveedor y decidir si acepta o rechaza esa modificación de las condiciones del contrato. Así lo dispone el art. 33 RDLSP, que regula las condiciones en que puede realizarse una modificación contractual, y por ello se trata de un precepto también de Derecho privado. Y aunque no lo haga de manera explícita, implícitamente este artículo se refiere las consecuencias jurídico privadas de su propio incumplimiento: el segundo párrafo del ap. 1, así como el ap. 2, especifican que determinadas modificaciones

²⁵ Derecho —privado— que, dicho sea de paso, ha sido transpuesto en el art. 15 OTSP, un indicio más de la que las normas contenidas en la Orden ministerial han de tener efectos jurídico-privados.

sí pueden aplicarse de forma inmediata y, en ocasiones, sin previo aviso. Luego *a sensu contrario* —con las naturales reservas que generan siempre los argumentos de este tipo—, las demás modificaciones no pueden aplicarse en tanto no se cumplan los requisitos formales y materiales del preaviso y concurra el consentimiento, expreso o tácito, del usuario. Si no se cumplen los requisitos del art. 33, la modificación carecerá de validez, lo que es coherente con el régimen general del Derecho de contratos: de nuevo será preciso el consentimiento de las partes sobre el objeto y causa de la obligación (art. 1089 CC en relación con los arts. 1258 y 1261 CC). Por tanto, la conclusión es que la propuesta de modificación de las condiciones debe cumplir un determinado requisito de forma como condición para producir efecto y, por tanto, para asegurar la concurrencia de los demás requisitos de validez de la modificación contractual en sí misma.

Si esto es así en el caso de la modificación contractual, no vemos inconveniente en sostener la misma tesis respecto a las condiciones originales del contrato. Porque tiene mayor carga jurídica y económica para las partes el contrato completo que una de sus condiciones. Si las modificaciones deben proponerse cumpliendo unas condiciones formales como requisito *sine qua non* para su validez, tiene sentido que el contrato marco también deba cumplir los requisitos de forma exigidos por el régimen especial para existir válidamente²⁶. En apoyo de lo expuesto, además, el art. 44.4 RDLSP exige al proveedor —sin perjuicio de las normas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, u otras aplicables— que conserve «la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales».

Por tanto, defendemos la consideración de todo contrato marco de servicios de pago regido por el título II RDLSP y sus disposiciones de desarrollo como un contrato formal. Es claro que lo será, además,

²⁶ En este punto, podría entenderse que la modificación tiene un mayor impacto en la protección del usuario que la propia celebración del contrato, donde este puede elegir entre distintos proveedores de servicios de pago; mientras que en una modificación de condiciones el usuario está ya inmerso en una relación duradera, y debe sopesar una propuesta de modificación que puede empeorar la situación de partida teniendo como alternativa la posible terminación de la relación contractual, con los inconvenientes que ello lleva consigo. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto más adelante, al hilo del régimen de modificación del contrato marco, efectivamente ello puede tener un impacto significativo para el usuario, pero a mi juicio no lo suficientemente mayor que la propia celebración del contrato, como para justificar semejante disparidad de trato: que en materia de modificación del contrato marco haya que respetar determinadas condiciones formales y en sede de celebración de un contrato marco, no.

cuando el usuario tenga la condición de consumidor y se comercialice a distancia o utilizando condicionado general.

Sin embargo, cuando el usuario no sea un consumidor, pero existan condiciones generales, habrá que distinguir dos supuestos. Si se trata de una microempresa, igualmente será un contrato formal, ya que será de aplicación imperativa el régimen especial de servicios de pago en los mismos términos que a los consumidores (art. 28.2 RDLSP). Este, habrá de ser puesto en relación con el régimen de condiciones generales. Dado que, en este caso, el contrato sí debe constar por escrito, será obligatorio facilitar al adherente-microempresa un ejemplar de las condiciones generales del contrato marco que, además, deberán ser firmadas.

Cuando el usuario no sea ni consumidor ni microempresa, el régimen especial es disponible. El art. 28.2 RDLSP determina que «las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, este título y sus disposiciones de desarrollo». En mi opinión, ello implica que o bien debe haber una declaración de voluntad expresa por parte del usuario de servicios de pago en el sentido de excluir la aplicación del título II RDLSP, o bien del contrato debe desprenderse inequívocamente la voluntad de las partes de regirse por normas diferentes, lo que, en la práctica, implica que el contrato deba ser muy detallado. Por ello, y salvo pacto en otro sentido, el contrato marco de servicios de pago en este caso también será un contrato formal.

Antes de concluir el presente epígrafe, resta una breve referencia al contenido mínimo que debe tener el contrato marco de servicios de pago. Como se ha dicho anteriormente, llama la atención que el art. 14 OTSP exija dicho contenido mínimo, que coincide además con el de la información precontractual, porque ni su predecesor, el art. 12 Orden EHA/1608/2010, ni la Segunda Directiva de servicios de pago explicitan tal obligación. Recapitulemos dos reflexiones al respecto, apuntadas en páginas anteriores. Este precepto evidencia de nuevo la voluntad de regular desde el punto de vista jurídico-privado la contratación de servicios de pago, con la aquiescencia del legislador porque, precisamente, esa es la intención de la habilitación legal concedida al ministerio en el art. 29.3 RDLSP²⁷. Subyace el entendimiento de que cuando se habla de «información y condiciones»²⁸ es porque no basta con que el pro-

²⁷ Art. 29.3 RDLSP: «El titular del Ministerio de Economía y Empresa determinará los requisitos de información y *demás condiciones aplicables* a las operaciones de pago singulares y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico, así como el *contenido mínimo del contrato marco* y del folleto informativo, junto con sus modalidades de difusión» (cursiva añadida).

²⁸ En el título del art. 52 DSP2 y 14 OTSP.

veedor facilite determinada información sino que es necesario, para la correcta tutela del usuario, que el contrato en sí mismo contenga unas condiciones determinadas que expliciten el régimen aplicable a la relación jurídica porque son esas condiciones las que la individualizan. Las que permiten pasar de una categoría contractual a una subcategoría y, de ahí, a un contrato específico e individual. Las que dotan al usuario de los elementos suficientes para elegir qué contrato satisface mejor sus necesidades, en un mercado en el que los servicios y las operativas están estandarizados no solo de facto, sino también de *iure*²⁹.

No creemos necesario detallar todos y cada uno de los aspectos que enumera el art. 14 OTSP, pero sí destacar que estas son las condiciones que definen el objeto del contrato. Además, a lo largo del RDLSP se hace referencia a otras cuestiones que necesariamente han de acordarse en el contrato marco para que sean válidas.

Así, además de los datos sobre el proveedor de servicios de pago, el contrato debe incluir una descripción del servicio o servicios que vayan a prestarse, incluyendo sus principales características; la especificación de la información o del identificador único que el usuario debe facilitar para la correcta iniciación o ejecución de una orden de pago; el procedimiento de consentimiento de la iniciación o de la ejecución —es decir, el proceso de autorización—; el plazo máximo de ejecución y cuándo se entienden recibidas las órdenes de pago —dato que determinará, entre otras cosas, el cumplimiento del antedicho plazo— y la hora límite de recepción de operaciones, si es que la hay; el plazo máximo de ejecución de cada servicio; y el régimen de devolución de operaciones autorizadas de conformidad con los arts. 48 y 49 RDLSP. En relación al consentimiento, solo si se pacta expresamente se permite la posibilidad de que el usuario consienta la ejecución de la operación con posterioridad a la misma, debiéndose acordar asimismo el procedimiento y límites correspondientes. De igual modo, para ser válida, ha de convenirse de forma explícita la posibilidad de revocación de una orden de pago fuera de los plazos del art. 52 RDLSP.

Debe ser objeto de pacto también el método de comunicación y la forma en que debe hacerse llegar la información al usuario, así como la lengua de celebración del contrato y de comunicación, a lo que se dedica el apartado siguiente. Igualmente, ha de constar explícitamente el derecho del usuario a solicitar y recibir una copia del contrato o del folleto de información precontractual en cualquier momento. El art. 51.1 RDLSP hace especial referencia al modo convenido para la notificación del rechazo de órdenes de pago por lo que ha de entenderse que, si va a producirse por un medio específico diferente a aquel pac-

²⁹ Por ejemplo, mediante el establecimiento de una lista cerrada de servicios de pago, el Reglamento SEPA, el Reglamento de tasas de intercambio, el Reglamento Delegado de autenticación reforzada...

tado para las comunicaciones generales, debe quedar suficientemente claro en el contrato.

En relación a los instrumentos de pago, debe acordarse expresamente cualquier límite aplicable al número e importe de las operaciones de pago que puedan ejecutarse a través de los mismos, así como la reserva del proveedor del derecho a bloquear el instrumento en caso de sospecha de utilización no autorizada y sus condiciones. Para levantar la prohibición del art. 42.1.b) RDLSP debe preverse expresamente la posibilidad de enviar instrumentos sustitutivos al cliente cuando incorporen nuevas funcionalidades. Y, en todo caso, si el contrato marco es de emisión de instrumento de pago con marca compartida, debe incluirse una referencia al derecho del usuario consumidor a exigir que su tarjeta contenga dos o más marcas de pago diferentes³⁰.

Sobre el precio del contrato, este debe contener cláusulas relativas a todos los gastos que deba abonar el usuario que, en su caso, aparecerán debidamente desglosados. Aquí, habrán de incluirse, si se pactan, los gastos por información adicional, más frecuente o por medios distintos a los pactados como habituales (*vid.* apartado siguiente). Si aplica a los servicios que sean objeto del contrato, deberán incluirse también los tipos de interés y de cambio que se aplicarán o el método de cálculo que se utilizará si se van a usar tipos de referencia. Si se hace uso de la facultad de pacto que ofrece el art. 33.2 RDLSP, el contrato debe decir claramente que podrán aplicarse de forma inmediata —sin necesidad, por tanto, de cumplir el procedimiento de modificación— las variaciones en aquellos tipos³¹. Además, a lo largo de la ley especial, se hace referencia a diversos conceptos que deben preverse expresamente en el contrato para poder ser cargados al cliente. Es el caso de la «comisión razonable» por la notificación del rechazo justificado de órdenes de pago (art. 51.1 RDLSP, tercer párrafo), los gastos por revocación de órdenes de pago (art. 52.5 RDLSP) o los gastos por recuperación de fondos en caso de ejecución con base en un identificador único incorrecto (art. 59.2, cuarto párrafo). Al respecto del precio del contrato, merece la pena llamar la atención sobre el límite legal a la fijación de la comisión por retirada de efectivo en cajero automático. En caso de retirada a débito en cajero de un tercero, la comisión que el PSP emisor o gestor de cuenta cobre a su cliente viene limitada por el importe de la comisión que el titular del cajero haya cobrado al proveedor del ordenante. Si se trata de una retirada a crédito, puede cobrarse un im-

³⁰ Además, el proveedor debe facilitar al consumidor información clara y objetiva sobre todas las marcas de pago disponibles y sus características, incluidas su funcionalidad, coste y seguridad.

³¹ De acuerdo con el art. 33.2 RDLSP, «el usuario de servicios de pago será informado de toda modificación del tipo de interés lo antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información».

porte adicional, si bien el límite de este será la misma cantidad que el proveedor cobre por retiradas a crédito en cajeros propios (disp. ad. 2.^a RDLSP).

El contrato debe asimismo regular el régimen de responsabilidad por operaciones no autorizadas y por no ejecución o ejecución defectuosa de operaciones, de acuerdo con lo previsto en los arts. 45, 46 y 59 a 64 RDLSP. Al respecto deben especificarse las medidas de seguridad que debe adoptar el usuario en relación al instrumento de pago y —deben entenderse aquí incluidas— las credenciales de seguridad personalizadas, así como los procedimientos y plazos de notificación entre las partes en caso de extravío, sustracción, apropiación indebida, utilización no autorizada del instrumento, sospecha de fraude, fraude real o de amenazas para la seguridad.

Por supuesto, tiene que figurar cuál es la duración del contrato que, habitualmente será indefinida —especialmente en el caso de cuentas de pago—, o por tiempo determinado pero prorrogable automáticamente —frecuente en los contratos de emisión de tarjeta—. En relación a la modificación del contrato es imprescindible, si así se ha convenido —o predispuesto y adherido, que será lo más habitual—, que se incluya la advertencia de que la falta de rechazo expreso en tiempo y forma a las modificaciones propuestas por el proveedor de servicios de pago se entenderá como aceptación tácita de las mismas, así como el derecho del usuario a resolver el contrato de forma gratuita antes de la fecha prevista de aplicación de la modificación³². Y por lo que se refiere a la resolución, el contrato debe prever el derecho del usuario a resolver el contrato marco de forma gratuita si lleva en vigor más de seis meses. La ley, además, faculta a las partes para acordar que también el proveedor tenga derecho a resolver los contratos indefinidos con un preaviso de dos meses, en cuyo caso debe recogerse de forma expresa en el contrato.

Por último, debe definirse la ley aplicable al contrato, el órgano jurisdiccional competente y los procedimientos de reclamación ante la propia entidad, y ante cualesquiera sistemas de resolución alternativa de conflictos acreditados conforme a la Ley 7/2017³³ a los que las partes se adhieran y, de momento, ante el departamento de conducta de entidades del Banco de España y, cuando finalmente se cree, ante la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero. Estos aspectos, que podrían parecer inocuos, tienen una trascendencia extraordinaria desde el punto de vista de la contratación transfronteriza.

³² Aunque no lo dice expresamente el art. 14 OTSP, sí lo hace el tercer párrafo del art. 33.1 RDLSP.

³³ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos fundamentales de la armonización europea en materia de servicios de pago es la creación de un mercado único de pagos, lo cual implica facilitar e impulsar la contratación transfronteriza, estas cuestiones pueden generar no pocos problemas. Problemas que, fundamentalmente, afectan a los usuarios. Primero, porque el usuario medio desconoce la relevancia —jurídica y económica— que puede llegar a tener el pacto sobre la competencia judicial o sobre la ley aplicable. Los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I son básicos en la materia, pero quizás no suficientes para resolver los problemas que se pueden plantear en un mercado de servicios de pago sin fronteras. Primero, por la extremada dificultad para un lego en Derecho de comprender y aplicar sus normas de forma fluida, lo que debe ser puesto en relación con la escasa educación financiera de la población y la negligencia de algunas entidades³⁴. Estos Reglamentos, además, establecen ciertas precauciones para la contratación con consumidores, pero las microempresas no entran en ese concepto —además de que no todos los Estados miembros les han dispensado el mismo trato protector que a aquellos—. Pero es que los problemas no se acaban con una correcta aplicación de las reglas de Derecho internacional privado. Porque puede suceder que a un mismo contrato le resulten de aplicación, al mismo tiempo, varios regímenes jurídicos diferentes (*vid.* art. 6.2 Roma I). Y si estas cuestiones acostumbran a escapar al conocimiento del usuario medio, no hablemos ya de los sistemas y procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Desde el punto de vista jurídico, quizás el modo más eficaz de superar estos obstáculos sea elegir el reglamento europeo como instrumento normativo para establecer el régimen jurídico de los servicios de pago y, además, fijar normas especiales sobre competencia judicial y ley aplicable o, al menos, ciertos criterios de determinación, así como la obligación para los proveedores de informar sobre la trascendencia de tales aspectos. La primera medida ha sido ya acogida por la Comisión Europea en su propuesta de Reglamento de Servicios de pago, pero sobre lo segundo no parece que vaya a haber modificaciones trascendentales respecto del régimen vigente.

Convendría también incluir como parte del contenido mínimo del contrato, las obligaciones de información periódica que corren a cargo de la entidad, adaptadas en función del servicio objeto del contrato, ya que en los contratos marco de cuenta de pago estas exigencias tienen mayor intensidad. Y, en estos últimos, igualmente, debiera incluirse

³⁴ Sin ir más lejos, yo misma soy parte en un contrato marco de servicios de pago y de emisión de dinero electrónico supuestamente sujeto a la ley de Lituania y sometido a la competencia judicial de los tribunales de dicho Estado miembro.

una referencia al servicio de traslado de cuentas³⁵ que, si bien no es un servicio de pago regulado, tiene una notable importancia para el usuario, ya que facilita el cambio de proveedor.

IV. ESPECIAL REFERENCIA AL DINERO ELECTRÓNICO Y A LOS CONTRATOS DE INSTRUMENTO DE PAGO DE ESCASA CUANTÍA

En materia de información se establecen algunas reglas especiales en caso de que el contrato marco verse sobre dinero electrónico o instrumentos de pago de escasa cuantía. En determinados supuestos, el proveedor de servicios de pago y el usuario pueden excluir voluntariamente la aplicación de algunas obligaciones de las partes cuando concurren circunstancias de índole técnico que dificulten su efectividad, porque así se lo permite el art 34 RDLSP.

Lo primero es determinar a qué tipo de contratos se refiere este precepto porque a pesar de su aparente sencillez, pueden surgir dudas. Si se acude a la Segunda Directiva de servicios de pago, la conclusión podía ser negativa ya que el legislador español podría haber tergiversado el régimen establecido en la norma europea.

El art. 63 DSP2³⁶ se rubrica «excepción para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico», pero ello no implica como parece que ha entendido el legislador español que todos

³⁵ Regulado en los arts. 11 a 14 RDLCP. Para una explicación sucinta de este servicio *vid.* PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...* *op. cit.*, pp. 130-131; TAPIA HERMIDA, A. J., «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su trasposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 19/2017» en *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 2018, pp. 6-7/10; y TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Hacia una nueva regulación de las cuentas de pago en un contexto de crisis económica: más transparencia y accesibilidad en la Unión Europea» en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. vol. 44, núm. 120, 2014, pp. 87-116 (pp. 101-104).

³⁶ «Artículo 63. Excepción para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico.

1. *En caso de instrumentos de pago* que, con arreglo al contrato marco, solo afectan a operaciones de pago individuales no superiores a 30 EUR, que tienen un límite de gasto de 150 EUR o bien que permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR, los proveedores de servicios de pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago en que:

a) no se apliquen el artículo 69, apartado 1, letra b), el artículo 70, apartado 1, letras c) y d), ni el artículo 74, apartado 3, si el instrumento de pago no permite su bloqueo ni impedir futuras utilizaciones;

b) no se apliquen los artículos 72, 73 ni el artículo 74, apartados 1 y 3, si el instrumento de pago se utiliza de forma anónima o el proveedor de servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, de demostrar que la operación de pago ha sido autorizada;

c) no obstante lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, el proveedor de servicios de pago no tenga la obligación de notificar al usuario del servicio de pago su rechazo de la orden de pago si la no ejecución resulta evidente en el contexto de que se trate;

sus apartados sean aplicables a ambas figuras. Una cosa son los instrumentos de pago de escasa cuantía y otra diferente, el dinero electrónico³⁷. Los instrumentos de pago de escasa cuantía son aquellos a través de los cuáles solo se pueden realizar operaciones individuales no superiores a 30 €, o que tienen un límite de gasto de 150 € o bien que permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR € (art. 34.2 RDLSP). Que los fondos almacenados en ese instrumento se contabilicen en —o si no hay almacenamiento *per se*, que las operaciones iniciadas con ese instrumento se ejecuten con— dinero electrónico o escriturario es irrelevante. Los aps. 1³⁸ y 2 del art. 63 DSP2 se refieren únicamente a estos instrumentos y no a estos instrumentos y al dinero electrónico en general³⁹.

Ciertamente el significado art. 63.3 DSP2 no resulta tan evidente, pero la lectura de su predecesor resulta esclarecedora para interpretarlo. Al dinero electrónico le resulta generalmente aplicable toda la Directiva porque constituye fondos a los efectos de la misma y porque las entidades de dinero electrónico son proveedores de servicios de pago [*vid.* arts. 4.25 y 1.1.b) DSP2]. Entre otras, son aplicables las normas de responsabilidad por operaciones no autorizadas (arts. 73 y 74 DSP2).

d) no obstante lo dispuesto en el artículo 80, el ordenante no pueda revocar la orden de pago una vez que la haya transmitido o haya dado su consentimiento para efectuar la operación de pago al beneficiario;

e) no obstante lo dispuesto en los artículos 83 y 84, se apliquen otros períodos de ejecución.

2. Para las operaciones de pago a nivel nacional, los Estados miembros o sus autoridades competentes podrán reducir o duplicar las cantidades contempladas en el apartado 1. Podrán incrementarlas hasta 500 € para instrumentos de pago en modalidad de prepago.

3. Los artículos 73 y 74 de la presente Directiva se aplicarán *asimismo al dinero electrónico* a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2009/110/CE, a menos que el proveedor de servicios de pago del ordenante no tenga capacidad para bloquear la cuenta de pago en la que se almacena el dinero electrónico o para bloquear el instrumento de pago. Los Estados miembros podrán limitar esta excepción a *las cuentas de pago en las que se almacene el dinero electrónico o a los instrumentos de pago de una determinada cuantía*» (cursiva añadida).

³⁷ Sobre el régimen jurídico del dinero electrónico, que no se aborda en este trabajo, *vid.* PASTOR SEMPERE, M. C., *Dinero electrónico*, EDERSA, Madrid, 2003; MADRID PARRA, A., «Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica», en MADRID PARRA (dir.) *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 17-60 y MADRID PARRA, A., «El dinero electrónico revisado» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 151, 2018 (versión digital).

³⁸ El ap. 1 del art. 63 determina la posibilidad de los proveedores de servicios de pago de convenir con sus usuarios la no aplicación de determinados aspectos del régimen legal aplicable con carácter general a los servicios de pago, y el segundo, permite a los Estados miembros reducir o aumentar los importes límite que definen lo que es un instrumento de escasa cuantía, eso sí, exclusivamente para las operaciones de pago a nivel nacional.

³⁹ En este sentido, COMISIÓN EUROPEA, *Your questions on PSD, Payment Services Directive 2007/64/EC Questions and answers*, 2011, p. 53, que respondiendo a la pregunta núm. 67 y refiriéndose al anterior art. 53 DSP1 —con idéntica redacción—, deja meridianamente claro que el apartado 1 se refiere a un supuesto distinto al del apartado 3. Este, establece una *lex specialis* que se aplica al dinero electrónico independientemente de la cuantía.

Ocurre, sin embargo, que la configuración técnica del dinero electrónico o de los sistemas por los que se transmite provoca en bastantes ocasiones la incapacidad del proveedor de bloquear su uso, razón por la cual este ap. 3 matiza que cuando este —y solo este— sea el caso, no serán de aplicación los arts. 73 y 74 DSP2. Y se refiere expresamente, aquí sí, a las dos formas habituales de materialización de esta forma de dinero: la cuenta de pago en la que se almacena el dinero electrónico y el instrumento de pago, precisamente para diferenciar el supuesto de aplicación respecto del previsto en los aps. 1 y 2: mientras que los anteriores solo son aplicables a instrumentos de pago de escasa cuantía —ya sean de dinero electrónico o escritural—, el tercero es aplicable al dinero electrónico en general —que incluye tanto los instrumentos de pago de dinero electrónico, como las cuentas de pago de dinero electrónico—.

Ahora bien, el último inciso de este apartado otorga a los Estados miembros la facultad de decidir si esta excepción al régimen de responsabilidad la aplican al dinero electrónico cualquiera que sea su cuantía o si, por el contrario, optan por aplicársela solo a cuentas de pago de dinero electrónico o a instrumentos de pago de dinero electrónico de una cuantía determinada, es decir, les da la opción de concretar la aplicación de la norma estableciendo un umbral para su aplicación. Opción coherente con el hecho de que lo que se establece en el art. 63.3 es una excepción a un régimen de responsabilidad diseñado para tutelar los intereses del usuario. La duda interpretativa se planteaba en este punto, porque otra lectura posible del art. 63.3 DSP2 era entender que la opción para los Estados miembros estaba entre aplicar la exclusión del régimen de responsabilidad a todo el dinero electrónico en general, aplicárselo solo a las cuentas de dinero electrónico, o aplicárselo exclusivamente a los instrumentos de pago de dinero electrónico de cuantía determinada. Pero acudiendo al precepto anteriormente vigente, el art. 53.3 DSP1⁴⁰ y a la interpretación que del mismo hizo la Comisión⁴¹, es claro que lo que se establece en realidad es esa posibilidad de establecer un umbral por debajo del cual cabe aplicar la excepción. Lo que además tiene mucho más sentido desde el punto de vista sistemático, teniendo en cuenta que el resto de apartados del precepto establecen excepciones al régimen general fundamentadas, precisamente, en que los instrumentos a los que se aplican tienen limitada su cuantía.

⁴⁰ «3. Los artículos 60 y 61 se aplicarán asimismo al dinero electrónico en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2000/46/CE, a menos que el proveedor de servicios de pago del ordenante no tenga la capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago. Los Estados miembros podrán limitar esta excepción a cuentas o instrumentos de pago de una determinada cuantía» [énfasis añadido].

⁴¹ *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Your questions on PSD...*, *op. cit.*, p. 53.

Entendido el significado del art. 63 DSP2, resulta evidente la errónea transposición que se realiza en el art. 34.2 RDLSP⁴². Su tenor literal —«[e]n caso de dinero electrónico e instrumentos de pago que...»— permite el acuerdo sobre la inaplicación de parte del régimen general cuando se trate tanto de instrumentos de pago de escasa cuantía⁴³, como en el caso de dinero electrónico en general, contravieniendo así el régimen exigido por la Segunda Directiva de servicios de pago. Creemos que esas excepciones no pueden aplicarse a todo el dinero electrónico, deben aplicarse únicamente a los instrumentos de pago de escasa cuantía, dentro de los cuales, eso sí, podrá haber instrumentos de dinero electrónico. Pero lo definitorio no es la forma de los fondos, sino la limitación de la cuantía, que es lo que justifica que exista un menor riesgo y potencial pérdida y, por ende, afecta a la

⁴² «Artículo 34. Ámbito de aplicación y excepciones.

1. Cuando el usuario de servicios de pago no sea un consumidor ni una microempresa, las partes podrán convenir que no se apliquen, total o parcialmente, los artículos 35.1, 36.3, 44, 46, 48, 52, 60 y 61 del presente título. También podrán convenir las partes que no se aplique total o parcialmente el artículo 49 y un plazo distinto del que se establece en el artículo 43 cuando el usuario de servicios de pago no sea un consumidor.

2. *En caso de dinero electrónico* e instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, solo afecten a operaciones de pago individuales no superiores a 30 euros, o que tengan un límite de gasto de 150 euros o bien permitan almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 euros los proveedores de servicios de pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago que:

a) no se apliquen el artículo 41.b), el artículo 42, apartado 1, letras c) y d), ni el artículo 46, apartado 3, si el instrumento de pago no permite su bloqueo ni impedir futuras utilizaciones;

b) no se apliquen los artículos 44, 45 ni el artículo 46, apartados 1 y 3, si el instrumento de pago se utiliza de forma anónima o el proveedor de servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, de demostrar que la operación de pago ha sido autorizada;

c) no obstante lo dispuesto en el artículo 51, apartado 1, el proveedor de servicios de pago no tenga la obligación de notificar al usuario del servicio de pago su rechazo de la orden de pago si la no ejecución resulta evidente en el contexto de que se trate;

d) no obstante lo dispuesto en el artículo 52, el ordenante no pueda revocar la orden de pago una vez que la haya transmitido o haya dado su consentimiento para efectuar la operación de pago al beneficiario;

e) no obstante lo dispuesto en los artículos 55 y 56, se apliquen otros periodos de ejecución.

3. Para las operaciones de pago a nivel nacional, los límites del apartado anterior se elevarán al doble de las cantidades allí indicadas. Para los instrumentos de pago en modalidad de prepago los límites serán de 500 euros.

4. *Quando el proveedor de servicios de pago del ordenante no tenga capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago no se aplicará lo dispuesto en los artículos 445 y 456 de este Real Decreto-ley*, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, al dinero electrónico, tal y como se define en el apartado segundo del artículo 1.2 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico» (cursiva añadida).

⁴³ En este caso, el legislador español ha hecho uso de la opción concedida por el art. 63.2 y ha duplicado los importes que cualifican un instrumento como de escasa cuantía, y elevado a 500 € el límite para considerar de escasa cuantía un instrumento de prepago. Pero que la tosca redacción no lleve a confusión: estos límites solo son aplicables en el caso de operaciones de pago nacionales, sea un instrumento de prepago o de cualquier otro tipo.

proporcionalidad y rentabilidad de ciertas obligaciones para las partes —fundamentalmente, para el proveedor— cuyo cumplimiento puede generar un coste significativo⁴⁴. Para enmendar el error del legislador es precisa una interpretación correctora según la cual se entienda que el art. 34.2 RDLSP, al referirse al dinero electrónico, hace referencia a los instrumentos de pago de escasa cuantía que almacenan o contabilizan las operaciones en dinero electrónico, y no a cualquier forma de este. Curiosamente, el régimen anterior no presentaba problemas de contenido puesto que no ampliaba al dinero electrónico en general el régimen aligerado, aunque sí desde el punto de vista del continente, porque el art. 53 DSP1 se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante norma de rango reglamentario en el art. 25 RD 712/2010.

Asimismo, es necesaria una interpretación correctora del ap. 4 del art. 34 RDLSP⁴⁵, que es el que se refiere —en este caso de forma correcta— al régimen de responsabilidad en caso de operaciones efectuadas con instrumentos o cuentas de dinero electrónico que no puedan bloquearse. Hay una remisión que debe corregirse a la hora de indicar los artículos inaplicables en los supuestos citados, siendo la referencia correcta a los arts. 45 y 46 RDLSP —equivalentes a los arts. 73 y 74 DSP2— (en lugar de los arts. 445 y 456).

En cualquier caso, lo más relevante es que mientras el ap. 2 —en los términos aquí expuestos— establece la posibilidad de pacto *inter partes*, el ap. 4 opera *o pe legis*.

Así pues, como contrato de emisión de instrumento de pago de escasa cuantía y, en caso de que sea distinto, aquel por el que se gestionen las operaciones con él iniciadas, tendrán siempre la calificación de contrato marco —y, por ende, formal—. Ahora bien, su contenido puede ser abreviado respecto del previsto para un contrato marco general, debiendo contener obligatoriamente tan solo «la información sobre las características principales del servicio de pago, incluida la forma de utilizar el instrumento de pago, la denominación del PSP y sus datos de contacto, la responsabilidad de ordenante y proveedor

⁴⁴ En este sentido se habla de que la relación coste-beneficio de las obligaciones generales en estos instrumentos hace conveniente la aplicación un régimen aligerado (GIMIGLIANO, G., «Title IV “Rights and obligations in relation to the provision and use of payment services”, Chapter 1 “Common provisions” (arts. 61-63)» en GIMIGLIANO y BOŽINA BEROŠ (eds.), *The payment... op. cit.*, pp. 145-160 [p. 141]).

En mi opinión, no obstante, los avances tecnológicos han dejado de justificar esta posible exención de responsabilidad que, en su caso, solo debería mantenerse para los proveedores de servicios de pago que únicamente comercialicen instrumentos de escasa cuantía. Los demás deben cumplir estas obligaciones respecto del resto de sus productos y, por tanto, el coste unitario de cumplimiento respecto de los de escasa cuantía probablemente no será lo suficientemente elevado para servir de base a la exclusión del régimen jurídico.

⁴⁵ Aunque este apartado contiene habilitación para su desarrollo reglamentario, el RD 736/2019 no contiene ninguna norma al respecto.

en caso de operaciones no autorizadas, no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, los gastos cobrados y demás información práctica necesaria para adoptar una decisión con conocimiento de causa». A qué se refiere el art. 6.2.a) OTSP con ese último concepto no está claro, y si bien es cierto que proviene de la norma europea, no deja por ello de ser fuente de inseguridad jurídica (del mismo modo que lo es el art. 9.3 OTSP, de contenido similar). Tal extremo quedará pues a discreción del proveedor de servicios de pago y, en caso de conflicto en torno a la válida formación de voluntad del usuario, corresponderá al juez o árbitro valorar su suficiencia. En cualquier caso, junto a estos aspectos generales, en el contrato deben aparecer explícitamente todos aquellos acuerdos que versen sobre los extremos disponibles en este tipo concreto de contrato, que se contienen en los arts. 34.2 RDLSP y 6.2 OTSP y que se resumen a continuación.

Si el instrumento de pago no permite su bloqueo, pueden excluirse la obligación del usuario de notificar su extravío o sustracción, así como las obligaciones concordantes del proveedor de disponer de medios adecuados y en funcionamiento para dicha notificación. Cuando resulte imposible para el proveedor demostrar la autorización de las operaciones de pago iniciadas a través de estos instrumentos (por ejemplo, por su propia configuración técnica), también puede excluirse el régimen sobre prueba de la autorización y de responsabilidad por operaciones no autorizadas tanto del proveedor como del usuario (arts. 44 a 46 RDLSP). Asimismo, puede pactarse un régimen diferente al legal para la revocación de operaciones, otros periodos de ejecución y eximir al proveedor de la obligación de notificar el rechazo de una operación «si la no ejecución resulta evidente en el contexto de que se trate», de lo cual solo cabe inferir que se refiere bien a la ausencia de fondos, bien a la orden de pago que supere los límites de importe pactados —y que determinan la posibilidad de aplicar este régimen diverso—. La razón que subyace a esto último tiene que ver con el acceso a los mecanismos de liquidación y compensación que utilicen los proveedores de servicios de pago para la ejecución de estas operaciones que, especialmente si se trata de entidades de dinero electrónico y entidades de pago, es relativamente frecuente que discurren al margen de los grandes sistemas de pago y que técnicamente no sea posible, o resulte excesivamente costoso, garantizar los mismos derechos que se reconocen, por ejemplo, en el caso de operaciones SEPA totalmente estandarizadas.

Además, puede pactarse —y, por tanto, deberá aparecer en el contrato de forma expresa—, que tras cada operación de pago el proveedor solo facilite⁴⁶ una referencia de la operación, junto con su importe y

⁴⁶ Aunque el art. 6 OTSP dice que puede pactarse que el proveedor de servicios de pago «facilite al usuario o ponga a su disposición» al tratarse de un contrato marco esta información debe ser facilitada ya que es lo que dispone la habilitación legal del art. 29 RDLSP.

los gastos y, cuando haya varias operaciones de la misma naturaleza al mismo beneficiario, la información acumulada de todas ellas. E incluso, que ni siquiera deba facilitarse esta información si el proveedor no dispone de los recursos técnicos necesarios para proporcionarla, siempre y cuando, el usuario pueda comprobar el importe de los fondos almacenados (art. 6 OTSP). Estas últimas excepciones —que, se insiste, deben pactarse expresamente—, solo deberían ser aplicables en contratos sobre determinados instrumentos prepagados cuyo funcionamiento técnico las justifique, es decir, debe existir una imposibilidad material de cumplir con las obligaciones de dar la información que generalmente se exige tras cada operación de pago, debido al funcionamiento propio del instrumento a través del cual se inician.

Finalmente, puede ser también objeto de acuerdo que la propuesta de modificación del contrato no se facilite en soporte duradero, lo cual, a mi juicio no encuentra suficiente justificación en la «escasa cuantía» del instrumento de pago. Dicha obligación pretende evitar que se produzca una variación de las condiciones del contrato sin el consentimiento del usuario, no tanto con fundamento en el valor económico del contrato sino en razones jurídicas, por tener carácter indefinido. Dada la infinidad de medios de comunicación y soluciones tecnológicas disponibles a día de hoy, no parece que el coste para el proveedor de servicios de pago de facilitar esta propuesta en soporte duradero, en lugar de simplemente ponerla a disposición del cliente sin importar el tipo de soporte, pueda tener la suficiente entidad como para justificar la elusión de esta medida de tutela, fundamental para el usuario.

V. LOS CONTRATOS DE INFORMACIÓN SOBRE CUENTAS

Ya se ha indicado que los contratos de información sobre cuentas no son ni contratos marco, ni contratos de operación de pago singular. Analizado con cierta perspectiva resulta un tanto contradictorio que la legislación especial califique el servicio de información sobre cuentas como servicio de pago —razón por la cual en este trabajo se defiende su calificación como servicio complementario—, pero así es. De modo que, a pesar de regularse el servicio en la misma norma, no cabe encuadrarlo ni en uno ni en otro tipo de contrato de servicios de pago —pues no supone la ejecución de operaciones de pago ni un contrato para ello—, sino que hay que considerarlo una tercera subcategoría de contrato de servicios de pago.

No puede aceptarse lo que afirma el preámbulo de la Orden de transparencia de servicios de pago cuando dice que lo que en ella se regula afecta a las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas y, desde luego, cuando el art. 2.3 manda aplicar a estas

entidades lo dispuesto en los arts. 9 y 14, porque ello sobrepasa el límite establecido por la delegación normativa del art. 29 RDLSP⁴⁷.

Respecto a su régimen jurídico, la obligación general de información al usuario rige también para contratos de información sobre cuentas (art. 29.1 RDLSP), independientemente de que la entidad que los provea sea un proveedor con autorización o una entidad prestadora del servicio de información sobre cuentas registrada. Prácticamente, ahí acaba el régimen dispuesto para estos contratos. El prestador del servicio de información sobre cuentas debe facilitar al usuario de servicios de pago la información y condiciones relativas a la prestación del servicio, pero no hay norma especial de servicios de pago, de ningún rango, que desarrolle válidamente cuál haya de ser el contenido de dicha información, ni el del contrato.

En cuanto a sus caracteres, otros preceptos del RDLSP ayudan a discernir y llevarnos a la conclusión de que, con carácter general, el contrato de información sobre cuentas es un contrato consensual, no formal. Así, el art. 7 RDLSP configura el uso de los servicios de información sobre cuentas como un derecho del usuario, condicionado a que las cuentas en cuestión sean accesibles en línea; y el art. 39.1.a) RDLSP establece que estos servicios solo pueden prestarse con el «consentimiento explícito» del usuario.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, aunque no suponga la ejecución de operaciones de pago, el servicio de información sobre cuentas es, *ope legis*, un servicio de pago y, como tal, constituye un servicio financiero. Además, este servicio es, por definición, un «servicio en línea»⁴⁸ y, por ende, prestado a distancia. Ello determina que cuando el usuario sea un consumidor será de aplicación de la LCDSFC y, por los mismos argumentos expuestos *supra*, el contrato de información sobre cuentas celebrado con un consumidor será un contrato formal.

Ahora bien, cuando el usuario no sea consumidor, incluso en el caso de que se trate de una microempresa, el exiguo régimen establecido por el RDLSP habrá de complementarse con lo dispuesto en la LSSI. De acuerdo con lo previsto en sus arts. 23 y 24, no es exigible con carácter general ningún requisito de forma, aunque sí es preciso que el prestador del servicio confirme la recepción de la aceptación de la oferta mediante el envío de un acuse de recibo o cualquier otra confirmación susceptible de archivo, proporcionada por un medio equivalente al uti-

⁴⁷ Art. 29.3 RDLSP: «El titular del Ministerio de Economía y Empresa determinará los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago singulares y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico, así como el contenido mínimo del contrato marco y del folleto informativo, junto con sus modalidades de difusión».

⁴⁸ Art. 3.38 RDLSP.

lizado en la contratación (art. 28 LSSI), por ejemplo, una pantalla de confirmación o un mensaje en la aplicación móvil, siempre que sean descargables⁴⁹.

Si, además, como será habitual, el contrato de información sobre cuentas contiene condicionado general, será de aplicación la LCGC. En aquellos casos en que el usuario es consumidor, las condiciones generales deberán necesariamente constar en soporte duradero porque ha de facilitársele un ejemplar al usuario, y deben ser firmadas por el mismo. Cuando este tenga otra condición, bastará con que se le den a conocer por cualquier medio (art. 5, aps. 1 y 3 LCGC, respectivamente).

VI. REFLEXIONES FINALES EN CUANTO A LA FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE PAGO

En suma, no puede predicarse de los contratos de servicios de pago su carácter formal como característica común. Ni siquiera hay una respuesta unívoca para todos los contratos marco o para todos los contratos de operación de pago singular como subcategorías contractuales. Es preciso un análisis caso por caso y, fundamentalmente, tal calificación dependerá de la condición personal del usuario.

En este trabajo se defiende una postura quizá extrema en muchos de los aspectos controvertidos porque el punto de partida es el de la tutela de los usuarios y porque, a mi juicio, este es el fundamento principal que justifica la necesidad no solo de regular un mercado, sino de prever leyes especiales aplicables a determinadas categorías contractuales. Si en un mercado dado hay un equilibrio natural entre las partes que contratan, no hacen falta necesariamente reglas especiales. Pero no es el caso de los servicios financieros. Por descontado, cuando el usuario es un consumidor, pero incluso cuando no lo es, resulta frecuente el desequilibrio entre la fuerza de negociación de las partes. De ahí que se aplauda la inclusión de las microempresas en el ámbito de aplicación del régimen más tuitivo del RDLSP, aunque, como se está poniendo de manifiesto, la eficacia de tal previsión es limitada en la medida en que este régimen especial deja muchas cuestiones abiertas, muy en particular, la de los efectos jurídico-privados de su contravención lo que obliga a acudir a las categorías generales de los remedios frente al incumplimiento.

⁴⁹ La obligación de confirmación contractual se exceptúa cuando: «a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación» (art. 28.3 LSSI).

En cualquier caso, y si bien no se desconoce que respecto de algunos aspectos aquí abordados cabrían distintas interpretaciones—también en cuanto al carácter formal o consensual de los contratos—, sí parece haber una conclusión clara: la necesidad de acudir a unas normas y a otras para tener una visión omnicomprendensiva del régimen aplicable a los contratos de servicios de pago es buena muestra de la complejidad de la materia, pero también puede revelar algo más. Respecto de las microempresas, la sola posibilidad de que la efectividad de su protección pueda quedar comprometida, debería ser razón suficiente para reflexionar acerca de cómo interactúa nuestro ordenamiento en esta materia. Y cuando el usuario es consumidor cabe preguntarse si la legislación sectorial ofrece el nivel mínimo de protección al que alude—aunque con una redacción algo confusa— el art. 59.2 TRLGDCU⁵⁰. Por supuesto, lo que procede es aplicar ese nivel mínimo en lo que no alcance el régimen especial, combinando la aplicación de aquellas normas sean necesarias, pero pone en evidencia al legislador español pues no es sino un indicio más de la defectuosa, o cuando menos mejorable, transposición de la Segunda Directiva de servicios de pago. Esta reflexión, traída a colación al hilo de la forma y contenido de los contratos, como se va poniendo de relieve, va mucho más allá.

Una última reflexión, esta sí, circunscrita a la cuestión de la forma de los contratos de servicios de pago —aunque trasladable a la contratación electrónica en general—, tiene que ver con lo que podría denominarse «unidad del contrato».

El paso del formato tradicional del contrato escrito en papel en el que, aunque no siempre, lo habitual es que todo el contenido del contrato se contenga en el mismo documento, hace irremediable el símil del contrato electrónico como un homólogo digital, en el sentido de un solo archivo de texto o, a lo sumo, dos: uno en el que se contienen las condiciones generales y otro en el que se recogen las condiciones particulares. Pero ni tiene por qué ser un archivo de texto, aunque en la mayoría de las ocasiones sí se recogerá por escrito, ni, desde luego, debe constar en un solo documento.

Si un contrato es un «acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales»⁵¹, es decir, un acuerdo de voluntades en el que las partes «consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»

⁵⁰ El párrafo segundo de este precepto señala: «La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa».

⁵¹ Primera acepción de contrato en el Diccionario panhispánico de español jurídico.

(1254 CC), lo que convierte al contrato en electrónico es que «la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones» [anexo, letra *h*) LSSI], independientemente de su forma o soporte, cuya validez dependerá, en su caso, de su regulación especial (art. 23.1 LSSI). Ya se trate de un contrato electrónico, o de un contrato celebrado presencialmente, si debe cumplir algún requisito de forma, cada vez es más habitual que esa formalización se produzca mediante un documento electrónico. Y estos no son solo los archivos de texto sino «todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual» [art. 3.35) eIDAS⁵²], si bien es cierto que cuando la ley especial indique que el contrato ha de constar por escrito, el cumplimiento de tal obligación en virtud del art. 23.3 LSSI exige que se haga efectivamente por escrito, aunque en soporte electrónico. Sin embargo, esta ley es de aplicación supletoria en lo que a servicios financieros se refiere, porque la LCDSFC tiene carácter especial.

Precisamente, la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores fue la primera norma de Derecho positivo que definió el concepto de soporte duradero⁵³, que es el verdaderamente relevante a efectos jurídicos, en especial en materia de contratación de servicios de pago y de contratación con consumidores —tanto en contratación a distancia como en contratación presencial—. Así, la definición que desde entonces ha permanecido invariable en lo esencial en el resto de actos jurídicos europeos recoge todos los criterios que cualifican un soporte como duradero⁵⁴: debe permitir al usuario almacenar para su futura consulta la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera accesible, durante un periodo de tiempo adecuado para los fines de dicha información que, además, debe poder ser reproducida sin cambios. Por lo tanto, lo importante no es si el contrato o la información consta en formato electrónico

⁵² Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

⁵³ Aunque el término ya había sido utilizado por la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

⁵⁴ Art. 2.f) Directiva 65/2002/CE: «todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada». Este concepto fue posteriormente incorporado a numerosos actos legislativos como la Primera Directiva de servicios de pago, su sucesora, y en España, en el art. 3.41 RDLSF, entre otros, e interpretado con carácter general por la Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, *Content Services*, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419.

de texto, sonoro, visual o audiovisual, sino que reúna las características necesarias para ser considerado soporte duradero.

El principio de equivalencia despliega sus efectos en un doble sentido. Son equivalentes los contratos electrónicos a los contratos no electrónicos (arts. 1254 CC, 23.1 y 2 LSSI), y también lo son los soportes en los que pueden documentarse el contrato y cualquier información a él relativa (art. 23.3 LSSI, párrafo 40 STJUE de 5 de julio de 2012). Ahora bien, no está del todo claro si cuando una norma exige que el contrato o cualquier información se proporcione «por escrito» ha de entenderse que se refiere a que debe constar en papel o, en realidad, la contraposición es entre el escrito —sea en papel o en un archivo electrónico— y cualquiera otra de las formas que constituya un soporte duradero. En este sentido, hay quien considera impropia la equiparación entre forma escrita y en papel⁵⁵, mientras que la jurisprudencia europea las identifica al señalar que los criterios para cualificar a un soporte como duradero deben ser comparables con las funciones del soporte papel⁵⁶. Esta disquisición, sin embargo, carece de mayor relevancia. Está claro que no hay objeción a que el contrato o la información relevante conste en papel, sino que lo que tiene que aclarar el Derecho positivo y la jurisprudencia —y así lo ha hecho— es qué otros formatos son válidos.

Así pues, de acuerdo con las normas especiales de servicios de pago y de contratación a distancia de servicios financieros con consumidores, el contrato o la información a él relativa, pueden proporcionarse también en formato electrónico de texto —que será lo más habitual—, sonoro —por ejemplo, si es una contratación por vía telefónica la grabación de la conversación—, visual o audiovisual —a través del registro de la video llamada de la aplicación móvil de la entidad, por ejemplo—. Siempre y cuando el propio formato y la forma en que se le hace accesible al usuario constituya, además, soporte duradero.

Ante un supuesto conflictivo habrá de hacerse un análisis caso por caso, dado que no hay criterios uniformes sobre el contenido concreto de los requisitos del soporte duradero. En todo caso, no parece que necesariamente deba ser algo físico o convertible en físico, como un documento de texto que se imprime⁵⁷, pero sí es necesario garantizar

⁵⁵ COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, op. cit., p. 304; MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E., «Contratación electrónica de operaciones crediticias», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 8, 2000, pp. 1539-1547 (pp. 1542-1543).

⁵⁶ STJUE caso *Content Services*, ap. 41.

⁵⁷ En contra de lo que opina COUTO CALVIÑO para quien el hecho de que la definición se refiere a que el soporte ha de ser un instrumento implica que deba ser un medio físico (COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, op. cit., p. 310). Sin embargo, se justifica para ello en las dos primeras acepciones de «instrumento» en el DRAE cuando, a mi juicio, la segunda, que sería la acepción utilizada en la definición de soporte duradero, no se refiere a algo material («Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin»).

su integridad, durabilidad y accesibilidad. En cuanto a la primera, lo esencial es que la información no pueda ser alterada unilateralmente por ninguna de las partes. La durabilidad se refiere a que la información permanezca —inalterada— durante un «tiempo adecuado» para sus fines, por lo que dependerá del supuesto concreto. Por ejemplo, en el caso de los servicios de pago la información precontractual debe estar disponible durante toda la vigencia del contrato, *ex art.* 15 OTSP. Por último, y quizás como aspecto más difícil de valorar, la accesibilidad. Ante la falta de concreción de qué deba considerarse «fácilmente accesible» pueden surgir prácticas que pongan en entredicho la posición del usuario. Determinados sitios de internet pueden ser considerados, en sí mismos, soporte duradero⁵⁸, o diferentes documentos electrónicos —en cualquier formato— y alojados en diversos sitios —por ejemplo, en varias pestañas diferentes de la web de la entidad— pueden componer el contrato⁵⁹. Y en ocasiones, esto los usuarios lo desconocen, especialmente los consumidores o las microempresas que en muchos casos serán empresarios personas físicas.

No deja de ser curioso que tanto el art. 29 RDLSP como los arts. 13 y 15 OTSP se refieran al «folleto» de información precontractual, dando a entender que toda ella debe presentarse en conjunto en un único documento y, sin embargo, no se exija la unidad del contrato —sin perjuicio de supuestos de integración legal— o, al menos, se establezcan ciertas medidas que ayuden a evitar posibles riesgos. Estas podrían ir desde la limitación de los formatos que se consideran accesibles —igual que se ha hecho (aunque pudiera ser de forma inconsciente) con la información precontractual— o establecer las formas o canales por los que tales documentos o soportes se pongan a disposición del usuario. Y ello se dice con pleno conocimiento de que la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, da ciertas pautas⁶⁰. Sin embargo, estas se refieren únicamente a la documentación en formato

⁵⁸ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Cumplimiento telemático de la obligación de información previa a la modificación del contrato marco de servicios de pago: A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de enero de 2017 en el asunto C-375/15 “BAWAG vs. Vfk”» en MARIMÓN DURÁ, R. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (dirs.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191-214 (pp. 197-200), y STJUE caso *Content services*, aps. 46 y 47. Así, debe distinguirse entre los «sitios web ordinarios» («ordinary websites») y los «sitios web sofisticados» («sophisticated websites»), que sí pueden constituir un soporte duradero en tanto permitan al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de manera que pueda acceder a ella y reproducirla de modo idéntico durante un período adecuado, excluyendo cualquier posibilidad de modificación unilateral de su contenido por el vendedor.

⁵⁹ Sobre la posibilidad de que varios documentos distintos conformen el contrato *vid.* COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 311 y Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016, *Home credit Slovakia c. Klára Biróová*, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842, aps. 30-35.

⁶⁰ En concreto sobre la entrega de documentos contractuales véase la norma novena.

de texto de los contratos cuando ya se ha indicado que ello no es la única posibilidad. Pero es que, además, la propia norma octava de la Circular señala que «[l]a entrega y el contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios de pago se determinarán conforme a lo previsto en la Orden 1263/2019».

En definitiva, pueden y deben darse más pasos hacia la tutela efectiva de los usuarios de servicios de pago. Aclarando la maraña legislativa, simplificándola y declarando sin ambages la formalidad de aquellos contratos que lo requieran.

Y, por supuesto, convienen normas de Derecho positivo que delimiten qué es y cómo debe funcionar un soporte duradero accesible, perdurable, íntegro, etc., de modo que se logre efectivamente la finalidad de las normas tuitivas. También parece absolutamente necesario, tal y como llevan insistiendo el Banco de España y la CNMV desde hace años, impulsar la educación financiera de los usuarios y, en general, la educación de consumo, pues la tecnología avanza a pasos agigantados ante la parsimonia de la ciudadanía⁶¹.

⁶¹ La estrategia nacional de educación financiera en España que bajo la marca «Finanzas Para Todos», es impulsada por el Banco de España y la CNMV desde 2008, quienes elaboran periódicamente un plan de educación financiera. El más reciente es el *Plan de Educación Financiera 2022-2025* y puede descargarse en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera_22_25es.pdf.

CAPÍTULO 4

COMUNICACIÓN CON EL USUARIO E INFORMACIÓN EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

I. FORMA DE LA COMUNICACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE FACILITAR INFORMACIÓN Y PONERLA A DISPOSICIÓN

A primera vista podría parecer que el parco art. 29 RDLSP aporta poco en cuanto a la forma en que el proveedor de servicios de pago debe comunicarse con el usuario, pero no es así. En su ap. 1 da los dos criterios determinantes respecto a la información del contrato: debe facilitarse y debe ser accesible. En cuanto al primero, de nuevo, la escasa técnica legislativa española obliga a realizar una interpretación correctora, solo que, en esta ocasión, en beneficio del proveedor. Pero más relevante aún es que la jurisprudencia del TJUE ha dejado claro lo que ya se expresaba en los considerandos de la Primera Directiva de servicios de pago y fue reproducido idénticamente en su sucesora: que el uso de verbos diversos en materia de información en la norma europea no es una cuestión de puro estilo normativo, sino que tiene trascendencia jurídica.

A lo largo del título III de la DSP2, el legislador europeo da a los Estados miembros en numerosas ocasiones —aunque no siempre— la opción de elegir si exigen a los proveedores de servicios de pago que la información sea *facilitada* a los usuarios, o si exigen que simplemente

sea *puesta a su disposición*. El Considerando 60 DSP2, de tenor literal prácticamente idéntico al antiguo Considerando 27 DSP1, distingue entre estas dos formas de informar al usuario¹. Facilitar la información requiere del proveedor una conducta activa, una comunicación directa que supone que el usuario no tenga que tomar ninguna iniciativa para recibir o acceder de manera efectiva a dicha información. Clásicos ejemplos serían la información dada de viva voz o la enviada a través de correo ordinario. Por el contrario, la mera puesta a disposición significa que el usuario «debe tomar activamente iniciativas para obtener la información», por ejemplo, solicitarla expresamente, consultar la web del proveedor o el tablón de anuncios de la oficina, o entrar a la mensajería personal de la web o aplicación del proveedor. Este es precisamente el supuesto que ha llegado a ser objeto de pronunciamiento por parte del TJUE, al tener gran trascendencia práctica.

Sintetizando los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de enero de 2017 en el conocido como caso *Bawag vs. Vfk*² —analizada en detalle por BUESO GUILLÉN³—, el suministro al usuario de la información requerida por la legislación especial de servicios de pago a través del buzón de mensajería de la web o de la aplicación del proveedor, es una mera puesta a disposición si el mensaje interno no va acompañado de «un comportamiento activo por parte del proveedor destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en el sitio de Internet»⁴, por ejemplo, enviándose un correo electrónico a la dirección habitual del cliente o un SMS a su móvil personal. Es decir, el usuario debe recibir un aviso de que tiene cierta información disponible en la mensajería interna de la web o aplicación por cualquier medio que utilice habitualmente para comunicarse con otras personas distintas al proveedor de servicios de pago⁵.

Esta sentencia se refiere también a otra cuestión clave: cuando la información debe ser facilitada de acuerdo con la legislación especial, debe serlo en un soporte duradero. Este es definido en el art. 3.41 RDLSP como «un instrumento que permita al usuario de servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera fácilmente accesible para su futura consulta, durante un período de tiempo adecuado para los fines de dicha información, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada». Así, el pronunciamiento del TJUE se refiere a la solución informática del sitio web del proveedor —o, actualizándolo, a su aplicación para

¹ Después, no obstante, de utilizar sin propiedad el verbo «facilitar» [información] en los considerandos precedentes para referirse en general a cualquier forma de informar al usuario.

² Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017, *Bawag c. Vfk*, C 375/15, ECLI:EU:C:2018:38.

³ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, pp. 194-202.

⁴ Apartado 49 de la STJUE caso *Bawag c. Vfk*.

⁵ Apartado 51 de la STJUE caso *Bawag c. Vfk*.

dispositivos digitales— desde una doble perspectiva: la comentada *supra*, como canal de comunicación y esta segunda, como soporte duradero en sí mismo.

En este sentido, lo relevante es tanto la preservación digital como su integridad⁶ y por ello, la jurisprudencia europea ha trasladado esa definición legal —originaria de la Directiva 2002/65— a las propias soluciones informáticas de las entidades, en calidad de «instrumentos», que para ser consideradas soporte duradero deben reunir las siguientes condiciones: en primer lugar, permitir al usuario almacenar la información dirigida personalmente a él; en segundo, ha de garantizarse que no se ha alterado el contenido de la información; tercero, esta debe permanecer accesible durante un periodo de tiempo adecuado según su función y, por último, que la información pueda ser reproducida sin cambios⁷.

En la práctica, lo cierto es que los sistemas de mensajería o de notificaciones internas de la web o aplicación del proveedor se utilizan casi siempre como canal de comunicación y, con cierta frecuencia, también como soporte duradero en sí mismo. O, al menos, así se pretende, aunque sería preciso un análisis caso por caso para comprobar si efectivamente concurren todas las condiciones necesarias. Además, en muchas ocasiones la delimitación entre uno y otro uso no es nítida; pero, en cualquier caso, conviene hacer algunos comentarios al respecto.

Para que puedan constituir un soporte duradero en sí mismo, deben de añadirse o concretarse algunos requisitos. Garantizar la integridad de la comunicación requiere certificar su origen y contenido, para lo cual debería incorporarse una firma electrónica o un sello electrónico avanzados⁸, ya sea al documento en formato legible —por ejemplo, un archivo PDF— o al propio proceso de envío —a la transmisión por medio de la mensajería interna de la web o de la aplicación—. Pero desde la perspectiva contractual, hay otro aspecto fundamental cual es el momento de la comunicación, por lo que, además, debe certificarse el momento en que la información se hace accesible para el usuario. Y, en puridad, para ello no es suficiente con el registro temporal de la web del proveedor de servicios de pago, pues podría ser modificado a su discreción, sino que es preciso el sellado de tiempo realizado por un tercero de confianza conforme al Reglamento eIDAS⁹.

⁶ BUESO GUILLÉN, P. J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, p. 198.

⁷ Ap. 43 de la STJUE caso *Bawaw c. Vfk*. En el mismo sentido, también: aps. 42-44 STJUE caso *Content Services* y ap. 35 STJUE caso *Home credit Slovakia*.

⁸ BUESO GUILLÉN, P. J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, p. 205.

⁹ *Ibid.* El Reglamento eIDAS ha sido recientemente actualizado por medio del Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital.

Queríamos realizar dos reflexiones finales al respecto: los documentos informativos con firma manuscrita escaneados —que no escasean en materia de contratación bancaria— no parece que cumplan ninguna de estas condiciones; y por lo que se refiere en general a los sistemas de certificación, tanto de origen y contenido como de sello temporal, sería conveniente informar al usuario sobre ellos. Por un lado, porque parece que tiene sentido que el usuario que reciba una comunicación con efectos jurídicos conozca y entienda las medidas que la hacen oficial (una firma reconocida, el sellado de tiempo por un tercero de confianza, o cualesquiera mecanismos que se empleen por parte del proveedor de servicios de pago); por otro, porque los niveles de transparencia al respecto, de seguridad y de voluntad de la entidad de hacer conocedores a sus clientes de su forma de trabajar pueden ser elementos diferenciadores de la competencia.

Sobre el uso de la mensajería interna como medio de comunicación se volverá en el siguiente apartado, baste ahora apuntar una idea: la cláusula —presente en la inmensa mayoría de contratos marco de servicios de pago en España— que, sin más, obliga al usuario a consultar el sistema de mensajería interna a los efectos de notificaciones no puede producir efectos, pues es contraria a la legislación especial en materia de servicios de pago, como se acaba de exponer. Esta, de acuerdo con la interpretación del TJUE, permite obligar contractualmente al usuario a consultar el sistema de mensajería interno de la web o aplicación de la entidad, pero para que la información transmitida por este medio se considere facilitada —en lugar de meramente puesta a su disposición—, ha de mediar «un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio de Internet»¹⁰.

En suma, cuando se trate de información relativa a un contrato marco, ya sea de carácter precontractual, contractual, o información sobre la ejecución, modificación o resolución del contrato marco, debe ser facilitada a iniciativa del proveedor de servicios de pago en soporte duradero. Con una excepción: la información previa a la ejecución de cada operación de pago sujeta a un contrato marco e iniciada por el ordenante, en cuyo caso, solo habrá de ser facilitada cuando así lo solicite el ordenante —se entiende, ya sea de manera puntual para una concreta operación, o general en el momento de celebración del contrato marco— y no necesariamente en soporte duradero puesto que, a diferencia del resto de preceptos, los arts. 56 DSP2 y 16 OTSP no exigen soporte concreto alguno, lo cual tiene sentido ya que lo que sí debe facilitarse en soporte duradero es la información posterior a la ejecución de la operación. En cuanto a la información sobre operaciones de pago singular (precontractual, contractual o de ejecución), la Segunda Directiva

¹⁰ Fallo de la Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017.

de servicios de pago da la opción a los Estados miembros de exigir que esta se facilite o bien que se ponga a disposición de los usuarios. Y he aquí donde nuevamente se pone de manifiesto la escasa técnica legislativa española. La Orden de transparencia de servicios de pago prácticamente «copia y pega» el capítulo correspondiente de la Segunda Directiva de servicios de pago sin concretar si la información sobre operaciones de pago singular debe ser facilitada o puesta a disposición del usuario¹¹. Aunque quizá sea mejor así, porque probablemente de lo que el regulador reglamentario no se ha percatado es de que el legislador, no se sabe si consciente o inconscientemente, ya ha tomado una decisión. El art. 29.1 RDLSP —la base que debe desarrollarse, en virtud de la delegación normativa contenida en el ap. 3— no deja lugar a dudas: el proveedor de servicios de pago «facilitará al usuario [...] toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de este real decreto-ley se fijen». Por tanto, puede concluirse que en España prácticamente toda la información, independientemente de su carácter pre o contractual, o de ejecución del contrato, y con independencia del tipo de operación —singular o sujeta a un contrato marco—, debe ser facilitada. Y ello, a pesar de que implica una incorrecta transposición de lo previsto en el art. 44.1 DSP2 que, a los efectos de la información previa relativa a un contrato de operación de pago singular, no da opción alguna, sino que determina que basta con esta se ponga a disposición y solo cuando el usuario lo solicite, deberá ser facilitada en soporte duradero.

Debe tenerse en cuenta además que, cuando el usuario es un consumidor el art. 60.1 TRLGDCU exige en todo caso que la información precontractual sea facilitada¹². Si tal es la obligación, ponerla meramente a disposición del usuario supone un incumplimiento y, por ende, deberá entenderse que el usuario no ha sido informado correctamente lo que, tratándose de una notificación —por ejemplo, de modificación de condiciones— supondría la falta de eficacia de la misma y la inaplicabilidad de sus consecuencias jurídicas.

¹¹ Con una notoria excepción que no se alcanza a comprender, la información que debe facilitar el PSIP tanto al ordenante como al beneficiario, sobre la que el art. 12.1 OTSP sí especifica que debe ser facilitada. Lo que parece subyacer aquí es una cierta desconfianza respecto a estos nuevos proveedores.

¹² Art. 60.1 TRLGDCU: «Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses».

Más allá de estas cuestiones, con carácter general se exige que cualquier comunicación sea clara y vaya acompañada de explicaciones adecuadas y suficientes que permitan al usuario comprender el servicio en cuestión y adoptar las decisiones que correspondan a nivel precontractual y durante toda la ejecución del contrato de manera informada, según sus necesidades y su situación financiera. Las comunicaciones deben reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios; deben ser transparentes y neutras, sin destacar beneficios potenciales ni ocultar riesgos inherentes a los servicios en cuestión; completas y fidedignas, que no omitan ni desnaturalicen información relevante. Estas obligaciones derivan de los arts. 8.1 y 9 OTSB, a los que expresamente remite el art. 3 Orden de transparencia de servicios de pago y, por tanto, no solo serán aplicables a los contratos de servicios de pago celebrados con personas físicas, sino que se aplicarán de manera imperativa cuando el usuario sea consumidor o microempresa y, a falta de pacto en contrario, también al resto de usuarios.

En cuanto a la forma de dicha comunicación —en sentido estricto—, no hay más referencia en la legislación especial de servicios de pago que la que se hace en el art. 29.3 RDLSP y se repite a lo largo de la Orden de transparencia de servicios de pago a un supuesto «folleto informativo» precontractual que, en el fondo, como se ha indicado, no tiene mayores consecuencias jurídicas puesto que el mismo artículo que lo impone, seguidamente lo dispensa al permitir que tal obligación se dé por cumplida entregando una copia del borrador del contrato. A más a más, o quizás por esta misma razón, su formato tampoco ha sido homogeneizado por la normativa reglamentaria. Alguna noción más se da respecto de algunas informaciones en ejecución de contrato impuestas por el Real Decreto-ley de cuentas de pago y determinados preceptos de la Orden de transparencia de servicios bancarios a los que remite expresamente la Orden de transparencia de servicios de pago, y que serán tratados más adelante.

Lo que sí está normalizado, incluso a nivel europeo, es el documento informativo de comisiones exigido por el art. 16 RDLCP referido exclusivamente a los contratos marco de cuenta de pago. Este documento de carácter precontractual, que debe entregarse en soporte duradero, de forma gratuita y con suficiente antelación, debe seguir la plantilla contenida en el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/34 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución respecto del formato de presentación normalizado del Documento Informativo de las Comisiones y su símbolo común, de conformidad con la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, tanto el Real Decreto-

ley de cuentas de pago como su desarrollo reglamentario¹³ establecen pautas relativamente concretas sobre cómo debe ser este documento¹⁴, exigiendo, por ejemplo, que se trate de un documento preciso y que no induzca a error, que sea breve e independiente, con una presentación y estructura claras, que utilice caracteres de tamaño legible, etc.

Por lo demás, no supone mayor novedad que se exija que la información sea «fácilmente accesible» (art. 29.1 RDLSP) en el sentido de comprensible para el usuario medio y, así, la Orden de transparencia de servicios de pago concreta que deben seguirse las reglas de diseño universal¹⁵.

II. EL MEDIO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE PAGO Y EL USUARIO

La legislación especial sobre servicios de pago no impone ningún medio o canal específico de comunicación entre proveedores y usuarios. Más allá de la necesidad de que determinada información conste en soporte duradero, este aspecto queda a la libre voluntad de las partes, debiendo ser objeto de acuerdo en el contrato de servicios de pago. No obstante, lo habitual será —especialmente en el caso de consumidores y microempresas— que la cláusula en la que se determine el medio de comunicación entre las partes sea predispuesta por la entidad e incluida en la mayoría de contratos del mismo tipo y sujeta, por tanto, a la Ley de condiciones generales de la contratación.

En el caso de los contratos marco de servicios de pago, son varios los aspectos relativos a la comunicación entre las partes sobre los que debe informarse con carácter precontractual y que, además, forman parte del contenido mínimo del contrato [art. 14.d) OTSP]. Por supuesto, el primero de ellos es el propio medio de comunicación, pero también es preciso que el proveedor informe sobre los requisitos técnicos que deben cumplir los dispositivos o programas informáticos que utilice el

¹³ Mediante Circular 2/2019, de 29 de marzo, del Banco de España, sobre los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

¹⁴ Art. 16.2 RDL 19/2017 y normas 4 a 5 de la Circular 2/2019 del Banco de España.

¹⁵ En concreto, los arts. 8 y 12, relativos a operaciones de pago singular y contratos marco respectivamente y a los que se refieren los artículos subsiguientes para cada tipo de contrato determinan que «a información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente accesibles y comprensibles, especialmente para las personas con discapacidad, de manera clara y legible, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes».

usuario. A día de hoy, el supuesto más habitual es que el medio de comunicación pactado sea electrónico, casi siempre, el buzón de mensajería de la web o aplicación del proveedor o el correo electrónico, aunque también es frecuente el uso de SMS o llamadas al número personal del usuario, al menos de forma complementaria a los anteriores. Tomando como ejemplo el pacto de comunicación a través de la aplicación del PSP —aunque para *facilitar* la comunicación a través de la aplicación será necesario, por ejemplo, un aviso al móvil o correo electrónico habitual del usuario—, deberá además informarse al usuario sobre los requisitos técnicos que debe cumplir su «móvil inteligente» o su tableta para soportar la aplicación.

Un segundo aspecto se refiere a cómo debe facilitarse o ponerse a disposición la información preceptiva. Es decir, no basta con que en la información precontractual o en el propio contrato se contenga una cláusula que determine el medio de comunicación, sino que, además, debe expresarse también cómo se procederá a informar. Por más que parezca reiterativo, subyace aquí la necesidad de que el usuario comprenda sin género de dudas cómo va a desarrollarse el proceso comunicativo, y la razón es obvia: las comunicaciones que se producen entre proveedor y usuario tienen trascendencia jurídica, en especial, aquellas que se refieren a la modificación de las condiciones contractuales o a la resolución del contrato, pero también las relativas a la ejecución ordinaria del mismo. Supongamos que en un contrato marco de servicio de pago se ha fijado como forma de comunicación el envío de mensajes a través de la web o aplicación del proveedor y el aviso a través de SMS. En la misma o siguiente cláusula, deberá aparecer también la explicación del proceso¹⁶.

En tercer lugar, ha de pactarse la lengua o lenguas de celebración del contrato marco y de comunicación durante la relación contractual. Este aspecto es especialmente trascendente desde el punto de vista del mercado único y la contratación transfronteriza, así como desde la configuración autonómica del Estado español. En el ámbito de la Unión ello es especialmente relevante, dado que suele ser una cláusula predispuesta. Más allá de las posibles repercusiones que el nivel de conocimiento de un idioma pueda tener sobre aspectos de Derecho

¹⁶ Podría ser algo como lo que sigue: «Cuando el proveedor deba facilitar al usuario determinada información, enviará la comunicación a través del servicio de mensajería de su web o de su aplicación e, inmediatamente después de que esta se encuentre disponible para su consulta, un SMS al número facilitado por el usuario para que tenga constancia de su existencia. El usuario está obligado a consultar el sistema de mensajería interno una vez ha recibido el aviso personal, momento desde el cual, la notificación se entenderá realizada correctamente y, en su caso, podrá producir los efectos que le sean propios. La información que el proveedor no tiene obligación de proporcionar activamente al usuario pero que puede ser de su interés será también enviada a través del sistema de mensajería interno, sin aviso personal, o publicada en la pestaña “nombre de la pestaña”, del sitio web de la entidad (www.direccionwebentidad.es)».

internacional privado¹⁷ es una cuestión que puede afectar también a la accesibilidad y transparencia de la información y, por tanto, al cumplimiento de las obligaciones contractuales o a las consecuencias jurídicas derivadas de situaciones patológicas.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta también que la casuística puede ser muy diversa. Por ejemplo, piénsese en un usuario que decide contratar una cuenta de pago con un proveedor de servicios de pago establecido en otro Estado miembro, que ofrece sus servicios en un idioma (pactado en una cláusula general) sobre el que el usuario tiene un nivel de conocimiento y manejo medio-alto. De entre todos los proveedores que operan en la UE, el usuario ha elegido este. En este caso, de producirse una situación patológica, tendría sentido que el idioma en sí mismo apenas sea considerado a la hora de valorar el nivel de transparencia y accesibilidad de la información, pues un usuario medio debería ser consciente de que contratar en un idioma que no es el propio conlleva cierto riesgo de comprensión incompleta. Sin embargo, sería distinto el supuesto en el que un usuario, encontrándose en otro Estado miembro, se ve en cierta manera obligado a operar en un idioma desconocido. Imaginemos que debe pagar una multa de aparcamiento en las oficinas o cajeros de determinadas entidades. En este contrato de operación de pago singular el proveedor se verá obligado a extremar la diligencia para dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones de información haciéndola accesible para el usuario.

Lo que quiere ponerse de manifiesto es que el idioma del contrato y lo que ello conlleva es relevante a efectos de la validez del contrato. A pesar del planteamiento de ejemplos extremos, en la práctica los casos pueden llegar a ser mucho más complejos y menos evidentes. Desde la imposición de sanciones al proveedor, a la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento, pasando, sobre todo, por problemas de Derecho internacional privado cuando la falta de comprensión afecte a cuestiones como la competencia o la ley aplicable. A lo que hay que sumar que la Segunda Directiva de servicios de pago no obliga a proteger por igual a consumidores y microempresas, sino que ofrece a los Estados miembros la opción de extender a estas últimas el régimen más tuitivo previsto para aquellos, lo que puede llevar a error a estas usuarias tan numerosas en la UE —las microempresas— sobre el nivel de protección con el que cuentan y, a la postre, causar cada vez una mayor fragmentación del mercado.

Este es, de hecho, un aspecto sobre el que debería informarse de manera obligatoria: si los ordenamientos jurídicos nacionales dispensan la misma protección a las microempresas que a los consumidores.

¹⁷ Al respecto, *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El idioma del contrato en el Derecho internacional privado» en *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 11, 2011, pp. 155-182.

Aunque quizás, esta debería ser una obligación directamente impuesta a los Estados miembros, a través de sus autoridades supervisoras o departamentos ejecutivos correspondientes, en lugar de a los proveedores de servicios de pago.

Por último, en la información precontractual y en el contrato marco debe contenerse una mención al derecho que asiste al usuario para recibir en cualquier momento tanto el contrato marco como la información precontractual. Sin embargo, no se exige que conste también cómo puede ejercitarse tal derecho, lo que sería conveniente y beneficiaría tanto al usuario como al proveedor, que contando con un procedimiento específico previsto en el contrato podría acreditar con mayor facilidad el cumplimiento de sus obligaciones de información, como exige el art. 31 RDLSP.

En el caso de los contratos de operación de pago singular no hay ninguna norma especial que prevea expresamente la necesidad de acordar el medio de comunicación. Sin embargo, aunque mucho menor que la requerida para los contratos marco, la información que debe facilitarse en fase precontractual, contractual y una vez ejecutado el contrato de operación de pago singular no es tampoco desdeñable. Si a ello se añade que, pese al tenor literal de los artículos correspondientes de la Orden de transparencia de servicios de pago, los proveedores están obligados a facilitar la información —no bastando con su mera puesta a disposición—, resulta que también en estos contratos procede pactar, siquiera sea tácitamente, el medio de comunicación que vayan a utilizar las partes. Sería conveniente, de hecho, que este fuera uno de los aspectos obligatorios sobre los que el proveedor debe informar con antelación a la perfección del contrato, lo que parece no es la hipótesis más frecuente en la práctica. La preceptiva información pre y contractual —idéntica— en los contratos de operación de pago singular tiene un contenido mucho más escueto que para el caso de los contratos marco, pero también mucho menos definido. Ello porque el art. 9.3 OTSP contiene una cláusula de cierre que impele a los proveedores de servicios de pago a proporcionar, además de la establecida en el ap. 1, «toda la demás información y condiciones que resulten pertinentes de las contenidas en el artículo 14» —que es el aplicable a contratos marco—. Sin mayor concreción que esta, dicha previsión se vacía de contenido, quedando a la voluntad de los proveedores sobre qué otros aspectos ha de informar al usuario. Y precisamente dentro de esta discrecionalidad queda el informar y pactar expresamente el medio de comunicación.

El caso especial de la contratación de servicios de información sobre cuentas no queda sujeto tampoco a la obligación expresa de pactar el medio de comunicación contenida en el art. 14 OTSP ya que, como

se ha repetido en varias ocasiones, no puede calificarse como contrato marco de servicios de pago¹⁸.

Para finalizar este apartado, queremos realizar un breve comentario sobre las posibles situaciones patológicas en relación a la comunicación entre proveedor y usuario de servicios de pago. Los supuestos problemáticos pueden ser de dos tipos. Primero, pueden versar sobre la información y el pacto expreso sobre el medio de comunicación, ya sea porque falta o porque éste no es conforme a la legislación especial. Segundo, que, habiendo una correcta información al respecto y un pacto válido, la información se comunique por un medio distinto al acordado.

Dentro del primer tipo, cuando el problema sea que no se informe o no se acuerde expresamente —en un contrato marco de servicios de pago— cuál será el medio de comunicación o los restantes aspectos complementarios, estaríamos ante un supuesto de falta de información precontractual que, en su caso, podrá ser determinante de un vicio del consentimiento, o de falta del contenido mínimo del contrato. En este trabajo se defiende una postura extrema consistente en considerar que todo el contenido del art. 14 OTSP determina el objeto del contrato de servicios de pago y, por ende, a mi juicio, la ausencia de información precontractual o de pacto expreso podrán efectivamente fundamentar una acción de anulabilidad del contrato. Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, en materia de servicios de pago hay pocas ocasiones en las que la invalidez del contrato sea un buen remedio. Por eso, atendiendo al principio fundamental de vigencia del contrato, se hace otra propuesta, más conservadora, que podría salvar la validez en aquellos casos en los que en la omisión no medie mala fe, de manera que podría integrarse el contrato conforme a los usos del mercado (art. 1287 CC). En sentido similar, si el problema suscitado fuera que el pacto no es conforme con la legislación especial, como sería el caso de aquellos contratos marco en los que se acuerda que el medio de comunicación será exclusivamente el sistema de mensajería interno de la web o aplicación del proveedor, la cláusula en cuestión sería nula por ser contraria a norma imperativa (arts. 1255 y 6.3 CC) y, en favor del principio de conservación de los negocios jurídicos, el contrato se integraría conforme al uso habitual (art. 1287 CC).

En segundo lugar, la otra cuestión problemática es qué ocurre cuando la comunicación de la información preceptiva se realiza por un medio distinto al pactado en el contrato o cuando, siendo el pactado, no es conforme a la legislación especial. La respuesta ha de ser que esa comunicación resulta ineficaz. Ello solo afecta a la información que el proveedor ha de facilitar al usuario en ejecución del contrato de ser-

¹⁸ En este punto, como ha señalado anteriormente, la orden ministerial ha excedido los límites de la habilitación legal conferida por el art. 29.3 RDLSF que, pese a lo dispuesto en el art. 2.3 OTSP, no incluye los servicios de información sobre cuentas.

vicios de pago, por tanto, a la comunicación de información periódica sobre movimientos y comisiones (rendición de cuentas), a la relativa a cada operación de pago, y a las notificaciones sobre modificación¹⁹ y resolución contractual. En cuanto a los dos primeros tipos de comunicación, ello supondrá un incumplimiento contractual. Respecto de la propuesta de modificación unilateral de las condiciones del contrato o su resolución, la comunicación por medios distintos al pactado implica que estas no podrán producir efecto, de modo que el contrato deberá permanecer inalterado y vigente; y, en su caso, la relación contractual deberá retrotraerse al estado precedente a la comunicación ineficaz.

III. LOS GASTOS DE INFORMACIÓN

Con carácter general, toda la información establecida en la normativa especial debe ser facilitada siempre con carácter gratuito, tanto es así que la prohibición para el proveedor de servicios de pago de cobrar gastos por cumplir con sus obligaciones de información y transparencia se repite en dos preceptos distintos, los arts. 30.1 y 35.1 RDLSP.

No obstante, en el contrato sí puede pactarse que el proveedor pueda cobrar un gasto proporcional²⁰ a los costes efectivamente soportados cuando, a petición del usuario, la información se proporcione con mayor frecuencia a la exigida legal o reglamentariamente, por medios diferentes a los acordados en el contrato marco o se solicite la comunicación de información adicional. Aunque esta licencia será aplicable fundamentalmente a los contratos marco de servicios de pago, también los proveedores que ofrezcan contratos de operación de pago singular pueden cobrar gastos por la información adicional o más frecuente que solicite el usuario. Piénsese en una entidad de pago que se dedica al envío de dinero: si el usuario solicita un duplicado del resguardo de la operación, la entidad podría cobrar un gasto por proporcionarlo.

Dentro del concepto de «información más frecuente» ha de entenderse comprendida únicamente la exigida por la Orden de transparencia de servicios de pago, mientras que «información adicional» será solo

¹⁹ En concreto, sobre la notificación de la propuesta de modificación contractual por medios insuficientes para dar cumplimiento a lo exigido en la legislación especial *vid.* BUESO GUILLÉN, P. J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, p. 208.

²⁰ La ley utiliza los términos razonable, adecuado y acorde (arts. 30.2 y 35.1 RDLSP). A mi juicio, el objeto del pacto ha de ser la posibilidad de cobrar dicho gasto no necesariamente —aunque sería preferible— la cuantía del mismo. En contra, sin embargo, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios a la ley de servicios de pago*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 568-569, para quien los gastos a los que alude la Ley de servicios de pago —ahora derogada, pero en este punto idéntica al RDLSP— son un híbrido entre comisión y gasto —entendido en el sentido de la Orden de 12 de diciembre de 1989— y, por ello, parece entender que el contrato ha de especificar también el importe del gasto, en todo caso, con el límite cuantitativo de los costes efectivamente soportados por el proveedor.

aquella diferente a la anterior pero relacionada directamente con el servicio de pago y que no forme parte de la dinámica habitual de ejecución del contrato. Por ejemplo, en un contrato de tarjeta sería información adicional si el usuario solicitase que se le facilitara la información únicamente sobre sus gastos en el extranjero, pero no la comunicación por la que se le hace saber que tiene disponible en la oficina las claves de seguridad para su nueva tarjeta²¹.

A mi juicio, no cualquier comunicación puede originar la repercusión de su gasto, sino únicamente aquellas que, primero, hayan sido expresamente solicitadas por el cliente —de forma puntual o a la hora de celebrar el contrato— y, segundo, sean ajenas a la dinámica normal del contrato. Porque el precio del contrato, es decir, la comisión, ya se fija teniendo en cuenta el coste habitual de proporcionar la información necesaria. Carece de sentido permitir la repercusión de dichos costes aparte de la remuneración del servicio, salvo que, como hemos indicado, sean costes extraordinarios en los que el proveedor ha incurrido a petición del cliente. Del mismo modo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no permite a las entidades cobrar una comisión por ingreso de efectivo en cuenta de tercero, en la medida en que se trata de un servicio ya remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta de pago del beneficiario²², no debe permitirse el reintegro de un gasto corriente que ya ha debido ser tenido en cuenta para el cálculo del precio del servicio, por ejemplo, de cuenta. Cuestión distinta es que, por motivos comerciales, la entidad decida presentar el coste de los servicios para el cliente distinguiendo entre comisión y gasto —corriente—²³.

Sobre el derecho del usuario a solicitar y recibir, en cualquier momento de la relación contractual, una copia del contrato marco o de la información precontractual en soporte duradero debe concluirse que ello ha de ser siempre gratuito al ser una obligación específica para el PSP dentro del régimen de información y transparencia, de modo que no cabe entender que se trate de información adicional, ya que se prevé

²¹ En contra, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 538. Este autor sostiene que este tipo de información podría ser «información más frecuente», aunque después reconoce que también podría tener sentido la interpretación sostenida en este trabajo: que solo la información legalmente exigida cuando se solicita con mayor periodicidad es «información más frecuente» y, por tanto, todo lo que no esté previsto en la normativa especial será «información adicional».

²² STS 1627/2022, de 26 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1627. Además, la sentencia declara que al ingreso le son inherentes otras actuaciones como la inclusión del concepto del ingreso, en tanto expresión de la causa de la transmisión patrimonial, y la emisión de un justificante escrito para entregárselo a quien realiza el ingreso, que por sí mismas carecen de sustantividad propia que les permita ser consideradas como un servicio añadido digno de remuneración independiente (FD 9.º).

²³ Pero a efectos prácticos, la remuneración del servicio es igual si se expresa como «2 € de comisión y 1 € en concepto de reintegro de gastos», que si se expresa como «3 € de comisión».

expresamente como una de las «informaciones» que el art. 30.1 RDLSP subsume dentro de la regla general de la gratuidad.

IV. INFORMACIÓN EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO E INFORMACIÓN POSTCONTRACTUAL

Tanto en la ejecución de los contratos de operación de pago singular como, especialmente en la de los contratos marco de servicios de pago, es obligatorio que el proveedor facilite al usuario determinada información. En los primeros, una vez recibida la orden de pago, el proveedor del ordenante está obligado a facilitar a su usuario, en soporte duradero, los datos básicos de la operación de pago²⁴; de igual manera, una vez ejecutada la operación, el proveedor del beneficiario debe facilitarle a este en soporte duradero prácticamente los mismos datos²⁵.

En el marco de los contratos de operación de pago singular se regula también la información que, en caso de que intervenga, tiene que transmitir un proveedor de servicios de iniciación de pagos tras la iniciación de la operación. Como se ponía de manifiesto anteriormente, el servicio de iniciación de pagos parece más un servicio complementario que uno de pago en sentido estricto y, sin embargo, la propia Directiva lo encuadra en las operaciones de pago singular. Ello pese a que, en puridad, el servicio consiste únicamente en el primer paso de la propia operación que consiste, precisamente, en transmitir la orden de pago, pero no en su ejecución completa. No obstante, su ubicación sistemática lleva a concluir que la voluntad del legislador europeo es, en efecto, que cualquier fase de ejecución —en este caso, la iniciación— se asimile, al menos en términos de protección del usuario, al proceso completo. De cualquier modo, el contenido sustantivo de dicho precepto²⁶ no hace sino recopilar los aspectos recogidos en los arts. 45.2, 46 y 47 DSP2.

²⁴ Concretamente, una referencia que permita al ordenante identificar la operación de pago y al beneficiario; el importe de la operación en la moneda utilizada en la orden; el importe desglosado de los gastos que deba abonar el ordenante, la fecha de recepción de la orden de pago; y, si ha habido cambio de divisa, el tipo de cambio utilizado o una referencia de este (cuando sea distinto del tipo facilitado en periodo precontractual) y el importe de la transacción tras la conversión de moneda (art. 10 OTSP).

²⁵ Solo difiere de la información que debe darse al beneficiario que, si hay conversión de moneda, el proveedor de servicios de pago del beneficiario debe darle a este el tipo de cambio que ha utilizado para ello, así como el importe de la operación de pago antes de la conversión. También, que la fecha que hay que informar no es la de la orden de pago sino la fecha valor del abono (art. 11 OTSP).

²⁶ Art. 12 OTSP: «1. Además de la información y las condiciones previstas en el artículo 9, cuando una orden de pago se inicie a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, este facilitará al ordenante y, en su caso, al beneficiario, inmediatamente después de la iniciación de la orden de pago, los datos siguientes:

En el caso del servicio de iniciación de pagos, puede que esta obligación tenga mayor interés desde la perspectiva del proveedor de servicios de iniciación de pagos que desde la del usuario, porque equivale a una prueba de correcta iniciación que, en la práctica y dado su brevísimo papel en el ciclo de la operación de pago, le podrá liberar de responsabilidad en caso de ulterior fallo en la ejecución —aspecto sobre el que se volverá en el capítulo dedicado al régimen de responsabilidad—.

Mayor interés, por su intensidad y frecuencia práctica, plantea el régimen de información en ejecución del contrato previsto para los contratos marco. El proveedor del ordenante está obligado a facilitar, si este lo solicita con carácter previo a la ejecución de una concreta operación de pago, información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y los gastos desglosados que corran a su cargo (art. 16 RDLSP). Además, en el curso de toda operación, debe facilitar en soporte duradero un resguardo de la misma con los datos básicos²⁷. De manera

a) Una confirmación de que la orden de pago se ha iniciado con éxito ante el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante.

b) Una referencia que permita al ordenante y al beneficiario identificar la operación de pago y, en su caso, al beneficiario identificar al ordenante y cualquier información comunicada junto con la operación de pago.

c) El importe de la operación de pago.

d) En su caso, el importe de los gastos que deban abonarse por la operación al proveedor de servicios de iniciación de pagos debidamente desglosados.

2. Asimismo, cuando una orden de pago se inicie a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, este deberá poner a disposición del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta del ordenante, la referencia de la operación de pago».

²⁷ Art. 17.1 OTSP: «Una vez que el importe de una operación de pago sujeta a un contrato marco se haya cargado en la cuenta del ordenante, o cuando el ordenante no utilice una cuenta de pago tras recibir la orden de pago, el proveedor de servicios de pago del ordenante le facilitará, sin demoras injustificadas, de modo idéntico al estipulado en el artículo 13.1, la siguiente información:

a) Una referencia que permita al ordenante identificar cada operación de pago y, cuando esté disponible, la información relativa al beneficiario.

b) El importe de la operación de pago en la moneda en que se haya cargado en la cuenta de pago del ordenante o en la moneda utilizada para la orden de pago.

c) El importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el ordenante.

d) En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del ordenante, y el importe de la operación de pago tras dicha conversión de moneda.

e) La fecha valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago».

En interpretación del art. 47.1.a) DSP1, equivalente al vigente art. 57.1.a) DSP2, que es el que transpone el ap. a) del art. 17.1 OTSP, el TJUE ha declarado que el proveedor de servicios de pago de un ordenante está obligado a facilitar a este los datos que permitan identificar a la persona física o jurídica que se ha beneficiado de una operación de pago cargada en la cuenta de dicho ordenante, siendo una obligación de resultado, no de medios, por lo que no es suficiente con que el proveedor facilite únicamente la información incompleta de la que disponga «tras haber hecho todo lo posible para su obtención» (párr. 55-60 de la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, *ZG c. Beobank SA*, C351/21, ECLI:EU:C:2023:215).

equivalente, el proveedor del beneficiario ha de hacerlo a su usuario²⁸. El momento en el que debe proporcionarse esta información es cuando el importe de la operación se ha cargado en la cuenta del ordenante, si utiliza una cuenta de pago, y si se refiere a un servicio no basado en cuenta, en el momento en que se recibe la orden de pago²⁹. En el caso del beneficiario, la norma solo especifica que debe recibir la información «inmediatamente después de la ejecución de cada operación de pago sujeta a un contrato marco», pero, aunque el art. 18.1.c) OTSP hace referencia a la cuenta de pago del beneficiario, debe entenderse que esta obligación es igualmente aplicable en aquellos casos en los que el servicio no se base en una cuenta de pago. Por ejemplo, si el beneficiario es un comerciante autónomo —en cuyo caso, el régimen de la Orden de transparencia de servicios de pago es imperativo— y su proveedor de servicios de pago adquirente no es también su gestor de cuenta, ambos proveedores estarán obligados a entregar un resguardo de la operación.

Más allá de estos deberes de información en relación a las concretas operaciones sujetas al contrato, existen también deberes de rendición de cuentas por parte de los proveedores. Concretamente, están obligados a informar, al menos con periodicidad mensual, de forma gratuita y en soporte duradero, de todas las operaciones ejecutadas en el periodo de tiempo que se convenga (arts. 17.2 y 18.2 OTSP). Es decir, como mínimo, el proveedor de servicios de pago debe facilitar una liquidación mensual al usuario, sin perjuicio de que la misma pueda contener conjuntamente tanto las operaciones en las que el usuario haya actuado en calidad de beneficiario, como aquellas en las que haya sido el ordenante³⁰. Estas liquidaciones tendrán el mismo contenido que los resguardos individuales y, además, el exigido por el art. 8.3 OTSP. A estas, habrá que añadir las liquidaciones anuales exigidas por el art. 8.4 Orden de transparencia de servicios bancarios, que serán

²⁸ Art. 18.1 OTSP: «1. Inmediatamente después de la ejecución de cada operación de pago sujeta a un contrato marco, el proveedor de servicios de pago del beneficiario le facilitará, sin demoras injustificadas, de modo idéntico al estipulado en el artículo 13.1, la información siguiente:

a) Una referencia que permita al beneficiario identificar la operación de pago y, cuando sea posible, al ordenante, así como cualquier información comunicada junto con la operación de pago.

b) El importe de la operación de pago en la moneda en que se haya abonado en la cuenta de pago del beneficiario.

c) El importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el beneficiario.

d) En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del beneficiario y el importe de la operación de pago antes de la conversión de moneda.

e) La fecha valor del abono».

²⁹ A este supuesto es al que se refiere la frase del art. 17.1 OTSP «cuando el ordenante no utilice una cuenta de pago».

³⁰ En este sentido también LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 561.

también obligatorias para cualquier tipo de proveedor en tanto a dicha norma remite el art. 3 OTSP, aplicable también a entidades de pago y de dinero electrónico.

Finalmente, aunque solo para los contratos de cuenta de pago, será obligatoria también la facilitación del denominado estado de comisiones, al menos, anualmente y de forma gratuita. Este documento consiste en una recopilación de todas las comisiones cobradas al usuario en relación a los servicios asociados a la cuenta de pago en el periodo convenido en el contrato —como máximo, un año—. Su contenido mínimo está determinado en el ap. 2 del art. 17 RDLCP³¹, y el ap. 3 detalla sus requisitos³². Este documento es independiente de la liquidación anual mencionada *supra* aunque puede ser facilitada en el mismo acto³³. Curiosamente, puede pactarse un medio de comunicación del estado de comisiones independiente del medio de comunicación general pactado para el resto de información preceptiva. Así lo permite el art. 17.1 RDLCP, que no se refiere al medio de comunicación general pactado en el contrato —de acuerdo con el art. 14.c) OTSP—, si bien, independientemente del medio concreto que se haya acordado, el usuario tiene derecho a solicitarlo en papel.

³¹ Art. 17.2 RDL 19/2017: «2. El estado de comisiones especificará, como mínimo, la siguiente información:

a) La comisión unitaria aplicada a cada servicio y el número de veces que se utilizó el servicio durante el período de referencia y, en el caso de servicios combinados en un paquete, la comisión aplicada al conjunto del paquete, el número de veces que se cobró la comisión correspondiente al paquete durante el período de referencia y la comisión adicional cobrada por cualquier servicio que supere la cantidad cubierta por la comisión aplicada al paquete;

b) el importe total de las comisiones aplicadas durante el período de referencia por cada servicio prestado y cada paquete de servicios prestados y los servicios que superen la cantidad cubierta por la comisión aplicada al paquete;

c) el tipo de interés de descubierto aplicado a la cuenta de pago y el importe total de los intereses cobrados en relación con la posibilidad de descubierto durante el período de referencia en su caso;

d) el tipo de interés crediticio aplicado a la cuenta de pago y el importe total de los intereses devengados durante el período de referencia en su caso;

e) el importe total de las comisiones aplicadas por el conjunto de servicios prestados durante el período de referencia».

³² «3. El estado de comisiones deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) tendrá una presentación y una estructura claras que permitan su fácil lectura, y utilizará caracteres de un tamaño legible;

b) estará redactado en el idioma en el que se ofrezca la cuenta de pago, o en otro idioma acordado por las partes;

c) será preciso, no inducirá a error;

d) las cantidades que figuren en él se expresarán en la moneda de la cuenta de pago, o en otra moneda acordada entre las partes;

e) llevará en la parte superior de la primera página el título «Estado de comisiones», junto a un símbolo común que permita diferenciar este documento de otros documentos».

³³ Disp. ad. 2.ª Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación.

Todo este régimen resulta también aplicable en caso de que el proveedor sea un proveedor de servicios de iniciación de pagos que preste sus servicios como adquirente a un comerciante que tenga la condición de microempresa —o con el que no se haya pactado expresamente la exclusión de este régimen—, aun cuando no preste ningún otro servicio que implique la posesión de los fondos del usuario. Y ello porque, siguiendo el argumento expuesto *supra* de que la voluntad del legislador es que cualquier fase de la ejecución de una operación de pago se asimile al proceso completo, no cabe duda de que en este caso sí hay jurídicamente un contrato marco. Cuestión distinta será si el modelo de negocio del proveedor de servicios de iniciación de pagos consiste en intervenir solo en nombre del usuario, pero no contratar directamente con el beneficiario, por ejemplo, mediante acuerdos con otros PSPs adquirentes.

El incumplimiento de las obligaciones de información periódica en ejecución de contrato tiene en principio una relevancia limitada. Se trataría de un incumplimiento contractual susceptible de ser requerido de cumplimiento y, en su caso, de abono de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC), con la dificultad que ello presenta para los usuarios, como se comentará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 5

CONSECUENCIAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LA INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tras todo lo expuesto resulta evidente que la postura defendida en este trabajo es la necesidad de que la infracción de cualesquiera normas de información y transparencia encuentren respuesta, no solo desde el plano jurídico-público a través la incoación del oportuno expediente sancionador (art. 71 RDLSP en relación al título IV LOSSEC), sino también en la relación jurídico-privada que vincula a cliente y entidad. Siguiendo la corriente doctrinal que aboga por contemplar estas obligaciones de la forma más integradora posible, en tanto tuitivas de un consentimiento bien informado y, por tanto, de la voluntad contractual del usuario, no puede sino concluirse que las conductas que lo impidan deben tener una sanción civil. Sin embargo, parece que nuestro ordenamiento jurídico no se ha ocupado con especial atención de esta cuestión.

Al problema derivado de la utilización de una norma de rango reglamentario para el detalle del régimen de transparencia se le añade que el RDLSP no prevé los efectos jurídico-privados de su contravención, como tampoco lo hace, ni jurídico-públicos ni jurídico-privados, la Segunda Directiva de servicios de pago¹ con los particulares problemas

¹ GIMIGLIANO, G., «Title III ‘Transparency of conditions...», *op. cit.*, p. 117 y 120.

de fragmentación del mercado y *forum shopping* que ello conlleva. A los incumplimientos de la Orden de transparencia de servicios de pago solo podrán reconocerse efectos indirectos o semidirectos, pues de efectos directos solo puede calificarse a aquellos que la ley prevé expresamente. Por ejemplo, el art. 8 LCGC prevé el efecto directo de la contravención de las reglas previstas en esa norma, que será la nulidad del contrato.

Que estos efectos no se prevean de manera expresa plantea dos dificultades. La primera es que en materia de servicios de pago resulta muy difícil realizar una aproximación unitaria al problema en la medida en que el régimen especial establece un tratamiento diferenciado entre consumidores y microempresas, por un lado, y el resto de usuarios por otro, pero las normas que deben conjugarse para derivar efectos sobre el contrato no distinguen en los mismos términos. La segunda es que, al no preverse unos efectos específicos adecuados al tipo de contratación y su concreta función económico-social, resulta en la mayoría de los casos que las consecuencias jurídico-privadas que, en su caso, pueden llegar a derivarse del incumplimiento del régimen de información y transparencia en materia de servicios de pago no son deseables, mientras que aquellas que satisfarían los intereses de los usuarios con carácter general son prácticamente imposibles de conseguir. Se adelanta ya que con esto quiere hacerse referencia, como consecuencia no deseable, a la nulidad del contrato, y como efecto satisfactorio, pero casi imposible de conseguir, a la indemnización económica de los daños y perjuicios causados al usuario.

A continuación se pretende abordar de forma holística la eficacia «negativa» del régimen especial de transparencia aplicable a servicios de pago, en el sentido de qué remedios pueden defenderse a día de hoy, su eficacia y qué margen de mejora presenta nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

Al respecto y, en primer lugar, desde la perspectiva de la ley especial y sus disposiciones de desarrollo, ha de tenerse en cuenta el momento en el cual se produce el incumplimiento dentro del *iter* de la relación contractual. En este punto se tratan pues los efectos semidirectos de estas normas, poniéndolas en relación con las reglas y principios generales de la contratación. Para después, detallar las especificidades que para supuestos concretos prevén la LCDSFC y la LCGC y cómo interactúan con el régimen especial que, desde esta perspectiva, tendrá efectos indirectos en la medida en que servirán para delimitar el alcance de otra norma.

II. EFICACIA «NEGATIVA» DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN SERVICIOS DE PAGO

1. A nivel precontractual

A priori, podría parecer una obviedad decir que cuando no exista información precontractual, independientemente del tipo de usuario, podrá declararse la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento de conformidad con el Derecho de contratos. Ello en la medida que la ausencia de información va a ser la causa de un consentimiento otorgado con desconocimiento absoluto del objeto sobre el que dicho consentimiento recae. Ahora bien, en materia de servicios de pago, el régimen especial permite al proveedor cumplir con esta obligación con posterioridad a la celebración del contrato —marco o de operación de pago singular— si este se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que impida a la entidad cumplir debidamente tal obligación (arts. 8.2 y 13.2 OTSP, 44.2 y 51.2 DSP2). No obstante, debe matizarse el alcance de dicha dispensa: en la medida de lo posible, como expresión del principio de buena fe contractual y manifestación de la diligencia debida, el proveedor de servicios de pago debe informar al usuario sobre los aspectos preceptivos².

Cuestión distinta es la circunstancia de que el concreto medio de comunicación a distancia utilizado impida que la información previa relativa al contrato marco sea *facilitada en soporte duradero* y, en el caso del contrato de operación de pago singular, meramente *facilitada*, pues el requerimiento de soporte duradero se supedita a la petición del cliente³. Habrá de analizarse caso por caso si la información precontractual dada por el proveedor es suficiente para asegurar un consentimiento informado y válido, por lo que no puede generalizarse en este punto una conclusión unívoca.

Fuera de estos supuestos específicos deben diferenciarse otros tres: que la información se proporcione adecuadamente, pero sea incompleta; que la información solo se ponga a disposición del usuario; y que la información previa relativa al contrato marco no se facilite *en soporte duradero*.

² Aunque resulte sorprendente, sin que la Segunda Directiva de servicios de pago aclare nada al respecto, el regulador español sí ha incluido este matiz, aunque solo en sede de operaciones de pago singular, en el art. 8.2 OTSP.

³ Recuérdese que, en virtud del art. 29.1 RDLSP, ha de entenderse que toda la información relativa a los contratos de operación de pago singular debe ser facilitada, puesto que la OTSP en este punto no respeta los límites de la delegación normativa.

En el primero de los casos, cuando la información sea incompleta pero se haya proporcionado adecuadamente, de acuerdo con la doctrina asentada por nuestro Alto Tribunal, la consecuencia dependerá de si la falta de información recae sobre elementos esenciales del contrato. En el presente trabajo se defiende que, en el caso de los contratos marco, el juego de los arts. 13 y 14 OTSP implica que la información precontractual debe versar sobre el objeto del contrato detallado al máximo —que es ese *contenido mínimo* requerido por el art. 14 OTSP—, de modo que, en mi opinión, la información previa incompleta sobre un contrato marco podría justificar siempre la anulabilidad del mismo.

En segundo lugar, cuando la información precontractual no se facilita, sino que se pone a disposición del usuario, no debería producir efecto. Pero si el proveedor de servicios de pago puede demostrar que el usuario pudo tener conocimiento de la misma de un modo accesible, es probable que sea difícil sostener la inexcusabilidad del error y, por tanto, apreciar un vicio del consentimiento, siempre que no haya habido dolo por parte del proveedor, cuestión de difícil prueba para el usuario. De nuevo, se trata de un supuesto que requerirá un análisis *ad hoc*.

En tercer lugar, cuando la información precontractual relativa —exclusivamente— al contrato marco no se proporcione al usuario en soporte duradero, entonces sí que, en mi opinión, debería proceder la declaración de anulabilidad con fundamento en un vicio del consentimiento. La clave está en la integridad de la información y será, como casi siempre, una cuestión de prueba. Solo aquel soporte que reúna las condiciones para calificarlo como duradero permite asegurar que queda excluida toda posibilidad de modificación unilateral de su contenido por parte del proveedor de servicios de pago⁴. Teniendo en cuenta que en materia de información y transparencia la carga de la prueba se sitúa sobre el proveedor, si este no ha utilizado un soporte duradero para proporcionar la información precontractual, no podrá demostrar que esta no ha sido modificada y, por ende, tendrá muy difícil rebatir el déficit informativo que alegue el usuario.

A todo ello, independientemente del caso, cabría acumular una acción de reclamación de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo*⁵ del proveedor de servicios de pago que, en realidad, es lo único que presenta verdadero interés desde la perspectiva de la tutela de los intereses del usuario. Pero en materia de transparencia servicios de pago

⁴ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, p. 204.

⁵ «Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo* (Sentencia de 26-II-1994), que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado» (FD 1.º de la STS 8493/2001, de 30 de octubre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:8493). En el mismo sentido, la STS 3275/2009, de 24 de abril de 2009, ECLI:ES:TS:2009:3275.

este resarcimiento plantea diversas dificultades. Con frecuencia, el daño sufrido por el usuario puede ser prácticamente imposible de cuantificar. Podría hacerse una simulación de cómo hubiera sido el contrato de servicios de pago con todas las demás entidades competidoras, aunque aquí surge el problema de conseguir las tarifas y condiciones vigentes en cada una de ellas en el momento de la contratación con la dificultad entonces de probar el lucro cesante. También demostrar el nexo de causalidad puede ser muy complicado, prácticamente equivaldría a demostrar que, de haber tenido el usuario toda la información disponible no hubiera contratado con ese proveedor. Y aunque en el concreto supuesto de hecho estas cuestiones no planteen excesiva dificultad, puede resultar que el daño económico susceptible de valoración sea tan bajo que no merezca la pena reclamarlo judicialmente.

En cualquier caso, estas posibilidades son más construcciones teóricas que situaciones que se den frecuentemente en la práctica. El hecho de que la obligación de información precontractual se pueda entender satisfecha si se proporciona una copia del borrador del contrato hace que sea muy infrecuente la existencia de dos documentos diferenciados. Si la información precontractual y el propio contrato contienen —u omiten— exactamente la misma información, la vía para tutelar efectivamente los intereses de los usuarios no será precontractual sino contractual. Si a esto se le añade la indeterminación de la necesidad de proporcionar esta información «con suficiente antelación», no puede sino concluirse que la información precontractual apenas tiene efectividad alguna en la contratación de servicios de pago.

Para que la obligación de información precontractual fuera eficiente, debería racionalizarse su contenido y estandarizarse su modo de presentación y difusión, en aras de una comparación posible y efectiva⁶. Sobre la racionalización, especialmente en materia de contratación electrónica, el modelo de información por capas o niveles del RGPD podría ser una alternativa eficaz, permitiendo en un primer momento solo una información escueta y directa sobre los elementos y condiciones esenciales del contrato, e incluyendo, por ejemplo, un enlace web donde pueda obtener en soporte duradero una información

⁶ Para BUESO GUILLÉN «algo no encaja cuando el contenido de la información precontractual es el mismo que el de la información contractual [...] porque la función de la información precontractual es distinta, si se ve desde la perspectiva de la contratación por consumidores, que la de la información contractual: la información precontractual ha de permitir al usuario adoptar su decisión de contratación, mientras que la información contractual y de ejecución es necesaria en el desarrollo del contrato y su seguimiento, y, sobre todo, para afrontar situaciones patológicas en la relación contractual [...] cabe afirmar que el marco regulatorio actual de los servicios de pago da lugar a unas obligaciones de información precontractual excesivas que solo formalmente cumplen con las exigencias del mandato de transparencia. La mayor parte de esa información acaba desplegando su utilidad como información contractual en situaciones patológicas, pero no permite la toma de decisiones informadas por parte del usuario consumidor ni la comparabilidad de los servicios» (BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 261).

más completa. Pero precisamente en esta fase precontractual la simplificación del contenido y la estandarización de su presentación debe producirse a nivel europeo, no nacional, porque el mercado único de pagos así lo exige.

2. En el momento de celebración del contrato

A pesar de la preocupación por la fase precontractual, la dinámica de la contratación de servicios de pago, caracterizada por una inmediatez que ya ha adquirido carta de naturaleza, hace que, como se ha adelantado, la carga funcional de las obligaciones de información y transparencia se traslade en su práctica totalidad a la fase de celebración del contrato. En el fondo, esta es la razón principal que justifica el estricto planteamiento sostenido en este trabajo: la tutela de los intereses de los usuarios ha de centrarse fundamentalmente en el momento de nacimiento del contrato y en el de su ejecución, si bien en este punto no tanto en cuanto a las obligaciones de información periódica, como en lo que se refiere a la modificación del contrato y a la propia ejecución de las operaciones.

En este epígrafe se parte necesariamente de las conclusiones alcanzadas previamente y expresadas *supra* al hilo de la forma y contenido de los contratos de servicios de pago. En cuanto a la primera, ya se ha dicho que la falta de forma cuando esta sea preceptiva —lo que a mi juicio ocurre siempre en el caso de los contratos marco en que sean parte un consumidor o una microempresa, independientemente de que resulten al mismo aplicables también las disposiciones de la LCDSFC o de la LCGC—, determinará que el contrato no pueda producir efecto alguno, al tratarse de un requisito de validez. Aunque a lo largo del trabajo se opta preferentemente por la anulabilidad, por lo que a continuación se dirá, no parece estrictamente necesario decantarse definitivamente por esta o por la nulidad del contrato mercantil que no cumpla el requisito preceptivo de forma, máxime teniendo en cuenta que no es una cuestión pacífica entre la doctrina.

A decir verdad, que el contrato no cumpla tal requisito no será muy habitual. Salvo en un supuesto concreto y determinante en servicios de pago, especialmente de los celebrados electrónicamente, que es la necesidad de formalización en soporte duradero —como alternativa al papel—. Nótese que, en este punto, es posible que sea celebrado a distancia el contrato *per se*, pero no quepa la aplicación de la LCDSFC porque no se utilizan exclusivamente técnicas de comunicación a distancia (art. 2.1 LCDSFC) —lo cual es cada vez más habitual, especialmente cuando el proveedor de servicios de pago es una gran entidad de crédito que combina sus servicios presenciales con los electrónicos—. Como se ha indicado anteriormente la clave de la exi-

gencia de soporte duradero es que no cualquier forma de comunicación electrónica tiene tal carácter. Y el problema suele ser, precisamente, la integridad del documento. De ahí que se convierta en un elemento fundamental que determinará si se ha cumplido debidamente o no el requisito de formalidad impuesto por la ley especial de servicios de pago.

El siguiente aspecto controvertido en la relación contractual entre consumidores o microempresas y proveedores se refiere al contenido del contrato marco. Partiendo de la premisa de que lo exigido por el art. 14 OTSP es un contenido mínimo, obligatorio y esencial que define el objeto del contrato, la ausencia de alguno de los aspectos allí enumerados debería abocar a la nulidad —aquí sí— del contrato. Y ello por un doble motivo: de un lado la contravención del art. 6.3 CC por ser contrario a norma imperativa (el art. 14 OTSP en relación al art. 29 RDLSP), y de otro por falta de objeto válido conforme a su régimen especial (*arg. ex art.* 1261 CC). Pero este planteamiento no está, ni mucho menos, exento de obstáculos.

El primero, se refiere la reticencia de la jurisprudencia a utilizar el art. 6.3 como fundamento en la normativa bancaria para declarar la nulidad del contrato⁷. En particular, en la STS 716/2014, de 15 de diciembre, el Tribunal Supremo⁸ concluyó que cuando la norma sectorial prevé una sanción administrativa ha de entenderse que está estableciendo un «efecto distinto para el caso de contravención» *ex art.* 6.3 CC, y por ende, no cabe reconocer la nulidad del acto. Discrepamos de tal conclusión en este trabajo y compartimos la de un sector de la doctrina civilista que entiende que el único efecto distinto que puede prever la norma para excluir la sanción de nulidad ha de ser, necesariamente, la validez del acto⁹.

⁷ *vid.* el análisis jurisprudencial de MARÍN NARROS, para quien la jurisprudencia «desvela un claro esfuerzo del Tribunal Supremo por limitar su ámbito de aplicación, evitando un automatismo de la consecuencia jurídica de la nulidad ante cualquier contrato del ordenamiento jurídico» (MARÍN NARROS, H. D., «Implicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTs de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1616-1639 (p. 1618). La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo «ha seguido diversos modelos complementarios y no secuenciales en el tiempo que plantean una serie de criterios algo indeterminados para la aplicación del mencionado artículo», descartando de forma tajante la posibilidad de anular un contrato únicamente por la vulneración de normas administrativas en relación al art. 6.3 CC (en concreto en materia de deber informativo y de realización de los tests MiFID, *vid.* SSTs de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016), a pesar de que «aparentemente existen criterios apuntados por el propio Alto Tribunal en Sentencias anteriores que permitirían sostener una solución en sentido contrario» (*ibid.* p. 1633).

⁸ STS 5411/2014, de 15 de diciembre, ECLI:ES:TS:2014:5411.

⁹ *vid.* CARRASCO PERERA, para quien «resulta evidente que la simple previsión de un efecto cualquiera en la norma infringida no excluye la sanción de nulidad» pues, de lo contrario se «reduce el artículo 6, 3.º, a una función absolutamente marginal y desatiende la interpreta-

El segundo obstáculo se refiere a los efectos de la nulidad o anulabilidad (art. 1303 CC), y en esto los siguientes argumentos serían también aplicables cuando la causa de invalidez fuera la falta de forma. A diferencia de algunos supuestos de contratación bancaria, especialmente de financiación, o de contratación en materia de inversión, no hay ningún contrato de servicios de pago en el que los efectos *ex tunc* de la invalidez del contrato puedan desplegarse de forma retroactiva. No se puede *devolver* la prestación de servicios de pago. Y ello, sin entrar siquiera en la más que probable posibilidad de que la retrotracción de la relación contractual afectase a terceros, en tanto supondría deshacer operaciones de pago. Pero tampoco estaríamos, cuando se trate de nulidad, ante un supuesto clásico de conversión o ante un caso de posible convalidación. Porque en caso de falta de objeto, el contrato no contiene los requisitos sustanciales de otro contrato y, por ende, no puede transformarse¹⁰; así como tampoco es posible la convalidación de un acto que no reúna los requisitos esenciales del art. 1261 CC. En este sentido, respecto del requisito preceptivo de forma, el principio *favor contractus* aconseja la consideración de anulable del contrato y, por tanto, convalidable *ex art.* 1310 CC si tal es la voluntad de las partes (art. 1311 CC), si bien ello implica someter a un plazo de prescripción la acción del usuario.

En cuanto a la nulidad por falta de objeto, sus efectos serían los mismos que si el usuario, simplemente, ejercita su derecho de resolución. Por supuesto, la nulidad radical implica que las partes pueden actuar como si el vínculo jurídico no existiese —porque jurídicamente, así es—¹¹, pero en materia de servicios de pago poco aporta tal posibilidad cuando el fin de la contratación es satisfacer la necesidad del usuario de realizar pagos. El único aliciente para la solicitud de la declaración judicial de la nulidad del contrato, dado el régimen de modificación y resolución de contratos expuesto *infra*, es el posible resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Ahora bien, muy evidentes y significativamente altos deben ser estos para que el coste de demostrarlos¹², compensen al usuario el inicio de un proceso judicial. Cosa distinta sería contar en España con una institución o mecanismo de resolución alternativa de conflictos en materia financiera que permitiese a los usuarios ejercitar sus derechos de forma eficiente¹³; estamos

ción de la norma infringida» (CARRASCO PERERA, A., *et. al.*, «Fuentes del Derecho...», *op. cit.*, pp. p. 37/62 [versión digital]).

¹⁰ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 107.

¹¹ *Ibid.*, p. 104.

¹² El art. 31 RDLSP que impone al proveedor de servicios de pago la carga de la prueba solo operara en cuanto a la declaración de nulidad por incompletitud del contrato, pero respecto de la potencial acción indemnizatoria operarían las reglas generales.

¹³ La futura Autoridad Independiente de Protección del Cliente financiero debería posibilitar una tutela más efectiva de los intereses de los usuarios de servicios de pago, ahora bien, el régimen previsto en el Proyecto de Ley de su creación sea perfecto. Algunos aspectos criticables

aquí ante una materia transversal respecto a la eficacia jurídico-privada del régimen especial de servicios de pago.

Restan dos breves cuestiones por abordar. La primera, la nulidad de cualquier cláusula que contradiga el régimen imperativo del RDLSP *ex arts. 6.3 CC y 1255 CC*, en tanto límite a la autonomía de la voluntad. En mi opinión, solo habría una particular excepción: cuando la forma y el medio de comunicación pactado no reúna los requisitos necesarios para entenderlo suficiente a los efectos de *facilitar* la información cuando sea preciso, de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia europea a los que nos hemos referido *supra*. Dicha cláusula podría salvarse de la nulidad *ex arts. 1282 y 1284 CC* cuando, en la práctica, el proveedor de servicios de pago adopte medidas activas para que el usuario conozca la existencia de la información correspondiente, de modo que la mera *puesta a disposición* pactada torne *de facto* en una *facilitación*. Si tomásemos una muestra representativa de los contratos marco celebrados en España, nos permitiríamos aventurar que un elevado porcentaje contendría esta cláusula nula, y no está tan claro, de entre ellos, cuántos habrían subsanado de hecho la invalidez de tal acuerdo.

La segunda se refiere a los contratos de operación de pago singular cuyas cláusulas también serán nulas, por los mismos motivos, si contravienen lo dispuesto en el art. 9 OTSP. Pero quizás el incumplimiento más probable sea, no que no haya información sobre los aspectos exigidos en este precepto, sino que simplemente se ponga a disposición del usuario, en lugar de facilitársela activamente —aunque en estos contratos no se requiere que sea en soporte duradero—. Además de nulo por contravención de norma imperativa *ex arts. 6.3 y 1255 CC*, en este caso creo que sí podría sostenerse la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento. La inmediatez de la fase contractual, ante la inminente celebración del contrato, hace que la falta de información activamente transmitida al usuario ya no tenga remedio, pudiendo ser dicha omisión incluso un indicio de dolo del proveedor de servicios de pago. Es decir, si en el propio momento de la celebración del contrato el proveedor está obligado a facilitar activamente la información, pero tan solo la pone a disposición del usuario, este ya no tiene margen de tiempo siquiera para acudir a ese otro documento que está disponible pero no le ha sido facilitado, consultar otro enlace web, o el tablón de la oficina.

han sido puestos de manifiesto por PALÁ LAGUNA, R., «El anteproyecto de ley de creación...», *op. cit.*, *passim*.

III. LOS EFECTOS DIRECTOS PREVISTOS EN LA LCGC Y EN LA LCDSFC

Todo lo anterior, debe ser completado además con lo previsto en la LCGC cuando el contrato contenga cláusulas generales. Esta ley se aplicará en todo caso, independientemente del tipo de usuario. Pero las consecuencias que de la interacción entre ella y el RDLSP y su desarrollo reglamentario se deriven, no serán siempre las mismas.

Efectivamente, la contratación seriada es lo más habitual en servicios de pago, especialmente en contratos marco, pero también en contratos de operación de pago singular. En este último caso, al no ser un contrato formal, es suficiente con que las condiciones generales se encuentren anunciadas «en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración» (art. 5.3 LCGC). Pero a aquí hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el criterio de especialidad de las normas, el medio elegido deberá constituir facilitación a los efectos del marco jurídico de los servicios de pago. Por otro lado, cuando sea un contrato marco, las condiciones generales deberán firmarse por el usuario adherente y debe facilitársele un ejemplar de las mismas (art. 5.1 LCGC). La propia ley prevé los efectos jurídico-privados de la contravención de estas reglas (efectos directos): si el adherente no tiene oportunidad real de conocer las condiciones generales o son incomprensibles, no quedarán incorporadas al contrato (art. 7 LCDSFC).

La conjugación de este régimen y el especial de servicios de pago puede llevar a que la no incorporación de una cláusula implique la nulidad del contrato. Sucederá cuando el usuario sea consumidor y microempresa y la cláusula no incorporada se refiera a alguno de los aspectos necesarios en virtud de los arts. 9 y 14 OTSP, en relación a los arts. 9.2 y 10.1 LCGC.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el art. 8.1 LCGC permite también eliminar las cláusulas que contradigan lo dispuesto imperativamente en el régimen especial de servicios de pago que, por lo que a transparencia se refiere, afectará a consumidores y microempresas¹⁴.

Por otro lado, será aplicable la LCDSFC cuando el contrato de servicios de pago se negocie y celebre a distancia con un consumidor. Este será siempre el caso, como se ha dicho, del contrato de información sobre cuentas. No deja de ser llamativo que el contrato que la Segunda

¹⁴ Algunas disposiciones título III RDLSP son imperativas independientemente de que el usuario no sea consumidor ni microempresa, luego en esos casos el art. 8.1 también operaría.

Directiva de servicios de pago deja fuera de su régimen tuitivo, cuenta con otro *a priori* más directo, aunque solo cuando quien contrate sea consumidor. El problema es que las microempresas, merecedoras según la voluntad del legislador español de la misma protección que los consumidores, no pueden optar a solicitar la aplicación de los efectos jurídico-privados directos que prevé la LCDSFC.

Lo primero sobre lo que debe llamarse la atención es el origen de que la norma de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores prevea esos efectos jurídico-privados directos: el art. 11 de la DCDSFC¹⁵. Este precepto es el que contiene el mandato a los Estados miembros de incorporar a su Derecho interno sanciones adecuadas para la entidad que contravenga lo dispuesto en la Directiva, con la particularidad de que, además del mandato general incluye un ejemplo que, a juicio del legislador europeo del momento podía ser adecuado: «[e]n particular, podrán disponer al respecto que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna». Más allá de ese ejemplo, en nada difiere de lo que se dispone en otras normas del Derecho de los mercados financieros, como el art. 103 DSP². En materia de contratación a distancia en estos mercados, nuestro legislador tuvo a bien establecer un régimen sancionador público (art. 18 LCDSFC) y uno de carácter privado, que incluye la posposición del *dies a quo* del cómputo del derecho de desistimiento y el mencionado art. 9.4 LCDSFC.

La falta de información previa o de facilitación de las condiciones contractuales impide iniciar el cómputo del plazo durante el cual puede ejercitarse el derecho de desistimiento (14 días), que se postergará hasta que el consumidor reciba la citada información (art. 10.1 LCDSFC).

Por su parte, el derecho del consumidor a «rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna» (art. 18.5 LCDSFC) se asemeja al derecho de resolución previsto en el régimen especial de servicios de pago —de hecho, como se verá a continuación, es probable que este derive de lo que el legislador europeo tenía en mente al dar tal posibilidad, un derecho especial de desistimiento—. Pero su desafortunada ubicación sistemática —en el artículo dedicado a las sanciones administrativas— y su escueta redacción, plantean no pocas dificultades¹⁶. A los efectos que nos interesan, es suficiente decir que parece que su aplicación ha de circunscribirse a los casos en que el proveedor comete una infracción administrativa, aunque en materia de servicios de pago no aporta nada, teniendo en cuenta el régimen especial de resolución del RDLSP.

¹⁵ ARROYO APARICIO, A., «Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de Ley de incorporación de la Directiva 2002/56/CE», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 14, 2007, pp. 39-57.

¹⁶ Al respecto, MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, op. cit., pp. 263 y ss.

En tercer lugar, como ya se ha indicado, el art. 9.4 LCDSFC prevé la anulabilidad del contrato cuando se infrinja lo dispuesto en las reglas de información y transparencia de los arts. 7 a 9 LCDSFC¹⁷. Sobre el tenor literal —francamente mejorable— de este ap. 4¹⁸ han quedado dos cuestiones pendientes que procede traer ahora a colación. Empezando por el final, la primera que podría suscitar alguna duda es el matiz, innecesario, que se añade al final del precepto cuando se indica que tal posible nulidad será «de acuerdo con lo previsto en la legislación española» lo que debe entenderse en relación a los efectos que produzca la anulabilidad del contrato.

En segundo lugar, es preciso abordar cómo se definen los supuestos de aplicación, pues resulta algo confuso que se refiera al incumplimiento de la información previa, pero, al mismo tiempo, remita a artículos que también se refieren a la información propiamente contractual —art. 9.1 LCDSFC y 8 párrafo segundo, en relación a todo el régimen de información de servicios de pago—. A mi juicio, la norma debe ser interpretada en el sentido de incluir tanto la información precontractual como las condiciones del propio contrato¹⁹, pues mayor reproche merece la falta de información contractual que de la previa. Y aún más, no solo se referirá a las normas de esta ley, sino a toda aquella norma imperativa que sea aplicable al contrato en cuestión, de conformidad con los arts. 7.4 y 8 LCDSFC —cuestión que explicaría la expresión utilizada «requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos»—.

Concretamente, en virtud de la de la remisión del art. 8 LCDSFC a todo el art. 29 RDLSP, en cualquier contrato de servicios de pago celebrado a distancia, la infracción del régimen de información y transparencia puede dar lugar a la nulidad del contrato. Y ciertamente, ello lleva a la paradoja «sorprendente» y hasta «esquizofrénica»²⁰ de que la infracción de las reglas de transparencia e información en relación a un contrato idéntico, con exactamente las mismas condiciones, tendrá consecuencias diversas según se celebre presencialmente o a distancia. En mi opinión, esta realidad es absolutamente censurable, pero no porque la LCDSFC peca de excesiva, sino porque el régimen especial de servicios de pago resulta insuficiente al no prever consecuencias especiales de carácter privado por el incumplimiento de sus normas de

¹⁷ Para evitar reiteraciones innecesarias, véase *supra* el subepígrafe dedicado al contenido y forma de los contratos de operación de pago singular.

¹⁸ Art. 9.4 LCDSFC: «El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española».

¹⁹ Así parece entenderlo también MARIMÓN DURÁ (*ibid.* p. 130), quien además critica que no todos los aspectos recogidos en esos artículos tienen la misma relevancia.

²⁰ *Ibid.* p. 133.

transparencia e información que, innegablemente, afectan al contrato. Ello no obsta a compartir la opinión de que la destrucción del contrato no es el camino²¹.

IV. UNA ALTERNATIVA NECESARIA: LA PREVISIÓN LEGAL DE LOS EFECTOS «NEGATIVOS» DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Es posible la derivación de efectos jurídico-privados por infracción del régimen de transparencia especial previsto en materia de servicios de pago, aunque no es una cuestión fácil.

En mi opinión, el régimen aplicable para la tutela de los usuarios —en especial, de consumidores y microempresas—, incluyendo el previsto para los casos de contratación mediante cláusulas generales o de contratación a distancia para el caso de los consumidores, no resulta enteramente satisfactorio.

En primer lugar, por la dificultad que supone la interpretación armonizada de toda la normativa aplicable. En este trabajo se defiende una interpretación estricta, pro usuario, en aras de la mejor tutela posible de sus intereses, pero no se desconoce que la doctrina jurisprudencial referente a la transparencia en los mercados financieros no va en esta línea. Empezando por la limitada consideración de las normas de carácter reglamentario que establecen las reglas de información y llegando hasta la diversa aplicación del art. 6.3 CC.

Preocupa, en particular, la situación de las microempresas que más allá de la legislación sobre contratos de adhesión no cuentan con una protección privada adecuada al nivel que pretendía exigir el RDLSP. También es cuestionable la incoherencia del régimen aplicable a los contratos de servicios de información sobre cuentas, que varía según constituyan el único objeto del contrato o se preste junto a otros servicios de pago regulado.

A ello, debe añadirse que las posibilidades permitidas por el ordenamiento se limitan a la desaparición del vínculo contractual, sea por resolución o desistimiento del contrato, sea por anulación. Y a una hipotética indemnización por daños y perjuicios de dudosa aplicación en la práctica.

La destrucción del contrato es una consecuencia que raramente será querida por las partes, ni compensará al usuario en modo alguno por la falta de información. Los usuarios necesitan contratos de servicios de

²¹ *Id.*

pago porque la vida moderna así lo exige, poco le aporta la posibilidad de anular un contrato, máxime teniendo en cuenta la imposibilidad de restitución de las prestaciones y el régimen especial de resolución aplicable. Por su parte, la indemnización de daños y perjuicios será prácticamente imposible de obtener debido a la dificultad de cuantificar el daño causado y de probar el nexo causal entre la falta de información y la producción del daño. E incluso aunque se sorteen estos obstáculos, no será infrecuente que el valor de dicha indemnización sea tan escaso que no sea rentable iniciar un proceso judicial. La resolución alternativa de litigios tampoco es, por ahora, una opción satisfactoria en nuestro país pues no hay una institución a la que obligatoriamente hallan de someterse las partes, que pueda decidir en el plano del Derecho privado, con efectos de cosa juzgada, celeridad y de forma económica.

Es precisa una profunda revisión del régimen de transparencia e información, que aborde los aspectos que se han ido mencionando, como la formalidad de los contratos, el papel de la información precontractual, así como su forma de presentación y difusión. Deben aclararse numerosos conceptos (comisiones, gastos, la expresión «suficiente antelación», etc.) y eliminar dispensas que hoy en día, dado el desarrollo tecnológico, carecen ya de sentido, salvo en casos excepcionadísimos.

Pero, sobre todo, debe actualizarse este régimen en una norma con rango de ley, al menos en sus aspectos esenciales, permitiendo un desarrollo reglamentario del detalle, y que, además y, sobre todo, prevea efectos jurídico-privados directos, para el caso de su contravención. Idealmente, esto tendría que hacerse en un reglamento europeo que armonice verdaderamente la contratación de servicios de pago en toda la Unión, pero si —como parece— el legislador europeo no prevé esos efectos jurídico-privados, bien podría hacerlo el legislador español.

Sería deseable el establecimiento de un régimen especial que se pueda aplicar de formar rápida y efectiva. Es decir, que el régimen sea claro y ofrezca suficiente seguridad jurídica para facilitar su aplicación homogénea, tanto para los consumidores como para las microempresas, sin necesidad de recurrir a otras normas, salvo supuestos excepcionales. Ya parece ir en esta línea la UE al incorporar a la Directiva de protección de los consumidores las normas especiales de contratación a distancia de servicios financieros, y excluir su aplicación a los servicios que cuenten con sus propias reglas especiales. Ahora bien, si no se actualizan también las normas especiales, como la Segunda Directiva de servicios de pago, ello puede generar más desprotección que seguridad jurídica, pues cuando entre en vigor quedarán huérfanos de tratamiento especial algunos supuestos que actualmente sí lo tienen.

Y en cuanto a los remedios concretos, a los efectos jurídico-privados de la contravención de estas normas, quizás lo más idóneo para tutelar los intereses de los usuarios en materia de transparencia e

información en la contratación de servicios de pago sería la previsión de unas indemnizaciones fijas, en función del nivel cualitativo y cuantitativo del déficit informativo²². En fase contractual, también convendría establecer previsiones especiales en torno a la validez del contrato —al menos, del contrato marco— cuando no se proporcione toda la información preceptiva o no se facilite en soporte duradero. En suma, conviene diseñar un régimen moderno, realista y eficaz que permita de verdad el equilibrio de las posiciones de las partes contractuales, otorgando a los usuarios que merecen mayor protección un régimen tuitivo que vele por sus intereses para contrarrestar la fuerza natural del mercado, que tiende a inclinar la balanza del lado del proveedor de servicios de pago²³.

²² Como se hizo en Gran Bretaña, en la transposición de la DCDSFC.

²³ Prueba de ello es que el legislador europeo ha visto la necesidad de obligar a las entidades de crédito a ofrecer una cuenta de pago básica. Como fundamento de la intervención pública, ESTEBAN RÍOS habla de un interés general cuya satisfacción no queda plenamente cubierta por el mercado (ESTEBAN RÍOS, J., «Las cuentas de pago básicas: ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 158, 2020, pp. 159-190 [versión digital]) y de cómo determinados servicios financieros se convierten así en una suerte de «servicios de interés económico general» (ESTEBAN RÍOS, J., «La actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, 2022 [versión digital]).

CAPÍTULO 6

MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

I. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1. Modificación unilateral de las condiciones del contrato marco

A lo largo de la vida del contrato marco sus condiciones pueden sufrir modificaciones, al contrario de lo que sucede en los contratos de operación de pago singular en los que, al ser de tracto único, difícilmente podrá darse un supuesto de modificación. Se habla de modificación unilateral, no porque el proveedor pueda llevarla a cabo sin implicar al usuario¹, sino porque la iniciativa de la misma en la mayor parte de los casos únicamente puede provenir de aquel. Cuando el usuario es consumidor o microempresa —pues son los casos de aplicación imperativa del régimen previsto legalmente—, no tendrá fuerza negociadora suficiente para proponer cambios en la relación contractual². A este

¹ PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...* op. cit., p. 103.

² Para MELERO, sin embargo, sí que es posible que la propuesta de modificación provenga del usuario, en cuyo caso deberá regirse por el procedimiento acordado en el contrato, que no podrá ser más gravoso que el impuesto para la entidad en los mismos casos (MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, op. cit., p. 164). Sin embargo, pone como ejemplo el de aumento de la cantidad disponible por medio de la tarjeta de crédito lo que, a mi juicio, no sería una modificación del contrato de servicios de pago sino del contrato de crédito en conexión con el mismo. De todos modos, a pesar de que en la práctica —con consumidores y microempresas— considero difícil

planteamiento responde el régimen del RDLSP, que solo resulta de aplicación cuando la modificación proviene del proveedor (art. 33 RDLSP).

Se dispone un procedimiento especial, según el cual el proveedor debe proponer la modificación de las condiciones con una antelación mínima de dos meses, en soporte duradero, presentándola de manera individualizada —esto es, sin acumularla a otra información— y destacándola con claridad, de modo que quede absolutamente claro en qué consiste el cambio y cómo va a afectar al usuario. No basta con la mera *puesta a disposición* de la propuesta de modificación, sino que esta debe ser *facilitada*, de acuerdo con el art. 19 en relación al 13.1 ambos de la OTSP. Llama la atención que el art. 33.1 RDLSP no se refiera solo a las condiciones contractuales sino también a la información precontractual, cuya modificación ha de seguir las mismas reglas. Ciertamente, no será habitual que esta difiera de aquellas³, pero en el caso de que así sea, no alcanza a entenderse qué sentido o utilidad tiene modificar la información precontractual de un contrato vigente y a qué fin hay que establecer un régimen legal para dicha modificación. Al contrario, parece que sería más interesante que la información precontractual permaneciese invariable, de modo que el usuario pudiera comparar a lo largo de la vida del contrato cómo han ido modificándose las condiciones del servicio que contrató.

De acuerdo con la norma, el usuario tiene derecho a «aceptar o rechazar la modificación», decisión que debe comunicar en el plazo que reste hasta la entrada en vigor del cambio. Aunque el art. 33 no dice nada al respecto, se entiende que el proveedor debe comunicar la propuesta de modificación por el medio general pactado en el contrato o, en su caso, por otro medio específico debidamente destacado y acordado expresamente al efecto. Cuando en el ap. 1 del art. 33 se lee que el usuario «podrá aceptar o rechazar las modificaciones del contrato marco antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor por el mismo medio que le sean notificadas» no ha de entenderse que el cliente solo dispone de un medio para manifestar su voluntad. Al contrario, supone que el usuario puede transmitir su decisión al proveedor por el mismo medio que ha recibido la propuesta, pero también por cualquier otro pactado en el contrato o que se deduzca de este. Es recomendable que el medio utilizado por el usuario deje constancia de algún modo, pues del juego entre los arts. 33 y 31 RDLSP se desprende que la carga de la prueba recaerá sobre él. Teniendo en cuenta que lo habitual

que se den estos supuestos, concuerdo con la autora en lo que se refiere a la limitación de que las condiciones impuestas al consumidor para la propuesta de modificación no pueden ser más gravosas que para el PSP, a lo que subyace el justo equilibrio de las condiciones del contrato. Dimanante de un principio de Derecho contractual, que tiene como base legal el art. 1256 CC, a mi juicio, aquel es un límite cuya vigencia subsistirá incluso cuando el régimen del art. 33 RDLSP no sea aplicable.

³ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 257.

es que en el contrato se pacte la posibilidad de consentimiento tácito, no tiene mucho sentido exigir al proveedor *ex art.* 31 que demuestre que el usuario no ha consentido la modificación. A este respecto, su responsabilidad probatoria se limitará a que siguió el procedimiento legalmente establecido de forma correcta.

La cuestión de la comunicación es esencial en relación a las modificaciones contractuales, porque en materia de servicios de pago lo que determina la voluntad contractual no es tanto el servicio en sí —pues casi todos los proveedores prestan todos los servicios—, sino las concretas condiciones en que se ofrece, que van más allá del precio del servicio.

Junto con la propuesta de modificación, se exige que el proveedor avise al usuario de dos cuestiones fundamentales. La primera es que, si así se ha pactado en el contrato, el PSP debe recordar al usuario que, a falta de rechazo expreso en plazo, cabe considerar que ha aceptado la modificación (consentimiento tácito)⁴. La segunda es que, en estos casos, debe incluirse también la especificación de que, si se rechaza la modificación, el usuario tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación. De ahí que la facultad de elección del usuario tenga más relevancia sobre el papel que en la práctica ya que, en realidad, consiste en aceptar la modificación y mantener la relación contractual, o no aceptarla y extinguirla. Lo único que aporta esta previsión es que, cuando se haya pactado el consentimiento tácito y el usuario quiera rechazar la propuesta, la resolución del contrato será siempre gratuita, independientemente de cuál haya sido su duración (*vid.* art. 32.3 RDLSP y apartado siguiente). Por ello, se ha concluido con acierto que, en el fondo, lo que se establece es una nueva causa de extinción del contrato, aparte del régimen especial de resolución⁵.

Sin perjuicio de ello, la Segunda Directiva de servicios de pago podría permitir otra lectura de este concreto aspecto, de la que lamentablemente no se ha hecho eco el legislador nacional. Aunque en la práctica tampoco supondría una gran diferencia puesto que el pacto de consentimiento tácito es la norma general, sí permitiría, en los casos

⁴ Esta cuestión tiene como antecedente en la Recomendación 88/590/CEE que en relación a tarjetas señalaba en el punto 3.5 «3.5. Las cláusulas contractuales no serán modificadas, a no ser que exista acuerdo previo entre las partes; sin embargo, *se presumirá que existe tal acuerdo cuando el emisor proponga una modificación de las cláusulas contractuales y el titular, tras haber recibido la correspondiente notificación, siga utilizando el instrumento de pago*» (cursiva añadida).

⁵ GIMIGLIANO, G., «Title III “Transparency of conditions...», *op. cit.*, p. 117, para quien esta aproximación normativa evidencia una decisión de política legislativa en la que se prima el interés del PSP en ajustar los términos del contrato marco, por encima del interés del usuario de mantener los iniciales.

en que este no se haya acordado, extender esa facultad de resolución gratuita también a los contratos que hayan estado menos de seis meses en vigor. Y es que el tenor literal del art. 54.1, segundo párrafo, DSP2, difiere de la literalidad del art. 44.1, segundo párrafo, DSP1⁶, de modo que la facultad de resolución gratuita por modificación de las condiciones ya no parece vinculada necesariamente al pacto de consentimiento tácito. La única razón por la que esta modificación ha pasado desapercibida, también para la doctrina, que quizá no se haya percatado del cambio sustancial del régimen previsto en la norma europea, es que esta obligación se recoge en el mismo párrafo que la anterior. Sin embargo, esta variación en el texto no proviene de la propuesta de Segunda Directiva que mantenía la redacción de la Primera, sino del texto de compromiso de la presidencia de 12 de septiembre de 2014⁷ que, además de este cambio, añadía en el primer párrafo, tras establecer el derecho del usuario a aceptar o rechazar la modificación, el matiz de que «*in the latter case [si se rechazaba la modificación], the payment service user shall terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied*»⁸.

⁶ Este, tras establecer la posibilidad de pactar el consentimiento tácito y la obligación de informar al usuario de ello al tiempo de la propuesta de modificación, decía: «[e]n tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a rescindir el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de los cambios», mientras que el art. 54.1 DSP2 directamente dispone que «[e]l proveedor de servicios de pago informará también al usuario de servicios de pago de que, en caso de que el usuario de servicios de pago rechace las modificaciones, el usuario de servicios de pago tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación».

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC. Presidency compromise. Interinstitutional File: 2013/0264(COD).

⁸ «Article 47 Changes in conditions of the framework contract

1. Any changes in the framework contract as well as the information and conditions specified in Article 45, shall be proposed by the payment service provider in the same way as provided for in Article 44(1) and no later than two months before their proposed date of application. The payment service user can either accept or reject the changes within the time limits set by Article 45 (6). **In the latter case, Should the payment service user reject these changes, he has the right to shall terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied.**

Where applicable in accordance with point (a) of Article 45(6), the payment service provider shall inform the payment service user that he is to be deemed to have accepted these changes if he does not notify the payment service provider that he does not accept them before the proposed date of their entry into force. **The payment service provider shall also inform the payment service user that, in case he rejects these changes, he has the right terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied.**

2. Changes in the interest or exchange rates may be applied immediately and without notice, provided that such a right is agreed upon in the framework contract and that the changes are based on the reference interest or exchange rates agreed on in accordance with points (b) and (c) of Article 45(3). The payment service user shall be informed of any change in the interest rate

Por tanto, la intención era claramente que la resolución del contrato a voluntad del usuario por propuesta de modificación de las condiciones fuera en todo caso gratuita. Sin embargo, sin que pueda encontrarse registro por escrito que justifique la decisión final, esta adición al párrafo primero se perdió por el camino, aunque se mantuvo en el párrafo segundo la eliminación del «en tal caso» que ligaba necesariamente la facultad de resolución gratuita al pacto de consentimiento tácito. A falta de pronunciamientos judiciales al respecto, en mi opinión, la Directiva debe interpretarse en sentido de que el usuario ha de disfrutar de esta facultad de resolución gratuita en todo caso, y no solo cuando se pacte el consentimiento tácito. Nuestro ordenamiento jurídico no ha transpuesto correctamente esta previsión.

El art. 33 RDLSP no deja margen de interpretación. Con carácter general el usuario puede aceptar o rechazar la modificación, pero no especifica en qué haya de consistir ese rechazo que necesariamente deberá encauzarse a través de la resolución prevista en el art. 32, salvo el improbable caso de que el PSP permita la subsistencia del contrato con las condiciones originarias. Únicamente cuando se haya acordado que el silencio del usuario tras el plazo de preaviso suponga la aceptación de la modificación, el usuario tendrá derecho además a resolver de forma gratuita el contrato. Ello solo supone una mejora respecto del régimen general de resolución, para aquellos contratos que hayan estado en vigor menos de seis meses.

Solo hay una excepción a la facultad de rechazar una modificación. Se regula en sede de resolución (art. 32.2, segundo párrafo, RDLSP), y es que el contrato sea de cuenta de pago y el usuario tenga contratados con el mismo proveedor otros productos o servicios para cuya gestión sea necesaria una cuenta. En ese caso, el proveedor está obligado a mantener las mismas condiciones y tiene prohibido introducir concepto alguno del que se derive un coste para el usuario superior al vigente en el momento de la propuesta de modificación⁹. Ahora bien, el usuario

at the earliest opportunity in the same way as provided for in Article 44(1), unless the parties have agreed on a specific frequency or manner in which the information is to be provided or made available. However, changes in interest or exchange rates which are more favourable to the payment service users, may be applied without notice.

3. Changes in the interest or exchange rate used in payment transactions shall be implemented and calculated in a neutral manner that does not discriminate against payment service users».

Siendo el texto subrayado, añadidos a la propuesta original de la comisión; las negritas subrayadas, añadidos respecto del último texto de compromiso y, tachado, las eliminaciones respecto de este.

⁹ Para Zunzunegui, el régimen previsto para los contratos vinculados no es suficiente, al contrario, cree que equivale a que el cliente vinculado pierda el derecho a resolver el contrato marco y quede atado al banco. Defiende que esta situación es anticompetitiva y que, incluso, puede constituir una incorrecta transposición de la PSD2, puesto que no considera que este régimen sea más favorable que el previsto en el art. 55 PSD2 (ZUNZUNEGUI, F., «Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pago» en *Revista de Derecho Bancario*

no podrá utilizar la cuenta para ninguna finalidad ajena al producto o servicio para cuya gestión se mantiene abierta y, por tanto, probablemente pasará de ser una cuenta de pago a una cuenta instrumental¹⁰.

No obstante, este régimen no es de aplicación cuando las modificaciones sean inequívocamente beneficiosas para los usuarios, y tampoco cuando se haya pactado en el contrato marco la posibilidad de modificar los tipos de interés o de cambio con base en los tipos de referencia acordados. En estos casos, las modificaciones pueden aplicarse inmediatamente y sin previo aviso, si bien cuando se refieran a la variación de tipos, deberán comunicarse al usuario «lo antes posible» o en el momento en que las partes hayan acordado si se ha pactado una frecuencia o procedimiento expreso al efecto. A este respecto se impone también que las variaciones de tipos deben aplicarse y calcularse «de una forma neutra y que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago», lo que supone la limitación del redondeo de los tipos. Algunos autores han señalado que sería inadmisibles si solo se permite al alza en favor del PSP, mientras que si se prevé tanto al alza como a la baja, de modo que beneficie y perjudique por igual a usuario y proveedor, sería aceptable¹¹.

Por otro lado, se considera buena práctica bancaria que, incluso cuando el contrato prevé determinadas comisiones o gastos cuyo cobro se ha decidido no efectuar por política comercial, el proveedor debe notificar al usuario como si de una modificación contractual se tratase, la decisión de comenzar a cobrar esos importes¹².

Desde luego, ha de considerarse positiva la inclusión de estas reglas especiales¹³ sobre modificación de las condiciones de los contratos marco de servicios de pago, ya que garantizan que los cambios en el contrato no se producen al margen conocimiento efectivo y, en el mejor de los casos, la comprensión real del usuario. Aunque el régimen previsto todavía puede mejorarse. Ciertamente, supone un gran avance para las microempresas que no pueden ampararse en la legislación de protección del consumidor, si bien tanto para ellas, como para los con-

y *Bursátil*, núm. 159, 2020, pp. 89-112 (versión digital). En mi opinión, esta disposición sí resulta más favorable en tanto la falta de previsión de este supuesto supondría, en la práctica, la resolución de todos los contratos vinculados (en este sentido los arts. 10.4 LCDSFC y 76.bis TRLGDCU), lo cual podría perjudicar aún más los intereses del usuario.

¹⁰ Sobre los diferentes tipos de cuenta, con disculpas por la autocita, *vid.* CASTILLO OLANO, A., *Delimitación conceptual...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹¹ En este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 545, seguido por MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 165.

¹² BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, pp. 174-175.

¹³ Concreción de la general aplicable a la contratación de servicios financieros con consumidores establecida por el art. 85.3 TRLGDCU. Téngase en cuenta, además, que si la modificación afecta —y probablemente así será— a una condición general, habrá de respetarse asimismo lo dispuesto en la LCGC.

sumidores —y, en realidad, para cualquier usuario— cambiar de proveedor supone un inconveniente muy considerable, que cuesta tiempo y, en buena parte de los casos, dinero.

En efecto, la resolución gratuita del contrato —que, además, no se aplica en todos los casos— no soluciona el problema al usuario, ya que lo que necesita es un contrato de servicios de pago, no que el que ya tiene y con el que estaba satisfecho se extinga. Además, dependiendo del tipo o número de contratos, quizás dos meses no sean tiempo suficiente para comparar ofertas de otros proveedores y tomar una decisión. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de cuenta de pago al que se encuentran vinculados créditos o préstamos de elevada cuantía (por ejemplo, un préstamo hipotecario). Es cierto, no obstante, que en el caso del contrato de cuenta —el más habitual y en el que más frecuentes son las modificaciones contractuales— existe el servicio de traslado de cuentas (arts. 11 a 14 RDLCP), pero solo es obligatorio ofrecérselo —y hacerlo de forma gratuita¹⁴— a los clientes consumidores [art. 1.c) en relación al art. 2.a) RDLCP]. Pero probablemente no será este el caso cuando se ofrezca —voluntariamente— al resto de usuarios, incluidas las microempresas —a cuyos contratos ha de aplicarse imperativamente el régimen de modificación del RDLSP—.

Precisamente los contratos de cuenta son la forma primordial —quizás junto a los préstamos hipotecarios, pero en menor medida— de llegar a nuevos clientes en el mercado de pagos y en el mercado bancario en general. Por eso, no es de extrañar que sea frecuente que las condiciones que se ofrecen al inicio de una relación contractual de servicios de pago, muden con el paso del tiempo a otras menos convenientes para el usuario. Y tampoco, que esta cuestión sea objeto de numerosas consultas y reclamaciones¹⁵. Para equilibrar esa ventaja de la que disponen los PSPs, el régimen jurídico de la modificación debe responder de manera realista a la posición del usuario y ha de hacerse a través de las herramientas jurídicas apropiadas. Es por ello por lo que debe valorarse positivamente que, a diferencia de las obligaciones de información y transparencia, el régimen especial en materia de servicios de pago se contenga en el RDLSP en lugar de una norma de rango

¹⁴ Art. 9.1 de la Orden ECE/228/2019 sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación.

¹⁵ En la Memoria de Reclamaciones 2021, el Banco de España informaba de que: «En este ejercicio, numerosos conflictos tuvieron su origen en el aumento de la cuantía o en el establecimiento de nuevas comisiones en cuentas antes exentas, y normalmente el titular negó haber sido avisado previamente del cambio. El DCE analizó en cada caso el cumplimiento por las entidades de las obligaciones formales para la modificación de condiciones, sobre todo si existió preaviso con antelación de dos meses, de modo que el cliente pudiera haber cancelado la cuenta sin coste en caso de disconformidad con las nuevas comisiones. Si el preaviso se hizo a un buzón integrado en banca electrónica, se exige un comportamiento activo, o aviso por otro medio, sobre la existencia de la comunicación en ese buzón» (BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 19; sobre las reclamaciones, *vid. pp.* 174-175).

reglamentario, aunque algunas cuestiones fundamentales no han sido incorporadas al art. 33 RDLSP y, de nuevo, como se verá más adelante, ello puede dificultar la derivación de consecuencias jurídico-privadas por su incumplimiento.

2. Modificación unilateral de las condiciones del contrato de información sobre cuentas

Un supuesto distinto es el de la modificación de las condiciones del contrato de información sobre cuentas. El art. 33 RDLSP es claro al delimitar su ámbito de aplicación a los contratos marco, de modo que este régimen no es imperativo, ni siquiera dispositivo, en el caso de los contratos de información sobre cuentas. Salvo, por supuesto, que las partes decidan incorporarlo al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad. O que este servicio sea objeto, junto a otros servicios de pago regulados de un contrato marco, en cuyo caso, a falta de previsión explícita de este supuesto, incluso si la modificación se refiriese solo al servicio de información sobre cuentas, deberían seguirse las reglas explicadas en el subepígrafe anterior.

Cuando se trate de un contrato cuyo objeto sea exclusivamente la información sobre cuentas —a efectos de servicios de pago, sin perjuicio que el objeto incluya otros servicios financieros con sus propias normas especiales—, desde el punto de vista del Derecho positivo, solo en caso de que el usuario sea consumidor se establece alguna regla específica que habrá de respetarse en la modificación de estos contratos. Poi lo demás, teniendo en cuenta que habitualmente se trata de contratos de adhesión y, en todo caso, celebrados a distancia, seguirán siendo de aplicación la LCGC y la LCDSFC, aunque estas normas no contienen reglas especiales sobre la modificación, como tampoco lo hace la LSSI.

Cuando el usuario de estos servicios sea un consumidor, la salvaguarda de sus intereses se rige por lo dispuesto en el art. 85.3 TRLGDCU, que con carácter general establece la abusividad de las cláusulas que reserven para el proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato salvo «que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Para, a continuación, establecer las reglas especiales que rigen en la modificación de los contratos de servicios financieros en los párrafos segundo y tercero de este mismo apartado. Pero obviamente, cuando este precepto se elaboró ni existían, ni se pensaba que en algún momento un servicio como el de información sobre cuentas se calificase como servicio financiero. Así, resulta que en virtud del segundo párrafo el proveedor de servicios de información sobre cuentas podría reservarse la facultad de modificar sin previo aviso el importe de «otros gastos relacionados con los servicios financieros [...] en casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obliga-

do a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes¹⁶ y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna». A mi juicio, la posibilidad de aplicar esta previsión debe ser descartada en el caso que nos ocupa, pues el contexto de esta facultad es el de tipos de interés adaptados a un índice, y cualesquiera «otros gastos» y «razón[es] válida[s]» deben entenderse referidos a aquellos, lo cual nunca podrá ser aplicable en sede de prestación de servicios de información sobre cuentas, por la propia naturaleza del servicio.

Sí resultaría de aplicación, sin embargo, el párrafo tercero, que permite la modificación cuando el propio contrato recoja los motivos que se consideran válidos para el cambio de condiciones. En este caso, se exige —con una redacción algo farragosa— que «el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes» (art. 85.3, tercer párr. TRLGDCU).

3. Consecuencias del incumplimiento de las reglas sobre modificación del contrato de servicios de pago

La propuesta de modificación contractual puede plantear diversos problemas, pero el régimen especial no prevé ninguna regla al respecto de las consecuencias jurídico-privadas que estos puedan acarrear, de modo que habrá que acudir a las reglas generales del Derecho privado.

Así, puede resultar que la modificación se haya comunicado con un plazo de antelación inferior a dos meses, que se haya proporcionado en un soporte que no reúna los requisitos necesarios para ser considerado como duradero, que no sea clara, o que se haya presentado junto a otra información en lugar de hacerlo de manera individualizada. Habiendo sido pactada en el contrato la posibilidad de consentimiento tácito, puede ser que no se incluya un aviso al respecto o que no se informe de que el usuario tiene derecho a resolver el contrato de forma gratuita en el plazo que medie hasta la entrada en vigor del cambio de condiciones. Mucho menos habitual será que aquel pacto no exista y, a pesar de ello, se aplique la modificación porque se entienda aceptada ante el silencio del usuario. En todos estos casos, la propuesta —y, en caso de haber sido aplicada ya, la propia modificación— será nula si

¹⁶ Esta referencia a «otros contratantes» ha de entenderse referida a todos los demás contratantes distintos del empresario, es decir, al consumidor y usuario y cualesquiera otros contratantes que pudieran ser parte también del contrato. En este análisis, circunscrito al servicio de información sobre cuentas, tan solo cabría entender como otro contratante al cotitular de una cuenta de pago, pero a mi juicio también este debería ser parte del contrato de información sobre cuentas.

el usuario es consumidor o microempresa, por contraria una norma de carácter imperativo *ex art.* 28.1 RDLSP. Por ende, la modificación no podrá desplegar sus efectos y, si lo hace, la relación contractual deberá retrotraerse al momento anterior a tal aplicación. Por ejemplo, si se ha introducido una nueva comisión o se ha elevado una preexistente, al declarar la nulidad de la modificación deberán restituirse las comisiones abonadas por el usuario con el correspondiente interés legal.

Mención aparte merece que la propuesta sea meramente puesta a disposición, pero no facilitada. Esto, junto al concepto de soporte duradero, es precisamente el objeto de pronunciamiento de la STJUE en el caso *Bawag c. Vfk* (C-375/15), ya comentada, que si bien se refieren al régimen de la Primera Directiva de servicios de pago en este punto no difiere del dispuesto en su sucesora. Y el Tribunal europeo, al hilo de la información proporcionada a través del sitio web del proveedor, es claro: las modificaciones contractuales deben ser *facilitadas en soporte duradero* para lo cual deben concurrir dos requisitos, que el usuario pueda «almacenar la información que se le envía personalmente de manera que pueda acceder a ella y reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor o por cualquier otro profesional» y que «si el usuario de servicios de pago está obligado a consultar ese sitio de Internet para tener conocimiento de dicha información, la transmisión de esta información se ve acompañada de un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio de Internet»¹⁷.

La cuestión es que, en el ordenamiento jurídico español, la obligación de facilitar la propuesta de modificación no se contiene en el RDLSP sino en la Orden ECE/1263/2019¹⁸, al contrario de lo que sucede por ejemplo en la legislación austriaca¹⁹. Por los mismos argumentos que se han ido exponiendo a lo largo capítulo anterior, a mi entender, resultaría aplicable también la nulidad de la modificación. Más allá del convencimiento de que la Orden de transparencia de servicios de pago contiene normas con un claro alcance jurídico-privado, es el propio art. 33.1 RDLSP el que determina que la concreta forma en la que deba proponerse la modificación será determinada por el titular del Ministerio de Economía y Empresa. Y tal argumento no desmerece el de que la técnica legislativa española es, en mi opinión, muy mejorable. Negar la eficacia jurídico-privada de la obligación de facilitar la propuesta de modificación llevaría a vaciar de contenido todo el régimen dispuesto

¹⁷ Fallo de la STJUE caso *Bawag c. Vfk*.

¹⁸ Al respecto y con un prolijo comentario de la Sentencia europea *vid.* BUESO GUILLÉN, P. J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ Véanse párrafos 18 a 20 STJUE caso *Bawag c. Vfk*.

por el art. 33 RDLSP. De nada sirve que se dé un preaviso o que se reconozcan ciertas facultades al usuario para defender sus intereses de una modificación impuesta por el proveedor, si no se garantiza que la propuesta llegue al conocimiento del cliente. Para ello, qué menos que exigir, con fuerza vinculante a nivel contractual, que el proveedor tenga una conducta activa para asegurar que el usuario puede conocer la existencia y el contenido de la propuesta. De lo contrario, se llegaría al absurdo de admitir, por ejemplo, que un proveedor puede modificar el contrato con un usuario determinado poniendo a su disposición en la oficina un documento por escrito y firmado, con la información al respecto, pero sin avisarle de que dicho documento existe y que debe pasar a buscarlo. Esta actuación no solo sería claramente contraria a la finalidad del art. 54 DSP2 y a la doctrina del TJUE, sentada en la sentencia del caso *Bawag c. Vřk*, sino que también sería una expresión exacerbada de lo que pretende prohibir el imperecedero art. 1256 CC.

Por otro lado, no hay un régimen especial de modificación del contrato de información sobre cuentas, y debería haberlo. Las normas de contratación a distancia de servicios financieros con consumidores nada aportan a este respecto y las normas generales de protección de consumidores, no lo suficiente. En materia de servicios de pago las microempresas merecen el mismo nivel de protección que los consumidores, esa ha sido la decisión del legislador español que, sin embargo, no ha previsto normas de carácter nacional al respecto. Pero es cuestionable también la decisión de la Directiva, porque no se entiende en qué medida puede suponer un coste desproporcionado para los proveedores de servicios de información sobre cuentas quedar sometidos al mismo régimen de modificación —o si acaso a uno *ad hoc*— cuando contraten con consumidores y, en su caso, microempresas. Máxime cuando al ser prestado junto a otros servicios de pago regulado al amparo del contrato marco, la modificación de las condiciones del servicio de información sobre cuentas ha de sujetarse al mismo régimen especial. Además, el régimen del TRLGDCU está pensando para servicios muy diferentes al de información sobre cuentas.

Especialmente importante en este sentido es el hecho de que buena parte del precio del servicio no lo abona el usuario en forma de comisión sino con sus datos financieros, que tienen utilidad y un alto valor de cara a la prestación u oferta de otros servicios. Razón por la cual no encontramos en España más de tres entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas²⁰. En la práctica, el modelo de negocio tiende a aunar la prestación de servicios de información sobre cuentas con otros como el de comparación de servicios financieros, préstamos o créditos al consumo o, en general, otros servicios bancarios. De hecho, son muchas las entidades de crédito que ofrecen actualmente el servicio

²⁰ Última consulta del Registro de entidades del Banco de España el 15 de julio de 2024.

de información sobre cuentas, consiguiendo así valiosa información acerca de entidades competidoras que también contratan con sus clientes, qué productos, en qué condiciones, sus flujos de fondos, etc.

Pero más allá del régimen sustantivo previsto para unos y otros contratos, también aquí sufren los usuarios el problema transversal de la falta de rentabilidad de accionar judicialmente contra su proveedor y el poco eficaz mecanismo de «resolución alternativa de litigios» previsto por el ordenamiento jurídico español.

II. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y DESISTIMIENTO

1. Cuestiones previas sobre la «resolución» de los contratos de servicios de pago

La Segunda Directiva de servicios de pago, igual que su predecesora, se refiere a la rescisión del contrato. En la transposición de ambas Directivas al ordenamiento jurídico español se utilizó el término «resolución». Sin embargo, en puridad, lo que se regula es un derecho especial de desistimiento.

En nuestro derecho contractual privado, rescisión y resolución tienen distinto significado. Con la rescisión el interesado —parte contratante o acreedora, en el caso de la acción pauliana (art. 1291.3.º CC)²¹— ejercita la acción, que tiene carácter subsidiario²², con la pretensión de dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado para evitar consecuencias perjudiciales para él o para un tercero. Se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida²³; es decir, debe darse la circunstancia de que el contrato sea lesivo para una de las partes o implique un fraude en perjuicio de terceros²⁴.

Por otro lado, en sentido estricto, la resolución de un contrato tiene como presupuesto el incumplimiento de una de las partes *ex art.* 1124 CC. Constituye uno de los remedios legales de tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos con obligaciones recíprocas²⁵.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 240-241. En extenso, *vid.* en extenso, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, *passim*.

²² Puesto que «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio» (art. 1294 CC).

²³ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 112.

²⁴ *vid.* Arts. 1290 y ss. CC, definición de «rescisión» y de «acción de rescisión» en el DPEJ. Además, en la acción de rescisión solo procede en los supuestos tasados en los arts. 1291 y 1292 CC o en otra ley especial (*ex art.* 1291.5.º CC).

²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Art. 1124» en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8214-8215.

Por el contrario, el derecho de desistimiento del contrato se define como la «facultad de una de las partes de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar la decisión»²⁶ y eso es precisamente lo que prevé el régimen especial de servicios de pago. A nivel europeo, este derecho se positiviza por primera vez en el art. 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²⁷, aunque no comienza a utilizarse la denominación de desistimiento hasta la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Eso sí, tan solo comenzó a usarse este término en la versión en inglés de las normas europeas (*withdrawal*), mientras que en las versiones españolas de las directivas continuaron utilizándose indistintamente los términos «rescisión» y «resolución» hasta la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, aunque el legislador nacional sí acogió la nueva terminología ya en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados. Además, las Directivas europeas nunca han definido específicamente este derecho, sino que se han limitado a reconocerlo y determinar su forma de ejercicio²⁸, tendencia seguida por el legislador español hasta la publicación del TRLGDCU que incluyó la definición legal vigente hasta ahora²⁹, aunque antes de eso ya había sido definido por la doctrina³⁰.

²⁶ Definición DPEJ. Sobre el derecho de desistimiento en contratos de servicios financieros *vid.* NOVAL LAMAS, J. J., *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, *passim*; sobre las modificaciones más recientes en materia de desistimiento *vid.* DIÉGUEZ AGUILERA, L., «Novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 24/2021 en el Texto Refundido de Consumidores en relación con el derecho de desistimiento y los mercados en línea» en *La Ley mercantil*, núm. 97, 2022 (versión digital).

²⁷ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Art. 5: «1. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo.

2. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido».

²⁸ LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 73.

²⁹ Art. 68.1 TRLGDCU: «El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase».

³⁰ DÍEZ-PICAZO lo definió, con carácter general, como «una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, y que no tiene que fundarse en ninguna causa especial» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II..., *op. cit.*, p. 1086); GALLEGO DOMÍNGUEZ, entendiendo el desistimiento como un mecanismo especial de protección del consumidor lo definió como el

Desde su positivización, el derecho de desistimiento ha sido siempre inmanente a la condición de consumidor³¹ y quizás de ahí la reticencia a utilizar esta terminología³² en una norma que puede ser aplicable también a usuarios no consumidores, pero si se permite la extensión del principio de la irrelevancia del *nomen iuris*, los derechos también son lo que son y lo previsto en el régimen especial de servicios de pago es, sin lugar a dudas, un derecho especial de desistimiento³³. Y como tal, cuenta con especialidades que lo caracterizan respecto del derecho de desistimiento establecido legalmente en otras normas como puedan ser la Ley de Contratos de Crédito al Consumo o el TRLGDCU.

Aceptar esta tesis supondrá que el régimen del RDLSP prevalecerá al dispuesto con carácter general para el caso de usuarios y consumidores en los arts. 68 y ss. TRLGDCU, así como a lo previsto para la contratación a distancia en los arts. 10 LCDSFC. En particular, el art. 68.3 TRLGDCU prevé expresamente que lo dispuesto en el capítulo II (Derecho de desistimiento) del título II TRLGDCU (contratos con los consumidores y usuarios), es de aplicación subsidiaria al régimen especial previsto para cada contrato, en nuestro caso, en el RDLSP. Por su parte, el art. 10.5 LCDSFC excluye expresamente su aplicación «a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma», aunque quizá fuera conveniente tomar este artículo como referencia interpretativa e, incluso, aplicarlo por analogía si fuera necesario cuando el servicio de pago sea prestado a distancia a un consumidor —y haya por tanto identidad de razón (art. 4.1 CC)—, respetando el principio *pro consumatore*³⁴.

«especial derecho del consumidor de desligarse del contrato ya celebrado sin necesidad de alegar causa alguna, en un plazo de tiempo corto, tras la perfección del mismo» (GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «El derecho de desistimiento», en REBOLLO e IZQUIERDO (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1218).

³¹ Como posible excepción, destacar la versión originaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista que, técnicamente, se refería al destinatario final de los bienes sin especificar que debieran ser consumidores (art. 1.2).

³² Las Directivas en inglés se refieren a la «*termination*» del contrato, en francés «*résiliation*» (vs. «*rétractation*» en la Directiva 2011/83/UE), en portugués «*resolução*» (vs. «*retractação*» en la Directiva 2011/83/UE) y en alemán «*opsigelse*» (vs. «*widerrufsrecht*» en la Directiva 2011/83/UE). En cambio, en italiano se utiliza igual que en la Directiva 2011/83/UE el término «*recesso*», que es el mismo utilizado en la transposición en el TUB.

³³ En este sentido se manifiesta también LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 539.

³⁴ El respeto al principio *pro consumatore* implica que, en caso de que fuera necesario aplicar el art. 10.5 LCDSFC por analogía al desistimiento de un contrato marco de servicios de pago, deberá hacerse solo en aquello que resulta más favorable para el consumidor. Por ejemplo, en ningún caso podría entenderse aplicable la limitación de plazo de ejercicio de 14 días, puesto que el RDLSP no somete a plazo el ejercicio de lo que denomina derecho de «resolución».

2. Resolución del contrato marco

La legislación especial de servicios de pago, tanto nacional como europea, solo ha previsto un régimen específico de resolución —*rectius*, de desistimiento— para los contratos marco de servicios de pago³⁵. Igual que sucede con la modificación, carecería de sentido prever reglas especiales para la resolución de los contratos de operación de pago singular que, casi por definición, se ejecutan de forma inmediata³⁶. En su caso, cabrá únicamente la revocación de la orden de pago cuando se haya pactado una fecha de recepción de la orden posterior al momento de celebración del contrato (*es art. 52 RDLSP*), si bien es cierto que esto no es lo habitual en los contratos de operación de pago singular.

Dado que el término utilizado por el RDLSP es el de «resolución», a lo largo del presente trabajo lo utilizaremos también, si bien se insiste en la idea de que se trata más bien, en nuestra opinión, de un derecho de desistimiento.

Respecto del régimen previsto para la resolución del contrato marco, lo primero que llama la atención es la ubicación sistemática del precepto que lo regula. El art. 32 RDLSP forma parte del título II, donde se incluye también el régimen de transparencia e información; tal ubicación proviene directamente de la Segunda Directiva de servicios de pago que, al igual que la primera, regula este derecho en su título III³⁷. Si bien puede entenderse que el régimen de modificación no está del todo mal ubicado en este título —al basarse fundamentalmente en la obligación de informar al usuario con antelación y de incluir ciertos aspectos en el propio contrato—, parece un poco extraño que la resolución no se regule en el Título dedicado a los derechos y obligaciones de las partes, aunque quizás tenga que ver con que este se refiere específicamente a los «derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago». Por fortuna, también ha acertado el legislador español al no trasponer estos aspectos en una norma con rango de orden ministerial, a pesar de que la Directiva los

³⁵ Su origen está también en las normas de *soft law*, en concreto, en la Recomendación 87/598/CEE que para los contratos de pago electrónico ya preveía como uno de los principios de buenas prácticas que las «condiciones específicas de rescisión del contrato» se concretasen en el acuerdo y se comunicasen a las partes antes de la celebración del contrato.

³⁶ Coherentemente, tanto el art. 10.2.c) LCDSFC, como el art. 103.a) TRLGDCU exceptúan del derecho de desistimiento aquellos contratos a distancia en los que el servicio se haya ejecutado completamente a petición del consumidor.

³⁷ Ha de reconocérsele al legislador español, al menos, la perspicacia de alargar el encabezamiento del título para incluir, junto a la referencia a la transparencia, la «resolución y modificación del contrato marco». La rúbrica completa del título III DSP2 es «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago», mientras que el del título II RDLSP es «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco».

trate conjuntamente con las obligaciones de información. Estamos ante una cuestión que afecta la novación y extinción de un contrato, por lo que prever su régimen especial en una norma con rango de ley es, sin lugar a dudas, la decisión correcta.

También debe valorarse positivamente que el legislador nacional haya hecho uso de la facultad reconocida por el art. 55.6 DSP2, que permite a los Estados miembros prever un régimen de resolución más favorable para los usuarios de servicios de pago que el establecido en la Directiva³⁸. Pero es muy cuestionable esta opción de la Directiva en la medida en la que permite la divergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales en un aspecto tan relevante de la contratación de servicios de pago como es éste; ello no solo porque puede generar confusión en los usuarios sino, sobre todo, porque favorece el *forum shopping* entre los proveedores. Sea como fuere, la parte positiva es que los usuarios de los contratos marco de servicios de pago regidos por el RDLSP disfrutamos de un régimen más tuitivo del derecho de desistimiento, lo que explica por qué la resolución permitida en sede de modificaciones no aporta gran cosa para la tutela de los intereses del usuario, mientras que sí lo hace en el marco de la Segunda Directiva de servicios de pago, donde se prevé para los usuarios una facultad de resolución más limitada.

Conforme al RDLSP, el usuario consumidor o microempresa, y cualquier usuario distinto que no haya pactado expresamente unas condiciones diversas, tiene derecho a resolver el contrato marco con independencia de su duración, en cualquier momento y sin necesidad de preaviso alguno. Esta es precisamente la mejora respecto del régimen previsto en la Directiva, que permite incluir el pacto de preaviso. Que se trate de una facultad incondicional sin necesidad de justificación es lo que lo convierte en desistimiento, con la significativa particularidad de que su ejercicio no está sujeto a plazo alguno. La otra especialidad es que su ejercicio no producirá efectos *ex tunc*, como el derecho de desistimiento general reconocido a los consumidores (*vid.* art. 74 TRLGDCU), sino *ex nunc*, coherentemente con la naturaleza del objeto del contrato de servicios de pago que impide la restitución de las prestaciones.

Solo hay una excepción a la que hemos aludido *supra*: que se trate de un contrato de cuenta de pago y existan contratos complementarios que requieran su vigencia. En estos casos, la cuenta se convierte en una instrumental y surgen dos nuevas obligaciones para las partes: el usuario no puede utilizar la cuenta para ningún servicio distinto al que

³⁸ De hecho, lo hizo con anterioridad a la promulgación de la Segunda Directiva de servicios de pago, dado que aprovechó el RDLCP para modificar el art. 21 LSP, introduciendo el régimen que permanece en el vigente art. 32 RDLSP (*vid.* Disp. fin. 1.ª RDLCP).

impone la necesidad de mantener el contrato marco, y el proveedor tiene prohibido modificar el precio del contrato.

Aunque no se prevé expresamente, parece deducirse que, a falta de pacto específico sobre el modo de comunicar la solicitud de resolución, esta habrá de transmitirse por el medio de comunicación pactado de manera general en el contrato. En principio, siempre que se cumplan las reglas aplicables al contrato en cuestión (en su caso, LCGC, LCDSFC, TRLGDCU...) —particularmente, que no suponga una carga desproporcionada para el usuario—, no parece haber obstáculo a que las partes acuerden que la resolución deba ejercitarse de alguna forma o por algún medio en especial. El propio art. 14.f) 3.º OTSP menciona entre el contenido mínimo del contrato «cualesquiera acuerdos relativos a la resolución de conformidad con los arts. 32 y 33.1...», de modo que ha de entenderse que a este respecto juega la autonomía de la voluntad de las partes. Igualmente, debe pactarse en el contrato la facultad del proveedor de resolver el contrato, pero tal pacto solo es válido en contratos de duración indefinida y previendo una necesidad de preaviso mínimo de dos meses (art. 32.4 RDLSP).

Recibida la solicitud de resolución, el proveedor está obligado a resolver el contrato en el plazo de 24 horas. Tratándose de un contrato de cuenta de pago, en dicho plazo el proveedor deberá poner a disposición del usuario el saldo favorable que arroje la misma y este habrá de entregar los instrumentos de pago asociados a la cuenta de que dispusiese, para que el proveedor pueda proceder a su inutilización. Más allá del abono de las comisiones y gastos habituales en proporción al tiempo que haya estado vigente el contrato desde el último cobro —o de recibir su reembolso si se han satisfecho anticipadamente—, la resolución es gratuita para el usuario, salvo que el contrato haya estado en vigor menos de seis meses, en cuyo caso el proveedor podrá cobrar una comisión o gasto adecuado y acorde al coste de la resolución (art. 32.3 RDLSP). La Segunda Directiva de servicios de pago tiende a hacer referencia indistintamente y, casi siempre de forma conjunta, a las comisiones y a los gastos, cuando en puridad se trata de dos conceptos diferentes. La comisión es un concepto retributivo, el precio de la prestación, y no la cantidad que resarce al proveedor por un gasto en el que ha incurrido en favor del usuario. El RDLSP sigue en este aspecto a la Directiva, si bien en lo que a resolución se refiere, la necesidad de que la comisión o gasto sea adecuado y acorde al coste de la misma, parece hacer alusión más bien al gasto concreto que haya ocasionado la gestión en sí, que a la posibilidad de que se cobre una compensación por desistimiento.

3. Resolución del contrato de información sobre cuentas y desistimiento del contrato de servicios de pago celebrado a distancia

Tratamos conjuntamente estas dos cuestiones puesto que la resolución del contrato de información sobre cuentas no tiene reglas especiales más allá de las aplicables con carácter general a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia.

Ante la falta de armonización al respecto por parte de la Directiva, el legislador español bien podría haber optado por diseñar un régimen especial para estos contratos de servicios de pago que, a pesar de tener carácter duradero, no quedan amparados bajo las normas del contrato marco. Aunque quizás la mejor opción hubiera sido extender la aplicación del art. 32 también a los contratos de información sobre cuentas. Al fin y al cabo, este artículo será aplicable cuando el objeto del contrato marco sea la prestación del servicio de información sobre cuentas junto a otros servicios de pago regulados. Si la próxima norma europea continúa en la línea de la Segunda Directiva de servicios de pago y no prevé otro régimen para la resolución del contrato de información sobre cuentas, esta podría ser una de las aportaciones del legislador nacional que contribuiría a mejorar la posición del usuario de estos servicios.

Esta iniciativa cobrará especial relevancia cuando entre en vigor el nuevo régimen aplicable a partir de 2026 a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, que excluye su aplicación a aquellos servicios que ya cuenten con una regulación especial. *De lege data*, cuando el usuario es consumidor es aplicable el art. 10 LCDSFC, ya que el servicio de información sobre cuentas es un servicio de pago regulado y el mismo régimen será aplicable, en su caso, a las operaciones de pago singular para las cuales se haya pactado un momento de recepción de la orden posterior a la celebración del contrato. Este precepto presenta notables diferencias respecto del régimen de desistimiento de los contratos marco que la ley especial denomina resolución.

En primer lugar, porque solo es aplicable a consumidores, no a las microempresas. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho de desistimiento previsto en la LCDSFC debe ejercitarse en el plazo de catorce días naturales desde la celebración del contrato. Además, la propia ley explicita que la comunicación debe producirse en los términos previstos en el contrato que, en todo caso, deberá requerir un medio que permita dejar constancia de la notificación, señalando el papel u otro soporte duradero como medios adecuados. Por tanto, si en el contrato se prevé un medio que no cumple tal requisito (por ejemplo, presencialmente o mediante una llamada telefónica no grabada), y

teniendo en cuenta que con toda probabilidad se tratará de un contrato de adhesión, la cláusula será nula³⁹.

Por otra parte, como rasgos definitorios del derecho de desistimiento, ambos regímenes tienen en común que su ejercicio no requiere justificación y no puede ser penalizado. Y como rasgo particular en relación al objeto del contrato, los efectos *ex nunc* de su ejercicio⁴⁰, dada la imposibilidad de restituir las prestaciones que, en este caso, se regirán por lo dispuesto en el art. 11.1 a 3 LCDSFC⁴¹. En este punto resultan de especial relevancia las limitaciones legales a la posibilidad de que el proveedor exija el pago del servicio prestado antes del desistimiento, que se condiciona a que haya proporcionado al usuario la preceptiva información previa y a que la prestación se haya iniciado con el consentimiento expreso del cliente (art. 11.2 LCDSFC).

Por último, respecto a los contratos a distancia vinculados a aquel del cual se desiste, merece la pena destacar que el art. 10.4 LCDSFC se refiere expresamente a la posibilidad de que las partes acuerden su resolución automática y gratuita. Dado que los contratos a distancia de servicios financieros suelen ser contratos de adhesión, es probable que una cláusula de este tipo sea relativamente común.

³⁹ En este sentido también MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, p. 204, siguiendo a MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los estudios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la directiva 200/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores» en *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, p. 30.

⁴⁰ MARIMÓN DURÁ, *ibid.*, p. 240.

⁴¹ Artículo 11 LCDSFC: «Pago del servicio prestado antes del desistimiento.

1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento.

El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización.

2. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3), a).
- b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento.

3. El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado en el apartado 1. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento».

Nótese que, en este caso, no será de aplicación el ap. 4 de este artículo («4. El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento») dado que en materia de servicios de pago los usuarios no reciben ninguna suma del PSP, cuestión distinta será el habitual caso de que exista un contrato de crédito vinculado, por ejemplo, en relación a una cuenta de pago o de emisión de instrumento de pago que, en cuyo caso, se regirá por lo previsto en el art. 32 RDLSP.

Aunque tal acuerdo sería posible también en un contrato marco de servicios de pago, en la práctica parece poco habitual, sobre todo, teniendo en cuenta que lo más frecuente es que el contrato al que se vinculan otros productos o servicios sea un contrato de cuenta de pago. En estos casos, lo más probable es que los contratos vinculados tengan un valor económico significativo para la entidad —seguramente de crédito, dada la limitada operativa permitida al resto de PSPs que, por ende, ofrecen menos *paquetes* de servicios que los bancos—, a la que no interese la resolución automática del resto de contratos celebrados con el mismo cliente. Igualmente, al cliente puede resultarle perjudicial la extinción automática del resto de contratos, con las consecuencias que de ello se derivan. Piénsese, por ejemplo, en cualquier contrato de préstamo vinculado a una cuenta de pago o a un contrato de tarjeta —será un caso de lo más habitual— que, extinguido por desistimiento obligaría al usuario a restituir las sumas prestadas y, en su caso, los intereses correspondientes y buscar financiación de nuevo, con la dificultad temporal y económica que ello puede conllevar. Todo lo cual explicaría la previsión especial del art. 32.2 RDLSP a este respecto.

4. Algunas cuestiones problemáticas y efectos de la contravención del régimen de resolución y desistimiento del contrato

En este régimen especial de desistimiento aplicable a los contratos marco de servicios de pago la resolución del contrato no tiene que ser aceptada por el PSP, en sentido jurídico. Se trata de una facultad unilateral del usuario, eso sí, es una declaración de voluntad recepticia, por lo que el vínculo contractual queda válidamente disuelto en el momento en que la noticia llega a la entidad por los medios acordados entre las partes. Si el usuario comunica el ejercicio de la resolución por cualquier otro medio distinto del acordado, carecerá de validez.

A pesar de ser una facultad unilateral del cliente, el procedimiento para hacer efectiva la extinción del contrato incumbe principalmente al proveedor; en su caso, el usuario solo deberá abonar las comisiones correspondientes a los servicios efectivamente prestados y entregar o destruir los instrumentos de pago. Desde la perspectiva de la tutela del usuario, el primer problema que puede plantearse es, por tanto, que el PSP no de «cumplimiento [a] la orden de resolución del contrato marco antes de transcurridas 24 horas desde la recepción de la solicitud del usuario», lo cual incluye la puesta a disposición de los saldos favorables que obren en su poder si se trata de una cuenta de pago y la correspondiente liquidación de retribuciones no percibidas, así como, de los gastos de resolución en caso de que el contrato haya estado en vigor menos de seis meses. En este caso, la tutela jurídico-privada del cliente solo puede conseguirse a través de la acción por la que se exige

el cumplimiento de la resolución del contrato y una indemnización de daños y perjuicios. El fundamento jurídico será el propio art. 32 en relación al art. 1101 CC, pues a pesar de haberse extinguido el contrato, el incumplimiento se refiere a «una deuda de Derecho civil, procedente de las causas enumeradas en el art. 1089 CC»⁴².

Como se ha dicho, la regla general es la gratuidad de la resolución lo que implica, asimismo, la nulidad de toda cláusula contractual que prevea una «comisión por cancelación»⁴³ *ex art.* 1255 CC y, en su caso, el cobro de la misma será improcedente, lo que determinará la obligación del proveedor de devolverla, junto a los correspondientes intereses (*ex arts.* 1101, 1106 y 1108 CC), sin perjuicio de la salvedad indicada. En el caso excepcional de que el contrato marco haya estado en vigor menos de seis meses, ya se ha adelantado que más que una comisión será un gasto, que habrá de ser proporcional al coste efectivamente soportado por el proveedor para la resolución del contrato. Y a él corresponderá acreditar dicha proporcionalidad, en virtud del art. 31 RDLSP. Cuando el problema sea que la liquidación de comisiones debidas por servicios efectivamente prestados sea superior a la efectivamente adeudada por el usuario o el proveedor no reembolse el exceso de las ya abonadas, de nuevo, el proveedor deberá proceder a su devolución con intereses.

En otro orden de cosas, llama la atención la falta de interés de la doctrina sobre la posibilidad de que las partes —entidad y consumidor o microempresa—, en clara situación de desequilibrio de fuerza negociadora, en contratos generalmente de adhesión, puedan acordar —o más bien, predisponer y adherirse, con la alternativa de no contratar— el otorgamiento al proveedor de una facultad de desistimiento del contrato⁴⁴, de resolución unilateral sin causa, únicamente con la salvaguarda de un preaviso de dos meses. Nuestro Código Civil no

⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 164.

⁴³ En materia de «comisión por cancelación» es fundamental el análisis del caso concreto, especialmente en el supuesto de vinculación de numerosos contratos, pues ciertas penalizaciones que pueden parecer equivalentes a una comisión por cancelación a veces deben ser calificadas de otro modo. El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto a si la pérdida de una ventaja individualizada relativa a una bonificación de cuenta de pago, abierta con ocasión de la concesión de un crédito inmobiliario, constituía un «gasto» o «comisión» en los términos del art. 45.2 DSP2 (equivalente al vigente 55.2 DSP2, sobre «rescisión»). El Tribunal concluyó que solo pueden tener tal consideración las pérdidas de ventajas individualizadas que se asocian directamente con el cierre de la cuenta, y no con la terminación de otros servicios (en el caso que dio origen a la cuestión prejudicial la pérdida de la ventaja se contenía en una cláusula que la establecía como consecuencia del cese de una domiciliación, no del cierre de la cuenta de pago). *vid.* párr. 67-71 de la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2020, *Association française des usagers de banques*, C-778/18, ECLI:EU:C:2020:831.

⁴⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 539 dice del régimen de resolución de servicios de pago (aunque con base en la LSP) que «más que de resolución del contrato en el sentido del art. 1124 del Código Civil, aquí nos encontramos ante un desistimiento unilateral de alguna de las partes».

contempla con carácter general la resolución sin causa del contrato, lo hace únicamente para casos concretos tales como el arrendamiento de obra, el contrato de sociedad, o el mandato⁴⁵. Quizás sea precisamente esta la razón por la que no se cuestiona esta posibilidad, porque los contratos de servicios de pago como categoría participan en cierta medida del contrato de mandato. Si bien es cierto que, con carácter general, sí se reconoce la facultad de resolución a las partes en los contratos de duración indefinida (por la prohibición de vinculación contractual perpetua), siempre que se ejerza esta facultad con un preaviso suficiente que evite causar daños a la otra parte derivados de la premura en la terminación de la relación contractual (*ex art.* 1258 CC), como exigencia de la buena fe —si no, hay que indemnizar (1101 y ss. CC)—, quizás en materia de servicios de pago sería conveniente la previsión de condiciones o medidas adicionales.

El RDLSP y en particular su título II, tienen un marcado carácter tuitivo del usuario, en especial, de aquel que sea consumidor o microempresa. Y no parece que reconocer a los proveedores una facultad incondicionada de estas características en contratos de servicios de pago, casi esenciales en la actualidad para la ciudadanía —y, desde luego, para las microempresas— sea la forma adecuada de velar por sus intereses. No quiere decirse que no deba respetarse el principio de prohibición de vinculaciones perpetuas o *sine die*⁴⁶, o que no haya de reconocerse cierto fundamento *intuitu personae*⁴⁷ en los contratos de servicios de pago —aunque a mi juicio tiene mayor relevancia en la relación usuario-proveedor, que a la inversa—. Pero sí que, en este concreto sector, deben preverse medidas que fortalezcan la posición de un usuario naturalmente en desventaja y para el que la resolución de un contrato de servicios de pago puede suponer un inconveniente mayor que para la entidad, especialmente cuando tiene contratados diversos servicios vinculados.

En este sentido, son varias las alternativas que, sin suponer un coste de cumplimiento elevado para los proveedores, podrían proteger al usuario. Por ejemplo, la obligación de establecer las causas de extinción a las que puede acogerse el proveedor —como ha sucedido con las cuentas de pago básicas (art. 6 RDLCP)—, la ampliación del plazo de preaviso, el ofrecimiento de un contrato alternativo por el mismo proveedor, la prohibición de resolución cuando existan contratos vinculados, etc. Incluso fuera del régimen contractual pueden preverse legalmente mecanismos que coadyuven al usuario en caso de

⁴⁵ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁶ Fundamento de esta facultad de acuerdo con LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 540.

⁴⁷ Que justifica para los contratos basados en la confianza recíproca la validez de la extinción unilateral sin causa de acuerdo con la jurisprudencia más asentada como se señala en Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 247.

resolución del contrato marco. Igual que es obligatoria la existencia de comparadores de comisiones por los servicios más representativos vinculados a una cuenta de pago (art. 7.1 de la Directiva de cuentas de pago), podría establecerse también el deber para los Estados miembros de que dichos comparadores se extendiesen a los servicios de pago no basados en cuenta o que abarcasen no solo las comisiones sino también el resto de condiciones más significativas, pues ello ayudaría al usuario a encontrar un nuevo proveedor y servicio adecuado a sus necesidades en un breve plazo de tiempo tras el preaviso de resolución de su proveedor originario.

En cualquier caso, por ahora el régimen vigente permite pactar el reconocimiento del derecho del proveedor de servicios de pago a desistir del contrato, con la única condición de que preavise con al menos dos meses de antelación. Ya hemos indicado que el posible y frecuente incumplimiento es que no se respete dicho plazo. A pesar de que entonces, todos los actos realizados antes de que cumpla el plazo convenido⁴⁸ —como mínimo de dos meses— serán contrarios a una norma imperativa (art. 32 RDLSP) cuando el usuario sea consumidor o microempresa, no parece que pueda negársele efectividad extintiva a la comunicación de resolución. Ahora bien, igual que sucede, por ejemplo, en relación a la resolución del contrato de agencia, el proveedor deberá indemnizar al usuario por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la falta de preaviso (art. 1101 CC), y ello, con independencia de que el art. 32 RDLSP tenga carácter imperativo o dispositivo (si el usuario no es consumidor ni microempresa). A mi juicio, una correcta tutela de los intereses de los usuarios requiere que la propia ley prevea que, al menos cuando el art. 32 RDLSP deba aplicarse imperativamente, la consecuencia del incumplimiento del preaviso o de cualquier otra obligación en materia de resolución sea la ineficacia de la misma, en su caso, la retrotracción de la relación al momento previo a la notificación ineficaz y la indemnización de los daños y perjuicio causados al cliente, que convendría fijar objetivamente en una norma con rango de ley.

Cuando el contrato sea exclusivamente de información sobre cuentas o se trate de un contrato de operación de pago singular a distancia en el que se ha aplazado la fecha de recepción de la orden y el usuario sea un consumidor, habrán de aplicarse, en su caso, los arts. 10 y 11 LCDSFC. De acuerdo con el art. 10.3 LCDSFC, para que el ejercicio del derecho de desistimiento sea válido debe realizarse en plazo y en la forma convenida en el contrato, de lo contrario, aunque la norma no concreta la consecuencia que lleva aparejada este incumplimiento, cabe entender que no producirá efecto alguno.

⁴⁸ En especial, es habitual el bloqueo de las cuentas *vid.* BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 197.

De nuevo en este caso, el usuario quedará obligado a abonar la parte proporcional correspondiente al servicio efectivamente prestado y, en su caso, el proveedor a reembolsar las cantidades pagadas de más. El art. 11 LCDSFC señala que la obligación de pago del usuario debe cumplirse «a la mayor brevedad», mientras que para el proveedor se da un plazo de 30 días naturales, que es el mismo fijado para la obligación del consumidor de devolver las cantidades recibidas del proveedor («a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales»). Aunque, como se ha dicho, el ap. 4 no será aplicable a los contratos que aquí interesan, sí sirve como criterio de interpretación. La necesidad de reciprocidad de las obligaciones impuesta por el art. 87 TRLGDCU implica que esa «mayor brevedad» ha de entenderse extendida también a 30 días naturales, aunque explícitamente el ap. 1 no lo indique así. Si la entidad dispone de dicho plazo para devolver las cantidades pagadas de más por un servicio que finalmente no se prestó, también el consumidor debe disponer del mismo tiempo para abonar el que sí fue prestado.

También a este respecto será nula cualquier tipo de cláusula que establezca una «comisión por cancelación» o concepto equivalente. El segundo párrafo del art. 11.1 LCDSFC incluso prevé que el precio por la parte proporcional del servicio prestado no puede ser «de tal magnitud que equivalga a una penalización». La proporcionalidad del precio, igual que cualquier cuestión discutida, deberá ser probada por la entidad ya que sobre ella recae la carga de la prueba (art. 17 LCDSFC), si bien la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento corresponderá al consumidor de conformidad con las reglas generales y el propio tenor del art. 10 LCDSFC⁴⁹.

Como es lógico, a cualquiera de las partes se le podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que le incumban derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento de acuerdo con las reglas generales de contratación (art. 1124 CC).

⁴⁹ En este sentido se pronuncia también MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, p. 205.

CAPÍTULO 7

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

I. LAS NORMAS SOBRE AUTORIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE PAGO COMO DERECHOS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LAS PARTES

El título III del RDLSP se dedica a los «derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago» pero, a decir verdad, lo que se regula en los artículos insertos en él son fundamentalmente obligaciones del PSP, con algunas excepciones que tienen al usuario como sujeto. Aquellas son, a su vez, derechos del usuario, en la medida en que, si los PSPs no cumplen sus obligaciones cuando tengan carácter imperativo o porque las partes las han incorporado voluntariamente en el contrato, generaran la correspondiente responsabilidad. Responsabilidad contractual prevista expresamente en la ley especial. El régimen contenido en los arts. 45 y 46 RDLSP, así como en la sección 3.^a del capítulo III constituye la positivización de algunos de los efectos jurídico-privados del incumplimiento de este régimen común de autorización y ejecución de las operaciones de pago, junto con algunas otras disposiciones previstas en otros preceptos de este título.

La mayoría de obligaciones recogidas en el título III, cuyos antecedentes más lejanos los encontramos en la Recomendación 88/590/CEE

relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito del año 1992, podrían ser calificadas como operativas, porque se refieren precisamente a cómo deben prestarse los servicios de pago, a los requisitos que tiene que cumplir el proceso de pago: gastos, autorización, tratamiento de la orden, plazo de ejecución, etc. Junto a estas, se contienen también obligaciones en materia de protección de datos, de seguridad y de procedimientos de resolución alternativa de litigios. El hecho de que estos aspectos se contengan en el mismo título, a pesar de que podría parecer que no encajan del todo con el resto de disposiciones del mismo, no es baladí. Se trata también de derechos del usuario: el derecho a la protección de sus datos de carácter personal en la prestación de estos servicios, el derecho a la seguridad en la gestión de sus fondos, instrumentos y en el proceso de pago y el derecho a acudir a procedimientos alternativos de resolución de litigios con su proveedor. Esta estructura, que deriva de la propia norma europea desde la Primera Directiva de servicios de pago y, aunque más simplificada, incluso desde la Directiva de transferencias transfronterizas de 1997, es expresión de la *ratio legis* de este régimen especial: la tutela del usuario, no tanto en el sentido de protegerle de un perjuicio potencial —aunque algo de eso hay— sino en el de reequilibrar su posición en la relación contractual. Ello se pretende conseguir garantizando un conocimiento suficiente de los términos de la contratación (transparencia) para permitir la comparabilidad de servicios (a la vez que se fomenta la competencia) y la elección de los que mejor satisfagan sus necesidades, asegurando unos mínimos estándares de prestación en este título III RDLSP que, por un lado, aseguren que la dinámica del propio mercado no favorezca solo los intereses de los proveedores y, por el otro, armonicen las prácticas a nivel europeo en aras del mercado único. La Segunda Directiva de servicios de pago tiene diversas finalidades, pero de algún modo, se ha procurado conectarlas todas y el resultado es positivo, aunque mejorable. Y si el mercado aún no está preparado para una armonización completa— mediante Reglamento, como se espera en el futuro próximo—, es tarea del legislador nacional llegar hasta donde no ha llegado la norma europea, por las limitaciones inherentes a su propia naturaleza.

Lo contenido en el título III RDLSP es una suerte de *lex artis* para los proveedores de servicios de pago, concretada con gran detalle. Con carácter general, el contrato de servicios de pago implica el nacimiento una obligación de resultado¹ para el proveedor, si bien el régimen concreto de prestación regulado en el RDLSP impone una serie de obligaciones que podríamos denominar intermedias, que son de medios. Como se verá en el capítulo dedicado a la responsabilidad,

¹ SANTORO, V., «Considerazioni conclusive» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition... op. cit.*, pp. 217-224 (p. 220).

no basta con ingresar, transferir o retirar los fondos en cuestión, esto es, alcanzar el resultado pretendido por una operación de pago, sino que hay que hacerlo siguiendo unas reglas concretas, que aunque no limitan los procesos técnicos que deben seguirse², marcan la pauta sobre el cómo ha de lograrse dicho resultado. Una operación de pago solo se ejecuta correctamente si se cumplen todas esas obligaciones intermedias exigidas al PSP.

Pero no debe desconocerse que no toda la prestación de servicios de pago implica la ejecución de operaciones de pago. Es en este punto donde la presencia del resto de capítulos del título III, aparte del dedicado propiamente a la ejecución, debe llamar especialmente la atención, así como la rúbrica del propio Título. Quiere decirse que para aquellos servicios que no consistan en la ejecución de órdenes de pago el régimen jurídico especial es menos detallado. Sería el caso, por ejemplo, de los servicios de emisión de instrumentos de pago o de adquisición de operaciones de pago, cuando se configuren de modo tal que no es el mismo proveedor quien ejecuta las operaciones y, muy en particular, del servicio de información sobre cuentas. Como se ha visto en sede de transparencia, el servicio de iniciación de pagos se asimila a la ejecución de una operación de pago singular y como tal, también a este servicio se refieren las obligaciones sobre ejecución, en la medida en que sean aplicables. Más allá de algún artículo dedicado en exclusiva a este servicio, a los instrumentos de pago o a los adeudos domiciliados, todas las demás previsiones deben entenderse aplicables a todos los contratos de servicios de pago, es decir, a estos contratos como categoría, pues no se distingue entre unos u otros contratos individualizados³. Ello no obsta a la innegable constatación de que el régimen legal está diseñado fundamentalmente, desde la perspectiva del usuario que actúa como ordenante y su proveedor y, en particular, pensando, sobre todo —aunque no exclusivamente—, en el contrato de cuenta de pago.

Para finalizar esta introducción, resta exponer el ámbito de aplicación y el alcance de las reglas contenidas en este título III RDLSP. Tienen carácter imperativo en todo caso cuando el usuario sea un consumidor o microempresa. Mayor novedad presenta el hecho de que cuando no estemos ante un consumidor, solo algunas disposiciones tienen carácter dispositivo y el resto serán igualmente imperativas. De modo que puede distinguirse ya un amplio núcleo de obligaciones estructurales en la prestación de servicios de pago que en ningún caso

² Para eso hay otras normas que interactúan con el RDLSP, como el Reglamento SEPA, el Reglamento de pagos transfronterizos en euros o el Reglamento de tasas de intercambio.

³ Sobre la no distinción se lamentaba al hilo de la LSP LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 565. También se refiere a ella, PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, pp. 76-77, poniendo en valor que la LSP supuso «abandonar la perspectiva individualizada y de régimen escaso a favor de una disciplina unitaria que fuera aplicable a los aspectos fundamentales de su utilización».

pueden ser eludidas, y otro conjunto de obligaciones configuradas como de especial protección que, por tanto, son disponibles cuando el usuario no merezca dicho tratamiento tuitivo, lo que se destacará debidamente en los apartados siguientes.

Por último, incluso cuando el usuario sea consumidor o microempresa, la ley permite la posibilidad de que las partes pacten un régimen aligerado para los instrumentos de pago de escasa cuantía, cuestión ya tratada a la que nos remitimos para evitar reiteraciones.

Así pues, lo expuesto en los apartados siguientes puede leerse en clave de derechos del usuario de servicios de pago, cuando se exponga el análisis sobre las obligaciones impuestas al proveedor. Y viceversa: las obligaciones del usuario de servicios de pago son reflejo del derecho del proveedor a no resultar responsable en determinadas situaciones⁴. Es decir, el cumplimiento o incumplimiento por parte del usuario de sus obligaciones delimitan el ámbito de responsabilidad del PSP.

II. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE PAGO (Y DERECHOS DEL USUARIO)

1. Gastos aplicables

Por si hubiera quedado alguna duda de que lo que se prevé en cuanto a gastos en el Título dedicado a la transparencia, el título III comienza con un capítulo dedicado a disposiciones comunes, cuyo único precepto con contenido sustantivo es el art. 35 RDLSP, titulado «gastos aplicables», donde se configura una obligación para el proveedor de servicios de pago, que, a su vez, supone el reconocimiento del correspondiente derecho para el usuario.

Salvo las excepciones a las que se ha hecho referencia, que deben acordarse en el contrato y tener un importe adecuado y acorde al coste efectivamente soportado, se prohíbe al PSP cobrar al usuario «por el cumplimiento de sus obligaciones de información o por las medidas correctivas o preventivas contempladas en este título». Llama la atención, como sucede también en la Directiva, que este precepto se refiera no solo a excepciones contempladas en el título en el que se inserta sino también a las del anterior. Sin perjuicio de que convendría respetar la sistemática de las normas, nunca está de más un recordatorio de qué no es susceptible de generar beneficio económico para el proveedor.

⁴ En palabras de TAPIA HERMIDA «los dos momentos sucesivos de las operaciones de pago que resultan relevantes a los efectos de imputar derechos, obligaciones y responsabilidades a las partes implicadas son los de su autorización y de su ejecución» (TAPIA HERMIDA, A. J., «La regulación de los servicios...», *op. cit.*, [versión digital]).

Esta obligación contenida en el art. 35.1 RDLSP es disponible cuando el usuario no sea consumidor o microempresa.

Es también en este artículo, en su apartado 2, donde se establece como norma vinculante la aplicación de la regla de gastos compartidos (*share – SHA*), lo que debe ponerse en relación con la prohibición para el PSP de detraer concepto alguno del importe de la operación, a la que luego se hará referencia. El apartado 3 prohíbe a los beneficiarios cobrar gastos al ordenante por la utilización de un instrumento de pago determinado, aunque sí se les permite ofrecer una reducción u otra ventaja (por ejemplo, obsequios o mejores promociones para futuras compras) que incentive la utilización de alguno en concreto (art. 35.4 RDLSP).

Al respecto, la Sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 2021, *Vodafone Kabel Deutschland*, C-484/20, ECLI:EU:C:2021:975, sentó el criterio de que la prohibición establecida en el art. 62.4 DSP2 se aplica a todas las operaciones iniciadas a partir de la entrada en vigor de la directiva el 13 de enero de 2018, con independencia de que el contrato subyacente se suscribiese conforme a la Primera Directiva de servicios de pago y de que, hasta dicho momento, se cobrasen gastos por la utilización de los citados instrumentos de pago⁵. Este precepto de la norma europea es el que prohíbe a los beneficiarios exigir el pago de gastos por la utilización de instrumentos de pago SEPA o sometidos al Reglamento de tasas de intercambio. En virtud de la opción concedida por el art. 64.5 DSP2, el legislador español decidió ampliar esta prohibición a cualquier instrumento de pago. Tal criterio jurisprudencial es plenamente aplicable también en el caso español, pues así lo dispone expresamente la propia disp. trans. 5.^a, cuando se refiere con carácter general a los contratos en vigor⁶. Nótese que, en su redacción original, la Ley de servicios de pago de 2009 sí permitía a los beneficiarios el cobro de gastos adicionales por la utilización de un instrumento de pago específico, estableciéndose la nulidad de toda cláusula del contrato marco de servicios de pago que impidiese a los beneficiarios hacer uso de tal facultad (art. 24.3 LSP); pero este régimen fue modificado en diciembre de 2018 para el periodo de *vacatio legis* de los títulos II y III del RDLSP, estableciéndose la prohibición de gastos adicionales que, después, entraría en vigor como el régimen definitivo establecido en la nueva norma de servicios de pago⁷.

⁵ FD 24-30.

⁶ Disposición transitoria quinta RDLSP: «Contratos en vigor. Los contratos que los proveedores de servicios de pago que operen en España tengan suscritos con su clientela, a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago a los que se refiere este real decreto-ley, seguirán siendo válidos una vez entre en vigor la misma, sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, de las disposiciones de carácter imperativo que resulten más favorables para los consumidores y microempresas».

⁷ El art. 24.3 LSP fue modificado por la disp. fin. 2.^a de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de

2. La obligación de autenticación reforzada y la autorización de la orden de pago

Desde que comenzara la progresiva electrificación de los pagos, su seguridad ha sido la principal preocupación; concretamente, cómo evitar el fraude ha ocupado una posición preminente entre las prioridades de todos los actores del mercado, incluyendo proveedores, usuarios y, por supuesto, legisladores⁸. Pero la expansión del comercio electrónico, la aparición de nuevos tipos de servicios en relación a la cadena de pago y la popularización de los servicios de pago en línea, incluso a través de dispositivos móviles, hicieron escalar exponencialmente el riesgo de fraude planteando a su vez grandes desafíos desde el punto de vista normativo⁹. Y de aquí surgieron las dos grandes medidas introducidas por la Segunda Directiva de servicios de pago¹⁰: la primera, la inclusión en su ámbito de aplicación de los servicios de información sobre cuentas y de iniciación de pagos; la segunda, que aquí nos ocupa, es la necesidad de autenticación reforzada de clientes, aplicable fundamentalmente —aunque no solo— a las operaciones de pago remotas¹¹ que se consideran generalmente sujetas a mayores riesgos¹².

Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Todo apunta a que, dado que finalmente la nueva norma de pagos se adoptó como Real Decreto-Ley, el Gobierno olvidó incluir un apartado en la disp. fin. 13.^a que estableciese la entrada en vigor inmediata del art. 35 RDLSP. Nótese que cuando se aprueba el RDLSP en noviembre de 2018, España llevaba ya 10 meses de retraso en la transposición de la Segunda Directiva de servicios de pago que debería haberse producido, a más tardar, el 13 de enero de 2018 (*vid.* art. 115.1 DSP2). Además, el art. 35.2 RDLSP tiene la particularidad de que los sujetos destinatarios no son los proveedores, sino los propios beneficiarios y que, en realidad, está regulado un aspecto que no forma parte estricta de la relación de servicios de pago.

⁸ *vid.* COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas», COM (86)754 final, 1987 y Recomendación 87/598/CEE. Sobre la creciente preocupación por la seguridad en el periodo inmediatamente anterior a la publicación de la Segunda Directiva de servicios de pago, véase también PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N., «Evolución de los servicios de pago: hacia el mercado único digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 39, 2015 (versión digital); sobre la importancia de la ciberseguridad en los pagos electrónicos, su conexión con la confianza de los consumidores y la construcción del mercado único *vid.* LEAL CORONADO, M., «La revolución de los medios de pago en el contexto de los nuevos modelos de contratación», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45, 2018 (versión digital).

⁹ Considerando 4 DSP2.

¹⁰ Además de las que aquí se citan, que son las que presentan mayor relevancia desde el punto de vista de la relación contractual entre el usuario y el PSPs, se incluyeron también obligaciones generales de seguridad y de notificación de incidentes, *vid.* arts. 95, 96 DSP2 y 66 y 67 RDLSP.

¹¹ Art. 3.27 RDLSP: «Operación remota de pago: operación de pago iniciada a través de internet o de un dispositivo que pueda utilizarse para la comunicación a distancia».

¹² MEZZACAPO, S., «PSD2, online and mobile payments: what transparency for the future of payments?» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 69-108.

Por autenticación se entienden dos procedimientos de seguridad diferentes. Por un lado, aquel mediante el cual el PSP comprueba la identidad del usuario, por el otro, el que permite verificar la validez de la utilización de un instrumento de pago concreto. Por lo general, esta autenticación se realiza mediante la utilización de credenciales de seguridad personalizadas, que no son sino elementos únicos y personalizados proporcionados al titular por su proveedor para permitirle llevar a cabo la autenticidad¹³. Así, la contraseña de entrada y la clave de firma al servicio en línea del proveedor, el PIN y el código de valor de verificación (CVV) de las tarjetas, las tarjetas de coordenadas, etc., son clásicos ejemplos de credenciales de seguridad personalizadas. La autenticación reforzada de clientes (abreviada como SCA por sus siglas en inglés —*strong customer authentication*—) no es ni más ni menos que lo que su propio nombre indica: el mismo proceso, pero con mayor seguridad porque se utilizan no uno sino varios elementos para asegurar la verificación, al menos, dos. Aunque la definición legal de autenticación reforzada de clientes contenida en el art. 3.5 RDLSP evidencia que no necesariamente esos elementos tienen que ser credenciales de seguridad personalizadas. Lo que se requiere es que puedan categorizarse como elementos que solo el usuario conozca —de conocimiento—, que solo él posea —de posesión— o que solo él sea —de inherencia—, y que aquellos utilizados en cada momento sean independientes entre sí, es decir, «que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás»¹⁴ y que pertenezcan a categorías diferentes¹⁵. La utilización de, al menos, dos factores debe generar un «código de autenticación» de un solo uso. Por ejemplo, un usuario puede utilizar su clave y un número recibido por SMS para acceder a su cuenta de pago en línea es este caso, los elementos personalizados son su clave y su número de teléfono, a través del cual recibe el mensaje con ese código de autenticación. Otros modelos de autenticación reforzada pueden no suponer que el usuario reciba dicho código, por ejemplo, cuando se utilizan aplicaciones de confirmación electrónica de operaciones¹⁶.

ZUNZUNEGUI ha llamado la atención sobre la incorrecta transposición de esta definición dado que, además de lo dicho, la autenticación reforzada debe ser «concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación» (art. 4.30 DSP2), pero en el RDLSP lo que se exige es que se proteja «la confidencialidad de los datos de

¹³ Art. 3 RDLSP, apartados 4 y 10.

¹⁴ En este sentido, el art. 9 RTS SCA-SCS, exige que los proveedores se aseguren de que el uso de los elementos de autenticación reforzada «esté sujeto a medidas que garanticen que, en términos de tecnología, algoritmos y parámetros, el quebrantamiento de uno de los elementos no compromete la fiabilidad de los demás».

¹⁵ AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EBA-Op-2018-04, 2018, p. 7.

¹⁶ Un ejemplo sería la ya eliminada aplicación CaixaBank Sign.

identificación», y acertadamente señala este autor que, como acaba de exponerse, no son lo mismo los datos de autenticación que los datos de identificación¹⁷. No obstante, en la práctica, una implementación segura de los procesos de autenticación debería proteger ambos tipos de datos, porque a lo que se refiere ese último inciso es precisamente al diseño e implementación de los procesos utilizados para llevar a cabo la autenticación reforzada, esto es, a la ciberseguridad de los canales utilizados por los PSP tanto para comunicarse con sus clientes (por ejemplo, el acceso a la web o la aplicación móvil), como para transmitir la autorización de las operaciones.

La aplicación de la autenticación reforzada de clientes es una de las obligaciones nucleares de todo proveedor de servicios de pago. Se establece en el art. 68 RDLSP, en sede de seguridad; aunque, a mi juicio, tendría quizás más sentido incorporarla en sede de consentimiento. Es cierto, sin embargo, que la estructura de la Segunda Directiva de servicios de pago, idéntica en el RDLSP, no aborda el otorgamiento del consentimiento de una manera individualizada sino circunscrito a la autorización de operaciones de pago que, a su vez, se entiende como una fase previa o inicial de la ejecución. El hecho de que la autenticación sea una obligación aplicable en más operaciones que solo en la de pago *stricto sensu* realmente hubiera hecho extraña su ubicación en sede de «autorización de las operaciones de pago», pero la importancia de esta obligación que podría calificarse de transversal aconsejaría sistematizarla de manera independiente, incardinada en el propio consentimiento del usuario, cuyas normas deberían positivizarse de manera ordenada, no solo en relación a la operación de pago como tal sino, de manera más general, a la prestación del servicio de que se trate¹⁸.

La autenticación reforzada ha de llevarse a cabo conforme a las normas técnicas del Reglamento Delegado de autenticación reforzada. Con carácter general se establece en esta norma de nivel 2 que los supuestos en que deberá ser aplicada son el acceso a la cuenta de pago en línea, las operaciones de pago electrónico y cuando el usuario «realice por un canal remoto cualquier acción que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos». La indeterminación señalada en último lugar traslada al proveedor la obligación de evaluar y decidir sobre de qué tipo de acciones entrañan un riesgo de fraude «u otros abusos» y es esta una de las razones por las que el nivel de seguridad ofrecido al usuario puede ser un elemento diferenciador de los competidores. En sentido estricto, el nivel de seguridad será más o menos homogéneo en

¹⁷ ZUNZUNEGUI, F., «Luces y sombras...», *op. cit.*, (versión digital).

¹⁸ El capítulo II del título III del RDLSP (idénticamente con la diferente numeración de la Segunda Directiva de servicios de pago) se titula «autorización de operaciones de pago», pero en él se regulan cuestiones dispares que no tienen que ver estrictamente con la autorización, *vid.* arts. 39 a 41, 48 y 49 RDLSP. Esta es también la razón por la que ha decidido abordarse en este trabajo con una sistemática diferente a la prevista en el Derecho positivo.

los casos obligatorios, pero en aquellos donde hay cierta discrecionalidad o respecto de las excepciones legales (art. 68.6 RDLSP en relación a los arts. 10 a 18 RTS SCA-SCS) que el PSP puede decidir no aplicar y utilizar también en esos supuestos la autenticación reforzada, ofrecen margen para diseñar el servicio de un modo u otro.

En relación a las operaciones de pago, se aplicará la autenticación reforzada a aquellas iniciadas por el ordenante —una transferencia— o a las iniciadas por este a través del beneficiario —por ejemplo, los pagos con tarjeta—, pero no será de aplicación a las operaciones iniciadas por el beneficiario —como los adeudos domiciliados—¹⁹.

Ahora bien, no hay que perder de vista que esta obligación sí es de las que supone un coste elevado para los proveedores que probablemente en algún momento será repercutido en el precio de los servicios que ofrece. Por ello, y en aras de la proporcionalidad, se establecen importantes excepciones a esta obligación²⁰ supeditadas al registro trimestral de las operaciones²¹ y, algunas de ellas, también a que el PSP disponga de mecanismos de supervisión de las operaciones que le permitan detectar actividad sospechosa a través del análisis de las operaciones de pago de sus usuarios y el uso de sus credenciales de se-

¹⁹ AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 2017, p. 7.

²⁰ «Las medidas de seguridad han de ser compatibles con el nivel de riesgo que entraña el servicio de pago [...] Para permitir el desarrollo de medios de pago accesibles y de fácil uso para pagos de bajo riesgo (por ejemplo, los pagos de escasa cuantía y los pagos sin contacto en el punto de venta, basados o no en un teléfono móvil), en las normas técnicas de regulación se deberían especificar exenciones de la aplicación de los requisitos de seguridad» (considerando 96 DSP2). *vid.* ALVARADO HERRERA, L., «Autenticación reforzada de cliente y responsabilidad en la segunda directiva de servicios de pago», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 5, 2023, pp. 87 y ss.

²¹ «Con el fin de hacer uso de las exenciones establecidas en los artículos 10 a 18, los proveedores de servicios de pago registrarán y supervisarán los siguientes datos para cada tipo de operaciones de pago, desglosando las operaciones remotas y no remotas de pago y con una frecuencia al menos trimestral:

el valor total de las operaciones de pago no autorizadas o fraudulentas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64, apartado 2, de la Directiva (UE) 2015/2366, el valor total de todas las operaciones de pago y el índice de fraude resultante, incluido un desglose de las operaciones de pago iniciadas por medio de una autenticación reforzada de clientes y las iniciadas al amparo de cada una de las exenciones;

el valor medio de las operaciones, incluido un desglose de las operaciones de pago iniciadas por medio de una autenticación reforzada de clientes y las iniciadas al amparo de cada una de las exenciones;

el número de operaciones de pago en que se ha aplicado cada una de las exenciones y su porcentaje con respecto al número total de operaciones de pago.

2. Los proveedores de servicios de pago pondrán los resultados de la supervisión realizada de conformidad con el apartado 1 a disposición de las autoridades competentes y de la ABE, a petición de estas y previa notificación a la autoridad o autoridades competentes pertinentes» (art. 21 RTS SCA-SCS).

guridad²². Es decir, el proveedor está legalmente obligado a monitorear o supervisar el comportamiento de pago de sus usuarios para ser capaz de prevenir y revertir casos de fraude y de operaciones no autorizadas. Hay, además, otra razón por la que esta cuestión resulta especialmente relevante y es que no aplicar la autenticación reforzada cuando sea obligatorio traslada al proveedor todo el riesgo de la operación, liberando de responsabilidad al usuario en caso de operación no autorizada, como se verá en su momento.

Siempre y cuando el PSP monitoree el comportamiento de pago de sus clientes, no estará obligado a utilizar la autenticación reforzada cuando el usuario solo pretenda acceder a determinada información de una o varias cuentas de pago en línea, concretamente, al saldo disponible o a los movimientos de los últimos 90 días, salvo que sea el primer acceso o hayan transcurrido más de 90 días desde el último. Tampoco se requiere para los pagos sin contacto en el punto de venta si, cumulativamente el importe de la operación es como máximo de 50 €, el importe acumulado de las operaciones iniciadas sin contacto desde la última aplicación de la autenticación reforzada no exceda de 150 € y no se han hecho más de cinco operaciones iniciadas sin contacto desde la última vez que se aplicó este tipo de autenticación. Asimismo, será potestativa cuando se trate traspasos, o de pagos en una terminal no atendida con el fin de abonar una tarifa de transporte o de aparcamiento²³.

Se exceptúan también de la obligación de aplicar la autenticación reforzada, esta vez sin condiciones aparte del registro de la operación, aquellas realizadas a beneficiarios de confianza y las operaciones frecuentes —o recurrentes— posteriores a la primera de la serie (la creación de una serie de operaciones frecuentes con carácter permanente, su modificación y la primera ejecución sí deben autenticarse reforzadamente). Igualmente, las operaciones remotas de escasa cuantía, es decir, inferior a 30 €, siempre que el importe acumulado de las operaciones remotas de pago electrónico previas desde la última aplicación de la autenticación reforzada no exceda de 100 € o, alternatively, el número de operaciones previas no exceda de cinco consecutivas. Finalmente, también puede evitarse la aplicación de la autenticación

²² De acuerdo con el art. 2 RTS SCA-SCS, dichos mecanismos deben tener en cuenta «factores basados en el riesgo», al menos: listas de elementos de autenticación comprometidos o sustraídos; el importe de cada operación de pago; supuestos de fraude conocidos en la prestación de servicios de pago; señales de infecciones por programas informáticos maliciosos en cualquier sesión del procedimiento de autenticación; en caso de que el dispositivo o el programa informático de acceso sea facilitado por el proveedor de servicios de pago, un registro de la utilización del dispositivo o el programa informático de acceso facilitado al usuario de los servicios de pago y de su uso anormal.

²³ Serían ejemplos, los pagos realizados en un parquímetro o en un peaje automatizado.

reforzada cuando el usuario sea una persona jurídica que utilice procesos y protocolos de pago corporativo seguro²⁴.

La última exclusión posible se basa, precisamente, en los datos recabados en la supervisión del comportamiento de pago de los clientes que deben permitir calcular los índices de fraude conforme al art. 19 RTS SCA-SCS, en cuyo caso, se permite al PSP no aplicar la autenticación reforzada a aquellas operaciones cuyo nivel de riesgo se haya calificado como bajo, conforme a las condiciones de los arts. 18 y 20 RTS SCA-SCS²⁵.

En la práctica, la implementación de la autenticación reforzada de clientes ha sido una de las cuestiones más complejas derivadas de la revisión del marco jurídico europeo de los servicios de pago. Tanto es así que la aplicación del reglamento delegado se retrasó más de un año para permitir a los proveedores la puesta a punto de sus procesos²⁶ y, aún a día de hoy, es una de las materias sobre las que más preguntas se presentan a la Autoridad Bancaria Europea a través de su servicio «*Single Rulebook Q&A*»²⁷. Solo va abordarse aquí una de todas las cuestiones abiertas que plantea esta medida de seguridad, que es la relativa a las aplicaciones móviles de *wallet* o tokenización de instrumentos de pago, que se trae a

²⁴ «Los proveedores de servicios de pago tendrán la posibilidad de no aplicar la autenticación reforzada de clientes para personas jurídicas que inicien operaciones de pago electrónico mediante el uso de procesos o protocolos de pago que solo estén disponibles para los ordenantes que no sean consumidores, cuando las autoridades competentes estén convencidas de que dichos procesos o protocolos garantizan unos niveles de seguridad al menos equivalentes a los previstos por la Directiva (UE) 2015/2366» (art. 17 RTS SCA-SCS).

²⁵ De acuerdo con el art. 18 RTS SCA-SCS para que el nivel de riesgo de una operación de pago se considere bajo el índice de fraude para ese tipo de operaciones (calculado con arreglo al art. 19) debe ser equivalente o inferior al índice de fraude de referencia especificado del anexo del Reglamento para los «pagos remotos electrónicos con tarjeta» y las «transferencias de créditos remotos electrónicas»; el importe de la operación no puede superar el valor umbral de exención por tipo de operación (de acuerdo con dicho anexo) y es preciso que el proveedor no hayan detectado, como consecuencia de la realización de un análisis del riesgo en tiempo real, gastos o pautas de comportamiento anormales en el ordenante, información inusual sobre el dispositivo o programa informático de acceso del ordenante, infecciones por programas informáticos maliciosos en cualquier sesión del procedimiento de autenticación, supuestos conocidos de fraude en la prestación de servicios de pago, una ubicación anormal del ordenante o una ubicación de alto riesgo del beneficiario. Por su parte, el art. 20 RTS SCA-SCS determina que las exenciones basadas en el análisis del riesgo de la operación deberán cesar cuando los índices de fraude calculados por los proveedores superen los índices de referencia.

²⁶ AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce card-based payment transactions*, EBA-Op-2019-11, 2019. Incluso la elaboración del Reglamento Delegado fue tortuosa, sucediéndose varias comunicaciones públicas entre la ABE y la Comisión Europea con opiniones dispares (vid. SANTAMARÍA, J., «La segunda Directiva de Servicios de Pago y sus impactos en el mercado» en *Nota Técnica*, núm 31, Instituto de Estudios Financieros, 2018, p. 5).

²⁷ Desde 2018, cuando se puso en marcha este servicio, se habían presentado 167 preguntas sobre autenticación reforzada y estándares seguros de comunicación. Algunas de las preguntas y respuestas anteriores en materia de servicios de pago se recogen en COMISIÓN EUROPEA, *Your questions on PSD, Payment Services Directive 2007/64/EC Questions and answers*, 2011.

colación por su relevancia práctica, dada la creciente adopción de esta solución de pago, y por su conexión con la propuesta de evaluar la conveniencia de extender la aplicación del régimen de servicios de pago a algunos proveedores de servicios tecnológicos.

La ABE, en respuesta a diversas preguntas planteadas por los operadores, ha ido definiendo un criterio de interpretación de la normativa para el caso de utilización por el usuario de estas aplicaciones de tokenización de instrumentos de pago. En primer lugar, registrar una tarjeta o cualquier otro instrumento en estas aplicaciones supone crear una versión digitalizada del instrumento o, si se prefiere, un token del mismo, que es una acción realizada por un canal remoto que puede «entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos». Por tanto, es una operación sujeta a la obligación de aplicar autenticación reforzada que, además, permitirá al proveedor vincular al instrumento original y al usuario con el instrumento tokenizado²⁸. Lo mismo sucede cuando se emite un nuevo token asociado a un instrumento que sustituye otro previamente registrado²⁹. También el inicio de operaciones con la versión digitalizada de la tarjeta requiere la aplicación de la autenticación reforzada de clientes, salvo que sean aplicables algunas de las excepciones expuestas *supra*³⁰. Y pese a que el dispositivo en el que se encuentre el programa que almacena los instrumentos de pago digitalizados cuente con medidas de seguridad como controles biométricos, esos elementos o mecanismos de seguridad no pueden considerarse parte del proceso de autenticación reforzada porque no los controla el PSP³¹. Lo que sí se permite, de acuerdo con las reglas generales aplicables a la externalización, es que los PSPs subcontraten la gestión de los procesos de autenticación reforzada con los proveedores de servicios de *wallet*, o con cualquier otro tercero, pero ello no supondrá el traslado del riesgo a ese otro proveedor, y el PSP seguirá siendo responsable frente al usuario del cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación de servicios de pago³², lo que es por otra parte la solución aplicable respecto a los servicios bancarios y de inversión.

Que el usuario actúe a través de proveedores de servicios de pago terceros no exime de la obligación de aplicar la autenticación reforzada y, de hecho, el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta está obligado a permitir a estos proveedores terceros utilizar los procedimientos de autenticación facilitados al usuario.

De lo expuesto en este apartado se desprende pues que las primeras obligaciones del PSP consistirán en proporcionar al usuario las

²⁸ Q&A 2020_5622 y Q&A 2021_6141.

²⁹ Q&A 2022_6464.

³⁰ Q&A 2020_5622.

³¹ Q&A 2021_6145.

³² Q&A 2018_4047.

correspondientes credenciales de seguridad personalizadas para que pueda operar de forma remota, y en tener disponibles los medios y procedimientos adecuados para proceder a su autenticación, sencilla o reforzada según los casos.

3. Iniciación de la operación de pago y acceso a la cuenta de pago en sentido amplio

Para que una operación de pago se ejecute, el primer paso necesario es que la orden de pago llegue al proveedor de servicios de pago. Aunque ni el RDLSP, ni la Segunda Directiva de servicios de pago definen qué hay que entender por iniciación de la operación de pago, de la función que la legislación reserva al PSIP debe concluirse que se trata de la transmisión de la orden de pago autorizada. El art. 36 RDLSP determina que una orden de pago se considera autorizada cuando el usuario haya consentido su ejecución y, acto seguido, especifica —cosa que no hacía la legislación anterior de forma explícita— que el consentimiento no solo puede darlo directamente el ordenante, sino que puede ser transmitido también «por conducto» del beneficiario³³ o del proveedor de servicios de iniciación de pagos. La operación podrá considerarse iniciada cuando dicha orden de pago sea recibida por el proveedor de servicios de pago —en su caso, gestor de cuenta—, instante que jurídicamente suele coincidir con la recepción «física» de la orden, pero que también puede ser pospuesto en el tiempo —independientemente de quién transmita la orden, puede ser una transferencia planificada, un adeudo domiciliado o una orden transmitida por un PSIP—, en cuyo caso no se considerará recibida hasta el momento acordado entre las partes o, si el día previsto es inhábil, el día hábil siguiente (art. 50 RDLSP)³⁴.

La siguiente obligación del PSP es aceptar la orden de pago si esta cumple con los términos pactados en el contrato y, en caso contrario, notificar al usuario el rechazo de la orden «lo antes posible» y a más tardar en plazo de un día hábil, su motivación y el procedimiento para rectificar los posibles errores de hecho de que adolezca la orden (art. 51 RDLSP).

³³ Esto incluye los casos en que la orden se transmite directamente por el propio beneficiario (adeudos domiciliados) y aquellas en las que la transmite el ordenante a través del beneficiario (generalmente, con instrumento de pago a través de TPV física o virtual).

³⁴ Art. 3.13 RDLSP: «Día hábil: día de apertura comercial, a los efectos necesarios para la ejecución de una operación de pago, de los proveedores de servicios de pago del ordenante o del beneficiario que intervienen en la ejecución de la operación de pago. En el caso de cuentas de pago contratadas telemáticamente, se seguirá el calendario correspondiente a la plaza en la que esté ubicada la sede social del proveedor de servicios de pago con el que se hubieren contratado».

Otra posibilidad es que una orden de pago sea aceptable pero su momento de recepción se haya pospuesto voluntariamente por las partes. En esos casos, no opera la regla general de la irrevocabilidad de la orden de pago, porque se concede al usuario la posibilidad de revocarla hasta el final del día hábil anterior a la fecha pactada de recepción y comienzo de ejecución (art. 52 RDLSP), de modo que surgiría el deber para el proveedor de cancelar la ejecución de una orden de pago recibida y aceptada que haya sido válidamente revocada por el usuario.

Cuando el usuario no tenga la condición de consumidor o de microempresa se permite el establecimiento unas reglas diferentes a las previstas en los arts. 36.3 y 52 RDLSP tanto sobre la retirada del consentimiento como sobre la revocabilidad de la orden de pago (por disposición del art. 34.1 RDLSP). En realidad, que la regla general sea la irrevocabilidad guarda más relación con el funcionamiento de los sistemas de pago, en los que la retrocesión de las operaciones raramente está automatizada y suele suponer un perjuicio a nivel operativo, que con la relación contractual entre el PSP y el usuario. De modo que, incluso cuando el usuario sea consumidor o microempresa, no es del todo descartable que en el contrato marco se alteren estas condiciones, aunque en este caso siempre en favor del usuario, como medida comercial por parte del proveedor que, en su caso, deberá concluir los acuerdos precisos a nivel de sistema de pago o fuera de ellos con otros PSPs para no perturbar el funcionamiento de aquellos, o bien ofrecer la posibilidad de revocación solo en operaciones a cuentas que él mismo gestione.

No obstante, en ocasiones esta medida de la irrevocabilidad podría tener una función más general y trascendente que parece no haber sido inicialmente prevista por el legislador, quien plantea el funcionamiento de las operaciones de pago «con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre el ordenante y el beneficiario». Se trata, precisamente, del momento de cumplimiento de dicha obligación. Que en el tráfico esté generalmente aceptado el resguardo de una operación de pago como prueba del cumplimiento tiene mucho que ver con la irrevocabilidad de la orden de pago. Sin embargo, esta conveniente —pero hasta cierto punto forzada— independencia de la relación de servicios de pago con las subyacentes impide poder establecer positivamente esta presunción, aunque *de facto* sí opere como una *iuris tantum*.

Respecto del supuesto en el que servicio prestado consiste en la ejecución de una operación que se basa en una cuenta de pago, en este mismo proceso de recepción, aceptación e iniciación pueden surgir, además, otras obligaciones para el proveedor. Y es en este momento cuando cobra importancia el régimen de acceso a la cuenta de pago del usuario. La prestación de determinados servicios de pago regulados requiere que un PSP acceda a los datos de una cuenta de pago titularidad

de su usuario, mantenida por otro proveedor al que se hace referencia como proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (PSPGC). Tanto en relación a los proveedores que emiten instrumentos de pago basados en tarjeta como a los de iniciación de pagos o de información sobre cuentas, el PSPGC está obligado a facilitar su acceso en diferente medida, según el servicio en cuestión, siempre que la cuenta sea accesible en línea —lo que, a día de hoy, en España, es prácticamente siempre—. Debe confirmar de forma inmediata la disponibilidad de los fondos, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 37 RDLSP, cuando un PSP emisor de instrumentos basados en tarjeta así lo solicite. En relación a los TPPs debe permitirles acceder a la cuenta designada por el usuario, pues la propia norma configura expresamente como un derecho del usuario la utilización de estos servicios terceros (arts. 38.1 y 7 RDLSP).

En cuanto a la solicitud de disponibilidad de los fondos hecha por un PSP emisor de tarjetas, esta debe venir avalada por el consentimiento explícito del usuario transmitido al proveedor de servicios de pago gestor de cuenta antes de la primera solicitud de confirmación. La respuesta debe limitarse a un «sí» o a un «no», sin facilitar más datos en relación a la cuenta de pago del ordenante y sin bloquear los fondos correspondientes. El PSP emisor tiene obligación de recabar el consentimiento explícito del usuario —se entiende, en el propio contrato de emisión—, identificarse ante el PSPGC, solicitar confirmación solo a efectos de la operación concreta cada vez y por el importe determinado y limitar el uso de los datos a la ejecución de la parte de la operación que le corresponde, sin estar habilitado para usarlos con finalidades diferentes.

La cuestión del acceso de los TPPs a las cuentas de los usuarios abiertas en otro proveedor de servicios de pago gestor de cuenta es quizás de las que más ha llamado la atención desde el proceso de elaboración de la Segunda Directiva de servicios de pago. Por su novedad, pero sobre todo por el impacto que tiene en la competencia en el mercado. Es la gran medida para «nivelar el campo de juego» —como se podría traducir literalmente la manida expresión europea—, es decir, para establecer cierta igualdad de condiciones entre proveedores. Con la singularidad de que, a pesar de tratarse de servicios de pago regulados, la particularidad de cada uno de esos servicios implica diferencias operativas importantes entre modelos de negocio, operativas que complican la consecución de esa libre competencia que en otros sectores puede ser más fácil de conseguir cuando la identidad entre productos o servicios es mayor.

Dentro del sector de los pagos, a menudo los servicios se interconectan, cada uno añade un determinado valor añadido a la cadena, no teniendo sentido sin la preexistencia de otro servicio diferente. Como

denominador común de muchos de ellos está, por supuesto, la cuenta de pago, sin la cual —salvo algunas excepciones—, la ejecución de la operación de pago en los términos del art. 1.2.c) RDLSP no tiene sentido³⁵. Asimismo, la mayoría de contratos de instrumento de pago están vinculados a una cuenta. Y ahora, los servicios de iniciación y de información sobre cuentas, también.

Lo más llamativo de esta cuestión es que el mercado evolucionó hacia la aparición de nuevos operadores, con modelos de negocio radicalmente diferentes a los de los operadores preexistentes que, dicho sea de paso, a menudo estaban encasillados. Simplificándolo mucho, pero como visión representativa del mercado, podría decirse que durante años hubo tres tipos de entidades que, en mayor o menor medida, tenían *de facto* funciones diferenciadas para los usuarios. Las entidades de crédito eran la opción clásica, tu proveedor «para todo», percibido como seguro, serio, fiable. Las entidades de dinero electrónico, que a pesar de nacer como un subtipo de entidades de crédito pronto demostraron no tener más que ver con estas que cualquier otra entidad financiera; de ahí la escisión de su régimen jurídico. Eran la alternativa para internet, y después también para viajar (por ejemplo, *PayPal* y *Revolut* nacieron como entidades de dinero electrónico, aunque ahora ambas son entidades de crédito). Servicios más limitados pero que con rapidez fueron evolucionando hasta lograr ofrecer comodidad, facilidad y precios mucho más competitivos para el concreto nicho de mercado que pretendían cubrir. Y a todo ello se suman las entidades de pago, reconocidas desde 2007 a nivel europeo, que tradicionalmente han centrado sus modelos de negocio en los envíos de dinero, en el sentido más clásico del servicio, las remesas.

Por supuesto, desde hace años contamos —y cada vez más— con otros operadores que prestan servicios estrechamente relacionados a los de pago: los establecimientos financieros de crédito, las entidades de cambio de divisa y, más recientemente, algunos proveedores de servicios de criptoactivos. Pero de momento, aunque quizá por poco tiempo, puede aún trazarse una línea diferenciadora entre el papel que estas entidades desempeñan en el mercado, y el resto de entidades financieras. Si acaso los establecimientos financieros de crédito estarían colindando, —por supuesto cuando se trate de entidades híbridas—, pero en este ámbito su actividad se centra hoy por hoy en los préstamos rápidos y al consumo, siendo los servicios de pago una prestación accesoria a estos³⁶.

³⁵ Recuérdese que el art. 1.2.c) RDLSP se refiere a la ejecución de operaciones de pago a través de transferencia, adeudo domiciliado y tarjeta.

³⁶ A salvo de esta generalización, las financieras de las grandes superficies y grandes distribuidores cuya actividad principal aúna indisolublemente la concesión de crédito y la prestación de servicios de pago, especialmente a través de la emisión de instrumentos de pago y crédito.

Dentro del sector de los servicios de pago en sentido estricto, comenzaron a aparecer, como se decía, nuevos operadores enfocados a momentos específicos de la cadena de pago o, mejor, de la propia relación contractual del servicio de pago, que pretendieron llenar un vacío existente en el mercado. Son los proveedores de servicios de información sobre cuentas y los de iniciación de pagos, que llegan para cubrir una necesidad que quizás en un momento inicial solo algunos usuarios tenían —especialmente allí donde las tarjetas son más caras, para el caso del servicio de iniciación, y donde los usuarios disponen de más cuentas en diversos proveedores, para los de información—, pero que una vez que se extienden aportan un valor añadido, porque ofrecen nuevos servicios a un coste muy reducido —en ocasiones, ni siquiera monetario— y que, además, permite a los usuarios una alternativa rápida y fácil de usar³⁷ para procesos que, de otro modo, presentaban algunos inconvenientes. Y de nuevo ahora, en la siguiente etapa de evolución del mercado, esto es exactamente lo que está pasando con las *BigTech* que desarrollan aplicaciones de digitalización de instrumentos de pago³⁸.

Y esto sucede al mismo tiempo que se están difuminando las fronteras otrora claras entre las funciones que cubrían los servicios prestados por los operadores tradicionales y las de los nuevos operadores, siguiendo la estela del comercio electrónico, la movilidad personal de la ciudadanía y la usabilidad de internet. Como proceso paralelo y estrechamente relacionado con éste, la información y los datos personales y no personales, desempeñan cada vez un papel más relevante como motor económico de la actividad de las entidades financieras. Y los nuevos servicios de iniciación y de información apuntan directamente a la información financiera y de consumo de los usuarios.

Deviene entonces imprescindible la previsión de un régimen especial de acceso de estos nuevos proveedores a las cuentas de los usuarios porque, obviamente, los operadores asentados —fundamentalmente entidades de crédito— no iban a ceder voluntariamente uno de sus activos de mayor valor³⁹ a nivel minorista. Por lo que, aunque no es el objeto de estudio principal de este trabajo, este régimen no se concibe solo como la articulación de un derecho del usuario a utilizar estos nuevos

³⁷ ZUNZUNEGUI, F., «La digitalización...», *op. cit.*, p. 6.

³⁸ Y que además cuentan con significativas ventajas competitivas: economías de escala, su enorme base de clientes, la ingente cantidad de valiosa información sobre las preferencias, hábitos y comportamientos de los consumidores, y la posibilidad de controlar las experiencias de compra de muchos de ellos... (*vid.* a este respecto VIVES, X., «La banca frente a la disrupción digital» en *Papeles de economía española*, núm. 162, 2019, pp. 2-13 [p. 6] y POZZOLO, A. F., «PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers» en *op. cit.*, pp. 39-42).

³⁹ ZUNZUNEGUI, F., «La digitalización...», *op. cit.*, p. 3 y ALONSO LEDESMA, C., «La desintermediación...», *op. cit.*, p. 498.

servicios, sino como una medida de eliminación de obstáculos a la libre competencia⁴⁰. Y para comprender y valorar el régimen de acceso debe tenerse en cuenta que implica la forzada colaboración de competidores en el mercado, sin necesidad de un vínculo jurídico contractual *ex arts. 7 y 38.5 RDLSP*. Colaboración que no necesariamente deba ser entre un «pequeño» proveedor tercero fintech y una entidad de crédito, pues cada vez es más habitual que grandes compañías, especialmente las propias entidades de crédito, ofrezcan estos servicios, sobre todo, el de información sobre cuentas.

Respecto al régimen jurídico del acceso a las cuentas del usuario, como en tantos otros aspectos, el legislador español no ha hecho sino incorporar sin cambios sustanciales lo previsto en la Directiva que buscaba, fundamentalmente, atajar los problemas de seguridad que las prácticas comunes de estos prestadores estaban generando, al replicar al usuario para acceder a la información⁴¹, en una suerte de suplantación consentida que dificultaba a los gestores de cuenta la identificación de las amenazas reales.

Como punto en común, más allá de la accesibilidad en línea de la cuenta, ambos servicios tienen su prestación, generalmente, a través del uso de las credenciales de seguridad personalizadas del usuario, pues son la llave de entrada a su(s) cuenta(s) de pago, algo que sucede en cualquier caso con el consentimiento explícito del usuario. Por tanto, la utilización de estos servicios supone la cesión de unos datos que el usuario está obligado contractual y legalmente a proteger: tal cesión prevista en la norma, queda condicionada a la réplica para el proveedor tercero de la obligación de protección de las credenciales del usuario y el establecimiento de canales seguros de comunicación con este para su transmisión [*arts. 38.3.b) y 39.1.b)*]⁴² RDLSP]. La exigencia de consentimiento explícito no es tan vacua como pudiera parecer, pues excluye la posibilidad de otros intermediarios —salvo supuestos de externalización válida— entre el usuario y los proveedores de servicios de pago terceros.

En el caso de los servicios de iniciación, la relación directa entre el PSIP y el ordenante supone la clave entre la diferencia de un pago con tarjeta o instrumento similar y uno utilizando un servicio de iniciación.

⁴⁰ Lo cual se complementa, para el resto de servicios, con las previsiones de los arts. 8 y 9 RDLSP (al respecto, *vid.* BUESO GUILLÉN, P.-J., «Servicios de pago, sistemas de pago...», *op. cit.*, pp. 222 a 225).

⁴¹ CONESA, C.; GORJÓN, S. y RUBIO, G., «Un nuevo régimen...», *op. cit.*, pp. 91-92, autores que detallan el régimen previsto en el Reglamento Delegado.

⁴² En este artículo, igual que sucede en el art. 67.2.b) DSP2, hay un claro error de redacción dado que se refiere en último lugar a la obligación del propio PSIC de comunicarse consigo mismo a través de canales seguros y eficientes: «cuando las transmita [las credenciales del usuario] el proveedor de servicios de información sobre cuentas, la transmisión se realice a través de canales seguros y eficientes» (cursiva añadida).

El modelo «clásico» de este servicio supone que PSIP actúa por cuenta del beneficiario⁴³, pero a través de la relación jurídica directa que entabla con el usuario quien consiente expresa y directamente la actuación del iniciador, mientras que en un clásico pago por tarjeta, el adquirente del beneficiario no entabla relación jurídica directa con el usuario.

Elementos esenciales de este régimen, que afecta también a la responsabilidad potencial de los proveedores, son, por un lado, la obligación de los proveedores de servicios de pago terceros de identificarse ante el gestor de cuenta; por otro, la de este de establecer canales seguros de comunicación con estos proveedores⁴⁴.

Al proveedor de servicios de iniciación de pagos se le prohíbe entrar en posesión de los fondos de los usuarios, así como modificar el importe, el destinatario o cualquier otro elemento de la operación. Por la propia naturaleza del servicio que prestan, estas prohibiciones se consideran innecesarias en el caso de los proveedores de servicios de información sobre cuentas.

El resto de obligaciones previstas para los proveedores de servicios de pago terceros tienen que ver con la protección de los datos tanto de carácter personal como financiero. Al proveedor de servicios de iniciación de pagos se le prohíbe almacenar datos de pago sensibles del usuario⁴⁵ y solicitar al usuario datos distintos de los necesarios para prestar el servicio de iniciación del pago, lo que parece expresión del principio de protección de datos de minimización⁴⁶ [art. 38.3.f) RDLSP]. Por su parte, el PSIC está obligado acceder únicamente a la información de las cuentas de pago designadas por el usuario y las operaciones de pago correspondientes y a no solicitar datos de pago sensibles vinculados a las cuentas de pago [art. 39.1.d) y e) RDLSP]. El alcance de esta prohibición no está muy claro, teniendo en cuenta que las credenciales de seguridad son datos de pago sensibles y necesariamente el proveedor de servicios de información sobre cuentas debe acceder a ellas para prestar el servicio. Ha de interpretarse pues, que esta prohibición encuentra como límite la voluntad del usuario, por lo

⁴³ GIMIGLIANO, G., «Title III “Transparency of conditions...», *op. cit.*, p 119.

⁴⁴ Conforme a los arts. 30 a 35 Reg SCA SCS. La cuestión de las APIs genera no pocos problemas, al punto que la ABE constituyó un grupo de trabajo específico al respecto que periódicamente va emitiendo aclaraciones sobre la implementación de este régimen (*vid.* <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/eba-working-group-on-apis-under-psd2>).

⁴⁵ Art. 3.12 RDLSP: «Datos de pago sensibles: datos, incluidas las credenciales de seguridad personalizadas, que pueden ser utilizados para cometer un fraude. Por lo que respecta a las actividades de los proveedores de servicios de iniciación de pagos y los proveedores de servicios de información sobre cuentas, el nombre del titular de la cuenta y el número de la misma no constituyen datos de pago sensibles».

⁴⁶ El principio de minimización de datos, positivizado en el art. 5.1.c) RGPD, implica que solo pueden tratarse los datos de carácter personal adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

que lo que estará prohibido es solicitar al proveedor de servicios de pago gestor de cuenta datos sensibles de las cuentas que no hayan sido requeridos por el usuario o, en su caso, solicitar al usuario mismo más datos de pago sensibles de los estrictamente necesarios para la prestación del servicio. En este punto cobra sentido el que no se prohíba al proveedor de servicios de información sobre cuentas almacenar datos de pago sensibles, en tanto su servicio, prestado con carácter duradero al usuario, requiere almacenar, al menos, sus credenciales de seguridad como requisito *sine qua non* para la ejecución del contrato.

La última prohibición impuesta a los proveedores terceros es una expresión del principio de finalidad del tratamiento en materia de protección de datos⁴⁷, pero no está exenta de dudas. Se les prohíbe utilizar, almacenar o acceder a ningún dato para fines distintos de la prestación de sus respectivos servicios, solo que en el caso de los proveedores de servicios de información sobre cuentas [art. 39.2.f) RDLSP] se añade un último inciso que no se incluye en el art. 38.2.g) RDLSP: «de conformidad con las normas sobre protección de datos». El hecho de que no se incluya este matiz en el régimen de acceso en caso del servicio de iniciación pero sí en el de información sobre cuentas lleva a pensar que se trata de una prohibición absoluta⁴⁸, porque el RGPD sí permite el tratamiento de datos para finalidades diversas e incluso la reutilización de los datos originalmente recabados para una finalidad para otras ulteriores. Eso sí: cumpliendo con el régimen de protección de datos previsto para ello. Pero creemos que esta interpretación es incoherente y no necesariamente justa. Porque a ningún otro proveedor de servicios de pago se le prohíbe utilizar su actividad como medio para recabar datos aplicables a funciones distintas de la de prestación de su servicio, se insiste, cumpliendo escrupulosamente la legalidad vigente en materia de protección de datos. Estamos ante una traba desmesurada para los proveedores de servicios de iniciación de pagos que los coloca en clara desventaja competitiva. Y además es incoherente porque, si se plantea como una medida de protección del usuario, carece de sentido no imponerla también a los proveedores de servicios de información sobre

⁴⁷ El principio de finalidad del tratamiento o de limitación de la finalidad implica que los datos de carácter personal solo serán «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines» (art. 5.1.b) RGPD).

⁴⁸ Así lo interpretan MCINNES, S. y SAMPEDRO, L., EU: *The interplay of PSD2 and GDPR – some select issues*, 2019, p. 5. Aunque también es posible que la cuestión deba formularse a la inversa y la pregunta sea por qué en el art. 39 RDLSP sí se incluye, mientras que en el art. 38 RDLSP, no. De acuerdo con el art. 15 RDLSP, el art. 65 RDLSP dedicado a la protección de datos, no se aplica a las entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas (en exclusiva). Pero, aun así, esto no deja de plantear nuevas dificultades de aplicación homogénea: el art. 65 RDLSP solo ha transpuesto a medias el art. 94 DSP2 y, además, de acuerdo con el Comité Europeo de Protección de Datos, las reglas de estos preceptos en materia de protección de datos tienen naturaleza contractual en estrecha relación con la protección de los datos de carácter personal de los usuarios, pero no son reglas especiales.

cuentas que acceden a mucha más información que los proveedores de servicios de iniciación de pagos.

Por tanto, solo caben dos interpretaciones posibles: o se trata de un error del legislador que debe ser corregido aplicando el régimen general de protección de datos o, detrás de este régimen discriminatorio hay intereses no declarados que pondrían seriamente en cuestión la libre y leal competencia en el mercado de servicios de pago.

En otro orden de cosas, son claras las obligaciones del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta en relación a la utilización por parte del usuario de los servicios de pago complementarios⁴⁹. Además de garantizar una comunicación segura con los proveedores de servicios de pago terceros, los gestores de cuenta deben facilitar o poner a disposición del proveedor de servicios de iniciación de pagos toda la información sobre el inicio y ejecución de la operación de pago, en coherencia con el servicio de iniciación que, además de la fase aquí abordada, implica confirmar al beneficiario que la operación de pago se ha iniciado correctamente y que se cumplen los presupuestos para su ejecución (básicamente, la disponibilidad de los fondos). También tienen obligación de tratar las órdenes de pago transmitidas a través de los servicios de iniciación sin discriminación respecto de las transmitidas directamente por el ordenante (misma prioridad, plazos de ejecución, gastos aplicables, etc.), e igualmente las peticiones de datos transmitidas a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, salvo —en ambos casos— que concurran causas objetivas que lo justifiquen.

Ahora bien, se permite al proveedor de servicios de pago gestor de cuenta que deniegue el acceso a la cuenta de pago a los proveedores terceros «por razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas relacionadas con el acceso no autorizado o fraudulento a la cuenta de pago por parte del proveedor de servicios de pago que preste el servicio de información sobre cuentas o el proveedor de servicios de iniciación de pagos, en particular con la iniciación no autorizada o fraudulenta de una operación de pago» (art. 40.5 RDLSP), si bien entonces deberá informar al ordenante con anterioridad a la denegación, si es posible o, en caso contrario, inmediatamente después. Cuando cese la justificación, el gestor de cuenta deberá permitir el acceso a la cuenta de pago.

4. Ejecución y prueba de la operación de pago

La recepción y aceptación de la orden de pago autorizada y no revocada en los términos expuestos desencadena la obligación general de ejecución que, a su vez, se compone de otras más específicas.

⁴⁹ Art. 38.4 RDLSP.

En primer lugar, una que viene de antaño es la referida al deber todo proveedor de servicios de pago que intervenga en la ejecución de transferir la totalidad de su importe, absteniéndose de deducir gasto alguno de su cuantía (art. 53 RDLSP)⁵⁰. Solo para las operaciones en las que un proveedor actúe por cuenta de su usuario en calidad de beneficiario se permite el pacto de deducción de los propios gastos y comisiones. Ha de llamarse la atención sobre la obligación que se impone al PSP del ordenante de garantizar que el beneficiario recibe el importe total de la operación (art. 53.3 RDLSP), ya que supone un criterio de atribución de responsabilidad. Sin perjuicio de los eventuales derechos de repetición que procedan, es el PSP del ordenante el responsable de que a lo largo de toda la cadena de ejecución —exceptuando al beneficiario— no se detraiga suma alguna del importe movilizado. Por tanto, este precepto debe ser leído en conjunto con el régimen de responsabilidad por operaciones ejecutadas incorrectamente, como se verá en el capítulo siguiente.

Las otras tres obligaciones derivadas propiamente de la ejecución se refieren al plazo, a la determinación de la fecha de valor y a la puesta a disposición de los fondos (arts. 54 a 58 RDLSP). Estas reglas son aplicables con independencia de la condición del usuario y, por tanto, imperativas también, aunque no se trate de un consumidor o de una microempresa. En cambio, para alterar su ámbito de aplicación se tiene en cuenta la moneda en la que se denomine la operación de pago, lo que conecta este régimen directamente con la construcción de la unión económica y monetaria y con la consecución del mercado único de pagos en la UE.

Los supuestos en los que el régimen previsto legalmente es obligatorio son las operaciones de pago en euros y las operaciones de pago nacionales en la moneda de un Estado miembro que no forme parte de la zona del euro. Y además, aquellas a las que se refiere el art. 54.1.c) RDLSP⁵¹ separadamente y de forma un tanto confusa, que son una especie de híbrido de las anteriores. Por un lado, las operaciones transfronterizas en euros que, tras su movilización completa, se convierten a la moneda de un Estado miembro que no forme parte de la zona euro y, por otro, las operaciones de pago domésticas denominadas bien en euros, bien en la moneda distinta de un Estado miembro, que impliquen la conversión de moneda a la otra correspondiente.

⁵⁰ Antes de la armonización de la legislación de servicios de pago, había sido un problema común que los proveedores descontasen del importe de la operación los correspondientes gastos y comisiones aplicables a su usuario, de modo que el beneficiario recibía un pago incompleto.

⁵¹ El art. 54.1.c) sujeta a las reglas del RDLSP aquellas «operaciones de pago que solo impliquen una conversión de moneda entre el euro y la moneda de un Estado miembro que no forme parte de la zona del euro, siempre que la correspondiente conversión se lleve a cabo en el Estado miembro que no forme parte de la zona del euro y, en el caso de operaciones de pago transfronterizas, la transferencia transfronteriza se realice en euros».

Cuando no se trate de una de estas operaciones, las reglas de esta sección admiten pacto en contrario, a falta del cual se aplicarán supletoriamente. En estos casos solo es obligatorio respetar el régimen de la fecha de valor y puesta a disposición de los fondos. Ello implica que la fecha de valor del abono en la cuenta del beneficiario se corresponderá con el día en que el importe entró en posesión de su proveedor de servicios de pago, y que los fondos estén disponibles para el beneficiario inmediatamente después de su abono contable (art. 58 RDLSP). La obligación de disponibilidad inmediata se exceptúa cuando el proveedor del beneficiario deba proceder a la conversión de la moneda de la operación, siempre que no se trate de una conversión entre el euro y la divisa de un Estado miembro o entre las divisas de dos Estados miembros, en cuyo caso sigue siendo obligatoria. Por lo demás, las partes podrán pactar un régimen distinto al previsto legalmente, con la única limitación de que el plazo de ejecución no puede exceder de cuatro días hábiles si se trata de una operación de pago transfronteriza dentro de la UE (art. 54.2 *in fine* RDLSP).

Con carácter general, el plazo de ejecución de una operación de pago basada en cuenta es el de un día hábil⁵²; para ser exactos, el importe correspondiente debe abonarse en la cuenta del proveedor del beneficiario, a más tardar, al final del día siguiente hábil a la recepción de la orden de pago. Ello es así consideración aparte de los posibles acuerdos de horas límite de recepción de órdenes de pago *ex art. 50.1.II RDLSP*.

Pero este plazo puede alargarse cuando la orden de pago se inicie en papel, en cuyo caso el plazo de ejecución podrá ser de dos días hábiles —aunque a mi juicio, hoy en día, es difícilmente justificable que operativamente sea necesario más tiempo para ejecutar la orden—. En el art. 55.3 RDLSP se establece la regla de que el hecho de que la operación de pago se inicie por el beneficiario o a través de él no implica un mayor plazo de ejecución, sino que es obligación —en fase de iniciación— del proveedor de servicios de pago transmitirla de acuerdo a los plazos convenidos con el beneficiario para permitir la ejecución del pago en la fecha pactada.

⁵² El art. 86 DSP2 permitía a los Estados miembros establecer plazos máximos de ejecución de operaciones de pago nacionales inferiores a los indicados en los arts. 82 a 84 DSP2, transpuestos en los arts. 55 a 58 RDLSP, pero el legislador español no ha hecho uso de esta opción, a diferencia de otros legisladores nacionales. Por ejemplo, en Croacia las operaciones nacionales ejecutadas por proveedores de servicios de pago que pueden participar en los sistemas de pago de importancia sistémica (es decir, entidades de crédito y bancos centrales) deben ejecutarse el mismo día hábil en el que la orden de pago es recibida. Es decir, el proveedor de servicios de pago del ordenante debe acreditar los fondos en la cuenta de pago del proveedor del beneficiario el mismo día de recepción de la orden de pago [art. 54(3) *Zakon o platnom prometu* – Ley de los sistemas de pago 2018], *vid.* PARAĆ VUKOMANOVIĆ, I., «Transposition of the PSD2 into Croatian national legislation» en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment...*, *op. cit.*, pp. 264-281 (p. 271).

En relación a la inmediata puesta a disposición de los fondos se establece una excepción para los supuestos en los que el beneficiario no recibe el pago en una cuenta, y se le otorga a su proveedor de servicios de pago un día hábil adicional para poner los fondos a su disposición (art. 56 en relación al art. 55 RDLSP). Igualmente, se matiza que en los casos en los que —esta vez solo— un consumidor o microempresa ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de dicha cuenta, la disponibilidad de los fondos debe ser también inmediata desde la misma recepción por el proveedor, que además debe fijar la fecha de valor del ingreso en el mismo día. Cuando el usuario tenga otra condición, se permite que la puesta a disposición se produzca al día siguiente, al igual que la fijación de la fecha de valor.

En cuanto a las posibles vicisitudes que puedan afectar a la ejecución de una operación de pago, cualquiera que sea el instrumento utilizado, el art. 44 RDLSP determina, de forma imperativa, si el usuario es consumidor o microempresa, y dispositiva, en otro caso, que recaerá sobre el PSP la carga de acreditar que la operación discutida —por presunta falta de autorización o por ejecución incorrecta— fue autorizada por el usuario mediante la correspondiente autenticación del mismo y, en su caso, del instrumento utilizado; registrada con exactitud y contabilizada por el PSP; y «que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago»; así como, en su caso, que el usuario cometió fraude o negligencia grave (art. 44.1 RDLSP). A estos efectos, se obliga al proveedor a conservar la documentación y registros correspondiente durante al menos seis años, estableciéndose implícitamente el derecho del usuario a consultarlos. Y se matiza que el mero registro de la operación no constituye prueba de autorización por parte del usuario. Cuando en la ejecución de la operación intervenga un proveedor de servicios de iniciación de pagos, también sobre él recaerá la carga de la prueba de aquellos aspectos en el ámbito de su competencia.

Precisamente para evitar el posible acaecimiento de ciertos supuestos patológicos se recogen en el art. 42 RDLSP una serie de obligaciones que, de acuerdo con la definición de instrumentos de pago, deben entenderse aplicables a tarjetas o similares, así como a las transferencias, a los adeudos y a cualesquiera otros procedimientos que permitan la iniciación de operaciones de pago *ex. art.* 3.23 RDLSP. El proveedor tiene la obligación de cerciorarse de que las credenciales de seguridad personalizadas solo sean accesibles para el usuario; de garantizar que estén disponibles los medios adecuados y gratuitos para que el usuario pueda cumplir con sus obligaciones de notificación (en caso de operaciones no autorizadas o defectuosas, pérdida o sustracción de instrumentos de pago, etc.) y, en su caso, solicitar un desbloqueo legítimo; así como de facilitar, también gratuitamente, medios tales que permitan al usuario demostrar que ha notificado el extravío, sustracción o utili-

zación no autorizada del instrumento durante los 18 meses siguientes a la misma. Igualmente, en estos casos, deberá impedir la utilización del instrumento de pago una vez recibida la notificación del usuario.

También se les prohíbe enviar al usuario instrumentos de pago no solicitados, salvo que sea para sustituir uno caducado ya en posesión del cliente, o que en el contrato marco se haya pactado la posibilidad de sustitución cuando el nuevo instrumento incorpore nuevas funcionalidades. Y en caso de que en el contrato se haya pactado la posibilidad de bloquear el instrumento de pago de forma justificada, será obligación del proveedor comunicar al usuario tal bloqueo, a ser posible, con carácter previo y, si no, inmediatamente después, en los términos del art. 40.3 RDLSP, pasados los motivos que justificaron el bloqueo, o a petición del usuario deberá proceder al desbloqueo o a la sustitución del instrumento de pago sin coste alguno.

Un supuesto especial es el que se refiere a las operaciones con tarjeta en las que el importe exacto se desconoce en el momento en que el ordenante da su consentimiento para la ejecución de la operación de pago. Por ejemplo, en gasolineras automáticas, en contratos de alquiler de vehículos, reservas de hotel o máquinas de *vending*. En estos casos, independientemente de la condición del usuario, el art. 47 RDLSP establece que el proveedor de servicios de pago del ordenante solo puede bloquear fondos en la cuenta de pago del ordenante si este último ha consentido en la cantidad exacta de fondos que ha de bloquearse. Recibida la información sobre el importe exacto de la operación, debe liberar los fondos «sin demora [...] y, como muy tarde, inmediatamente después de haber recibido la orden de pago».

La última cuestión es la relativa al régimen de devolución (arts. 48 y 49 RDLSP), que tiene el carácter de dispositivo cuando el usuario no sea consumidor o microempresa. Hay dos supuestos en los que el usuario de servicios de pago tiene derecho a solicitar la devolución de una operación de pago iniciada por el beneficiario o a través del mismo. El primero, es aquel en el que la autorización de la operación no especificaba, en el momento en que se dio, el importe exacto de la operación de pago y el importe final superó el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta las anteriores pautas de gasto, las condiciones del contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso. La peculiaridad es que corresponderá al usuario la carga de acreditar que se cumplen estas condiciones, siempre que así lo pida el PSP. Por ejemplo, un recibo de suministros básicos muy elevado. Además, cuando haya habido cambio de divisa y se haya utilizado el tipo de cambio de referencia acordado, los incrementos en este no pueden motivar la solicitud de devolución.

El segundo supuesto, incondicionado y sometido únicamente a un plazo límite para solicitarlo, son los adeudos domiciliados en euros

regulados por el Reglamento SEPA; de hecho, el origen de este régimen es precisamente dicho reglamento. La motivación de prever este derecho de devolución para el primer supuesto, en contraposición, es la protección del usuario ante operaciones inusualmente altas en aquellos Estados miembros en los que la moneda no es el euro⁵³ aunque, por extensión, es aplicable a cualquier adeudo nacional no SEPA.

El plazo para solicitar la devolución es de ocho semanas desde la fecha del adeudo y, tras la solicitud, el PSP dispone de 10 días hábiles para devolver el importe íntegro de la operación de pago o, únicamente en caso de los primeros, comunicar al usuario las razones objetivas que justifican la denegación e indicar los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario, pues no es posible la denegación de devolución de los adeudos directos SEPA (art. 49.2 RDLSP).

Finalmente, se prevé la posibilidad de excluir el derecho de devolución en el contrato marco cuando el ordenante haya dado su consentimiento directamente al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el PSP o el beneficiario hayan informado al usuario, con al menos cuatro semanas de antelación a la fecha prevista de ejecución, sobre la operación de pago en cuestión (art. 48.4 RDLSP).

III. OBLIGACIONES DEL USUARIO DE SERVICIOS DE PAGO

A diferencia de la larga lista de obligaciones y cargas que se establecen para los proveedores de servicios de pago, en la contratación de servicios de pago los usuarios no tienen muchas obligaciones más allá del pago de los gastos y comisiones pactadas y, en su caso, de las que deriven de las normas sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Por supuesto, dentro de los límites establecidos por la ley, en el contrato se podrán establecer algunas obligaciones accesorias y, en todo caso, el medio de comunicación que hayan de utilizar las partes, que también vinculará al usuario, salvo en el caso de ejercicio del derecho de resolución como se ha indicado en el capítulo anterior.

También deberán preverse de forma expresa en el contrato, en su caso, los límites de gasto aplicables a las operaciones de pago iniciadas a través de determinados instrumentos, en cuyo caso el usuario deberá actuar conforme al acuerdo alcanzado con su proveedor de conformidad

⁵³ Considerando 76 RDLSP.

con el art. 40 RDLSP⁵⁴. Asimismo, de lo expuesto en el apartado anterior, se desprende la prohibición para el usuario de revocar o solicitar la devolución de la operación fuera de los casos antedichos. Pero, en la práctica, todas estas cuestiones comportarán más una imposibilidad operativa que una circunstancia que el usuario pueda controlar y acabe ocasionando su responsabilidad.

Las únicas obligaciones en sentido estricto que la ley establece para el usuario son las tendentes a evitar casos de fraude. Así, está obligado a utilizar los instrumentos de pago de conformidad con las condiciones acordadas con su proveedor, tomando «todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas» y, en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento o de su utilización no autorizada, deberá notificarlo al proveedor, «sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello» (art. 41 RDLSP).

La indeterminación del plazo de notificación es una de las cuestiones abiertas que generan mayor inseguridad jurídica, si bien es cierto que el art. 43 RDLSP da un criterio legal máximo. Este precepto condiciona el derecho del usuario a obtener la rectificación de una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente a la comunicación de la misma al PSP «sin demora injustificada, en cuanto tenga conocimiento de cualquiera de dichas operaciones que sea objeto de reclamación, incluso las cubiertas por el artículo 60, y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de trece meses contados desde la fecha del adeudo»⁵⁵. Ahora bien, la exigibilidad de estos plazos se supedita a que el proveedor de servicios de pago haya proporcionado la información correspondiente a la operación de pago concreta, de acuerdo con sus obligaciones de transparencia e información en ejecución del contrato (art. 43.1. II RDLSP)⁵⁶. De esta obligación, se deriva implícitamente la de consulta periódica de los movimientos de la cuenta como expresión de la debida diligencia del usuario, cuestión que habrá de ser valorada en su caso por los tribunales⁵⁷.

⁵⁴ Al hilo del contenido del contrato ya ha dicho, pero merece la pena recordarlo, que el PSP puede reservarse el derecho a bloquear el instrumento de pago de forma justificada, pero entonces deberá informar al ordenante en la forma convenida.

⁵⁵ Así lo ha interpretado el TJUE, que ha declarado que la rectificación de la operación solo es posible si el usuario la notifica a su proveedor de servicios de pago a más tardar en los trece meses siguientes a la fecha de adeudo correspondiente (FD 33, Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM)*, C-337/20, ECLI:EU:C:2021:671).

⁵⁶ El tenor literal del precepto no es el más claro, pero el segundo párrafo del mismo 43.1, parece dejar claro que el plazo se refiere a la notificación efectuada por el usuario. Con todo, este precepto plantea dudas interpretativas severas al ponerlo en relación con el régimen de responsabilidad (*vid. infra* en el epígrafe dedicado a las operaciones de pago no autorizadas).

⁵⁷ En la doctrina Austriaca, en relación a la transposición de la Segunda Directiva de servicios de pago en la ZaDiG 2018, pueden encontrarse dos corrientes divergentes al respecto de la obligación del usuario de monitorizar el instrumento de pago. Para algunos autores, forma parte

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL USUARIO

1. Cuestiones abiertas sobre la interacción entre las normas de servicios de pago y las de protección de datos de carácter personal

Cuando el usuario sea persona física, independientemente de que se trate de un consumidor o de un empresario individual, como en la prestación de cualquier otro servicio, el proveedor de servicios de pago será, además, responsable del tratamiento de sus datos de carácter personal⁵⁸. Esta materia se encuentra armonizada a nivel europeo mediante el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁵⁹ que en España ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre,

de su diligencia debida. Para otros, sin embargo, de la forma en que el art. 63 ZaDiG 2018 (que transpone el art. 69 DSP2 y sería el homólogo al art. 41 RDLSP —«(2) *The payment service user shall notify the payment service provider or the body designated by the payment service provider without undue delay on becoming aware of loss, theft, misappropriation or any other unauthorised use of the payment instrument*»—), no puede concluirse que sea obligación del usuario la comprobación constante de las operaciones realizadas con un instrumento de pago, en la medida en que no se enumera expresamente y el precepto contiene un alista *numerus clausus* de obligaciones para el usuario (*vid.* MIERNICKI, M., «Implementation of the PSD2 in Austria» en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. [eds.] *The Payment...*, *op. cit.*, pp. 245-263 [p. 246-247]). En España, sin embargo, la interpretación del art. 41.b) en relación al art. 43 RDLSP aboca a la conclusión expresada *supra*.

⁵⁸ Los datos personales se definen como toda información sobre una persona física identificada o identificable al que se denomina en la legislación europea «el interesado», siendo identificable aquella persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente —por ejemplo, mediante un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona— (art. 4.1 RGPD). Es decir, el «interesado» es la persona física a la que se refieren los datos personales (RECIO GAYO, M., *El ejercicio de los derechos de protección de datos y su aplicación práctica*, Bosch, Madrid, 2019, p. 24). El tratamiento de datos personales es «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción» (art. 4.2 RGPD). Por otro lado, se considera responsable de dicho tratamiento a la persona física o jurídica que determine los fines y medios del tratamiento (art. 4.7 RGPD), es decir, que decida sobre la finalidad para la cual se vayan a tratar los datos de los interesados (para qué) y sobre la forma en que se va a llevar a cabo dicho tratamiento (cómo). Sobre estos conceptos, en la doctrina *vid.* ROMEO CASABONA, C. M., «Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)» y DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. «Tratamiento (comentario al artículo 4.2 RGPD)», ambos en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 573-590 y 591-600, respectivamente.

⁵⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).

Simplificando esta compleja cuestión, puede decirse que el sistema de protección de datos personales descansa sobre dos pilares fundamentales: la necesidad de que el tratamiento sea lícito, leal y transparente; y el principio de responsabilidad proactiva⁶⁰, que consiste en que el responsable del tratamiento cumpla el régimen legal y, además, sea capaz de demostrar dicho cumplimiento (art. 5 RGPD). En torno a estos dos pilares, se detallan una serie de principios que informan todo el marco jurídico aplicable⁶¹.

La interacción de las normas de servicios de pago y las de protección de datos de carácter personal plantea algunas dificultades específicas debidas, algunas, al hecho de que la Segunda Directiva de servicios de pago contiene normas aparentemente especiales en relación a la protección de datos en sede de prestación de estos servicios y, otras, a la propia naturaleza de los servicios de pago⁶².

Las normas aparentemente especiales son los arts. 66, 67 y 94 DSP2. A este último, de vital importancia, se le dedica el siguiente subepígrafe. En relación con los arts. 66 y 67 DSP2, transpuestos al ordenamiento jurídico español en los arts. 38 y 39 RDLSP, ya se ha puesto de manifiesto la aparente discordancia que existe entre estos y el art. 6 RGPD. Una interpretación literal de la ley de servicios de pago lleva a concluir que los proveedores de servicios de iniciación de pagos, a diferencia del resto de los proveedores de servicios de pago, no pueden utilizar los datos recabados en la prestación de servicios de iniciación con fines ulteriores. Y ello a pesar de que, con carácter general, el RGPD sí permite ese tratamiento ulterior siempre y cuando sea lícito

⁶⁰ *vid.* NÚÑEZ GARCÍA, J.L., «Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado de tratamiento» en RALLO (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353-386 (pp. 353-358).

⁶¹ Se trata de los principios de limitación de la finalidad, de minimización de datos, de exactitud, de limitación del plazo de conservación, y de integridad y confidencialidad (art. 5 RGPD), *vid.* TRONCOSO REIGADA, A., «Los principios relativos al tratamiento (comentario al artículo 5 RGPD y al art. 4 LOPDGDD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento...*, *op. cit.*, pp. 847-908 (pp. 855 y ss.); PUENTE ESCOBAR, A., «Principios y licitud del tratamiento» en RALLO (dir.), *Tratado de Protección...* *op. cit.*, pp. 115-168.

⁶² Algunas de estas dificultades fueron puestas de manifiesto aún en relación a la derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos por GONZÁLEZ FUSTER, G., «EU Data Protection and Future Payment Services» en GIMIGLIANO, G. (ed.), *Bitcoin and mobile payments. Constructing a European Framework*, Studies in Financial Services Technology, Palgrave Macmillan, Londres, 2016, pp. 181-202 (p. 189); y en relación al RGPD, por Sophia in't Veld, parlamentaria europea por Países Bajos que a principios de 2018 envió una carta al Comité Europeo de Protección de datos en relación a algunas cuestiones relativas a la interacción entre el RGPD y la DSP2. A dicha carta, contestó el Comité el 5 de julio de 2018 mediante otra, disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/news/psd2_letter_en.pdf.

de conformidad con el art. 6.4 RGPD que, en esencia, requiere que este otro tratamiento se base en el consentimiento del usuario o que sea compatible con aquel para el que se recabaron los datos inicialmente. Compatibilidad que debe valorarse teniendo en cuenta, principalmente, la relación entre los fines de ambos tratamientos, el contexto en que se hayan recogido los datos personales, la naturaleza de los datos personales, las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas (por ejemplo, el cifrado de los datos o la seudonimización)⁶³.

Como se ha adelantado en un epígrafe anterior, la valoración que se hace de estas supuestas normas especiales es negativa, en la medida en la que desnivelan las condiciones de competencia en el mercado de servicios de pago e, indirectamente, perjudican por ello al usuario. A mi juicio, los arts. 38 y 39 RDLSP no son normas de carácter especial y deben interpretarse conforme al régimen general de protección de datos, sin que se entienda que prohíben ningún tratamiento que sí permite el RGPD. En este sentido, las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos⁶⁴ sobre la interacción de la DSP2 y el RGPD han establecido un criterio intermedio según el cual los proveedores de servicios de pago terceros solo pueden proceder a un tratamiento ulterior de los datos personales de los usuarios de servicios de pago con su consentimiento, pero no sobre la base del test de compatibilidad entre los fines iniciales y los ulteriores al que se refiere el art. 6.4 RGPD⁶⁵.

Si bien este criterio puede servir para aliviar los efectos perjudiciales sobre la competencia de una interpretación estricta de los arts. 66 y 67 DSP2, no parece que tal conclusión cuente con una justificación suficientemente argumentada⁶⁶. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que, de acuerdo con su art. 1, el RGPD no pretende solo «la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales» sino también garantizar «la libre circulación de tales datos» (ap. 1), al punto de que «[l]a libre circulación de los

⁶³ Directriz 60, COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, Directrices 6/2020 sobre la interacción de la Segunda Directiva sobre servicios de pago y el Reglamento general de protección de datos. En general, sobre estas directrices *vid.* DIVISSENKO, N., «Title IV, Chapter 4 “Data Protection”» en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment...*, *op. cit.*, pp. 179-188 (pp. 185 y ss.); sobre la seudonimización *vid.* ROMEO CASABONA, C. M., «Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)» en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento...* *op. cit.*, pp. 613-628.

⁶⁴ *Ibid.* Sobre el origen y naturaleza del Comité Europeo de Protección de Datos *vid.* CERVERA NAVAS, L., «El Comité Europeo de Protección de Datos» en RALLO (dir.), *Tratado de Protección...* *op. cit.*, pp. 655-670.

⁶⁵ Directriz 23, sobre la interacción de la Segunda Directiva sobre servicios de pago y el Reglamento general de protección de datos.

⁶⁶ En este sentido, también CYNDECKA, M., «The Interplay between the Framework for Payment Services and Data Protection: A Piece of European Community Identity» en GIMIGLIANO y CATTELAN (eds.), *Money Law...*, *op. cit.*, pp. 37-56 (pp. 45-47).

datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales». Por tanto, puede afirmarse que el objetivo de este Reglamento es garantizar el equilibrio entre la tutela de la privacidad de los ciudadanos y la fluidez de los datos personales, convertidos a día de hoy en un activo fundamental, tanto desde el punto de vista del mercado como, en general, para el propio funcionamiento de nuestra sociedad. Además, el RGPD (2016) es posterior a la Segunda Directiva de servicios de pago (2015). Del planteamiento del Comité Europeo de Protección de Datos se deduce la no consideración de los arts. 66 y 67 DSP2 como *lex specialis*, ya que su literalidad llevaría a concluir que el tratamiento ulterior está prohibido en todo caso⁶⁷. Entonces, debería considerarse que el RGPD, en tanto que ley posterior, ha derogado tácticamente las limitaciones contenidas en los art. 66 y 67 DSP2. Pero las Directrices no llegan a esta conclusión. Por el momento, no ha habido pronunciamientos judiciales ni de las autoridades de protección de datos en esta materia, pero parece que sería conveniente aprovechar la revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago para abordar estas cuestiones.

Por otro lado, entre las cuestiones abiertas en la interacción entre la DSP2 y el RGPD derivadas de la naturaleza de los servicios de pago, destaca el problema del tratamiento de categorías especiales de datos y el del tratamiento de los datos personales de las «partes silenciosas». Su estudio en profundidad supera el objeto de este trabajo, pero merece la pena hacer siquiera sea un breve comentario, porque también a este respecto convendría mayor aclaración que la proporcionada por las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos⁶⁸.

Los datos personales pertenecientes a categorías especiales son aquellos que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física (art. 9.1 RGPD)⁶⁹. Es indudable que multitud de operaciones de pago

⁶⁷ Tampoco se repara en la evidente diferencia de redacción entre ambos preceptos. Recuérdese que, tras prohibir la utilización de los datos de los usuarios para fines distintos de la prestación del servicio de información sobre cuentas, el art. 67.2.f) DSP2 hace expresa alusión a las normas sobre protección de datos —lo que podría servir de base para justificar la aplicación del art. 6.4 RGPD—, mientras que el art. 66.3.g) DSP2 no contiene tal referencia, limitándose a establecer la antedicha prohibición.

⁶⁸ En relación a estos problemas y su impacto sobre los proveedores de servicios de pago terceros, *vid.* CYNDECKA, M., «The Interplay...», *op. cit.*, pp. 48-52.

⁶⁹ REBOLLO DELGADO, L., «Las condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos (comentario al artículo 9 RGPD y 9 LOPDGDD)»; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Categorías especiales de datos personales: los datos de origen étnico o racial, los datos genéticos, los datos biométricos, los datos relativos a la salud, los datos relativos a la vida sexual y la orientación

pueden revelar, si no claramente, al menos indiciariamente este tipo de datos sensibles. Piénsese, por ejemplo, en el pago de una cuota sindical o de una afiliación a un partido político. Otro ejemplo: hoy en día, no es nada infrecuente que los proveedores de servicios de pago traten los datos biométricos de los usuarios como medida de seguridad para el acceso a los servicios en línea. Con carácter general, el tratamiento de estos datos está prohibido salvo que concurra una de las circunstancias «habilitantes» del art. 9.2 RGPD que, en lo que aquí interesa, se reducen al consentimiento expreso del usuario. *A priori*, ello implica que el proveedor de servicios de pago debe recabar un consentimiento expreso adicional ante el eventual tratamiento de datos de pago sensibles. El problema es que en las Directrices sobre interacción entre el RGPD y la DSP2 parecen adoptarse criterios más estrictos que en otras anteriores⁷⁰, planteando algunas dificultades para entender lícito el tratamiento de categorías especiales de datos en sede de prestación de servicios iniciación de pagos y de información sobre cuentas, cuyos proveedores deben evitar dicho tratamiento. A mi juicio, ello es prácticamente imposible. El ejemplo más representativo es el del proveedor de servicios de información sobre cuentas: no se concibe cómo puede evitar el tratamiento de categorías especiales de datos cuando el usuario le pide información sobre varias cuentas en las que, por seguir con el ejemplo anterior, tiene domiciliado el pago de su cuota sindical y de la afiliación a un partido político. Pero, además, negarse al tratamiento de esos datos puede implicar el incumplimiento de las obligaciones que le imponen la normativa de pagos y el contrato con el usuario. En estos casos, parece que la única solución —posible pero, desde luego, no incuestionable— es acudir a la circunstancia habilitante del art. 9.2.g) RGPD y entender que el tratamiento de dichos datos es necesario por razones de interés público⁷¹, en concreto, el buen funcionamiento de

sexual (comentario al artículo 9.1 RGPD)» y GONZÁLEZ-POL GONZÁLEZ, I., «Los datos reveladores de las opiniones políticas como categorías especiales de datos personales. El tratamiento de datos personales en el ejercicio de la acción política (comentario al artículo 9.1 RGPD)» todos en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento...*, *op. cit.*, pp. 1013-1040, 1041-1066 y 1067-1064, respectivamente.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 52-54. En concreto, GRUPO DE TRABAJO DE ART. 29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018 (directriz C). El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT Art. 29) fue el grupo de trabajo europeo independiente que se ocupó de las cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD), momento en el que fue sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (*European Data Protection Board*).

⁷¹ Art. 9.2.g) RGPD: «el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

los servicios y sistemas de pago⁷², cuya justificación se hallaría en el considerando 5 de la PSD2, que considera crucial para el crecimiento económico de la UE «el desarrollo continuo de un mercado interior integrado para la seguridad de los pagos electrónicos» y afirma que «los servicios de pago son esenciales para el funcionamiento de actividades económicas y sociales vitales». Es evidente que nos encontramos ante otra cuestión que debe ser revisada.

Por último, el tratamiento de datos personales de las «partes silenciosas» es el referido a las personas que no tienen una relación contractual con el proveedor de servicios de pago, pero cuyos datos deben ser tratados para ejecutar el contrato con el usuario. Por ejemplo, en una transferencia entre particulares, el proveedor del ordenante debe tratar los datos personales del beneficiario, con quien no le une ningún contrato. Con carácter general, este tratamiento será lícito conforme al legítimo interés del proveedor en cumplir sus obligaciones contractuales para con su usuario [*ex art. 6.1.f) RGPD*]. En este punto, las Directrices son imprecisas en relación a la prueba de equilibrio que debe realizarse para asegurar que los intereses de la parte silenciosa no prevalecen sobre los del proveedor⁷³ y, de nuevo, son aparentemente más exigentes con los proveedores de servicios de pago terceros que con el resto de proveedores de servicios de pago⁷⁴. Sin embargo, el mayor problema lo plantea, otra vez, el tratamiento de categorías especiales de datos. Volviendo al ejemplo anterior, el proveedor de servicios de pago de un sindicato trata datos sensibles de todos los afiliados a dicho sindicato y, evidentemente, es inviable exigir que recabe el consentimiento de cada uno de ellos. Otro ejemplo podría ser el del proveedor de una clínica de salud privada. Por ahora, la única alternativa viable es la indicada *supra*: reputar lícito el tratamiento sobre la base del interés público en el buen funcionamiento de los servicios y sistemas de pago.

2. Breve análisis del art. 94 DSP2 y de su coherencia con el Reglamento General de Protección de Datos

El art. 94 DSP2 regula algunos aspectos en relación con la protección de datos personales de los usuarios de servicios de pago. Su apartado primero aclara que los Estados miembros deben autorizar el tratamiento los datos personales de los usuarios por parte de los proveedores de servicios de pago y de los sistemas de pago cuando sea necesario a fin de garantizar la prevención, la investigación y el descubrimiento del fraude en los pagos. Aclaración que no está de más, pero pudiera

⁷² CYNDECKA, M., «The Interplay...», *op. cit.*, p. 56.

⁷³ Directriz 20, sobre la interacción de la Segunda Directiva sobre servicios de pago y el Reglamento general de protección de datos.

⁷⁴ *Ibid.* Directrices 21 a 25.

también ser superflua, ya que el art. 6.1.c) RDLSP prevé la licitud de todo tratamiento necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable de dicho tratamiento, y los proveedores de servicios de pago están obligados por las normas especiales de servicios de pago a aplicar medidas de seguridad y de prevención y análisis de riesgos (arts. 66 RDLSP y 18 RTS SCA-SCS). En cualquier caso, esta previsión del art. 94.1 DSP2 sirve para evitar posibles prácticas supervisoras divergentes en la materia por parte de las autoridades nacionales de protección de datos. El último inciso de este apartado simplemente señala —aunque con una redacción mejorable— que cualquier tratamiento en sede de prestación de servicios de pago debe llevarse a cabo conforme a las reglas generales de protección de datos⁷⁵.

Es el segundo apartado de este artículo, así como, en general, la transposición de todo el precepto al ordenamiento jurídico español, lo que plantea ciertos problemas de incongruencia que, a mi juicio, urge subsanar.

Por un lado, el art. 94.2 DSP2 introduce una nueva regla respecto al régimen previsto en la Primera Directiva de servicios de pago, imponiendo que «[l]os proveedores de servicios de pago únicamente obtendrán, tratarán y conservarán los datos personales necesarios para la provisión de sus servicios de pago, únicamente con el consentimiento expreso del usuario del servicio de pago». *A priori*, podría parecer que, por alguna razón, el legislador europeo ha querido establecer una regla de carácter especial que limita la posibilidad de tratamiento de datos personales en relación con la comercialización y prestación de servicios de pago: la prohibición de un tratamiento ulterior, con finalidad distinta a la prestación de servicios de pago, y la necesidad de que la base jurídica del tratamiento sea, en todo caso, el consentimiento expreso del usuario. Pero cuando se consulta la documentación correspondiente a la elaboración de la Segunda Directiva de servicios de pago no se encuentra una justificación clara del por qué este cambio de criterio respecto de la Directiva de 2007. El ap. 2 de lo que ahora es el art. 94 DSP2 se introdujo próximo a finalizar el proceso prelegislativo,

⁷⁵ En este punto, la referencia a la legislación europea anteriormente vigente (la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y el Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos), debe entenderse actualizada y hecha al Reglamento General de Protección de Datos de 2016. Sobre la transposición en España del régimen de la Directiva mediante Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal *vid.* APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, *passim*.

en el texto de compromiso final⁷⁶, sin que conste ningún explicación adicional o cambios sustanciales en los considerandos de la norma que permitan entender el objetivo o razón del precepto. A decir verdad, más bien parece que esa relación entre la necesidad del consentimiento expreso del usuario y la protección de datos tenía un objeto mucho más definido: la prestación de servicios de información de cuentas y de iniciación de pagos⁷⁷.

Aunque la —evidente— necesidad de consentimiento del usuario para la intervención de un proveedor tercero es una exigencia que se ha mantenido, en el texto finalmente aprobado no hay referencia alguna a la conexión de esta específica cuestión con la protección de datos personales (ni en el preámbulo, ni en la parte dispositiva de la norma), de modo que no es posible asegurar a ciencia cierta que este sea el origen del art. 94.2 DSP2, si bien ello podría explicar su extraño contenido.

Se considera extraño porque difiere sustancialmente de las reglas generales de protección de datos. En primer lugar, al exigir que los proveedores de servicios de pago únicamente obtengan, traten y conserven los datos personales para la provisión de sus servicios, el art. 94.2 DSP2 parece prohibir cualquier posibilidad de tratamiento ulterior que, como se ha explicado anteriormente, sí se permite, previo cumplimiento de ciertos requisitos, en virtud del art. 6.4 RGPD. Como se desprende de lo referido en el apartado anterior, las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos parecen permitir el tratamiento ulterior en los términos generales del RGPD —más allá de las limitaciones indicadas *supra* en relación a los servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas—, sin dar ninguna argumentación sobre cómo ello debe conciliarse con el tenor literal del primer inciso del art. 94.2 DSP2.

En segundo lugar, este artículo de la norma de pagos parece extraño por la exigencia de consentimiento expreso del usuario como medida de protección de datos. Ciertamente, todo tratamiento de datos personales debe fundamentarse en una de las bases jurídicas previstas en el art. 6

⁷⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC - Confirmation of the final compromise text with a view to agreement*, 2 de junio de 2015.

⁷⁷ Aunque en los sucesivos cambios de redacción de la norma durante el proceso legislativo acabó desapareciendo con este tenor literal, el considerando 51 de la Propuesta de Segunda Directiva [COM (2013) 547 final] se refería a la necesidad de que los proveedores de servicios de pago terceros cumplieren con las obligaciones de protección de datos y, acto seguido, exigía que los usuarios diesen su consentimiento expreso para el acceso a su cuenta de pago. Razón por la no puede descartarse que este sea el origen del art. 94.2 DSP2, aunque en la generalización se haya desvirtuado.

RGPD⁷⁸. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el consentimiento del interesado es solo uno de los posibles fundamentos para el tratamiento de sus datos de carácter personal, pero no es el único ni necesariamente el más frecuente. Incluso puede que, al contrario, los estrictos requisitos exigidos por el art. 7 RGPD y las directrices que lo interpretan⁷⁹ para que el consentimiento sea válido, implican que cuando sea posible basar el tratamiento en alguna de las otras causas de licitud enumeradas en el art. 6 RGPD, ello redunde en una mayor capacidad del proveedor para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones (responsabilidad proactiva) y, por tanto, sea más eficiente escogerla, en lugar del consentimiento del interesado.

Con carácter general, en sede de prestación de servicios de pago —y, en realidad, de cualquier servicio—, el tratamiento de datos personales será lícito en tanto necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte [art. 6.1.b) RGPD]. Pero el art. 94.2 DSP2 parece exigir que para que el tratamiento sea lícito, deba basarse en el consentimiento del usuario [art. 6.1.a) RGPD].

Sin embargo, por el momento, debe concluirse que este precepto de la Segunda Directiva de servicios de pago no tiene carácter de ley especial en materia de servicios de pago. Primero, porque el propio Considerando 89 DSP2 señala que «cuando a efectos de la presente Directiva hayan de tratarse datos personales, deben especificarse los fines precisos, mencionarse la base jurídica pertinente y cumplir los requisitos de seguridad pertinentes establecidos en la Directiva 95/46/CE [ahora RGPD]». De modo que si deben especificarse los fines y la base jurídica pertinente no parece que el art. 94.2 DSP2 haya de ser entendido en el sentido de que veta la posibilidad de un tratamiento distinto a la estricta prestación de servicios de pago ni, menos aún, que la causa de licitud del tratamiento deba ser el consentimiento.

La duda que surge entonces es la de para qué sirve ese consentimiento que exige el art. 94.2 DSP2, y esta es precisamente la gran cuestión abierta en materia de interacción de la Directiva con el RGPD.

⁷⁸ AA.VV., PIÑAR (dir.) y RALLO (coord.), *Memento práctico de protección de datos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 55-67; SEMPERE SAMANIEGO, F., «La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y disposición adicional duodécima LOPDGDD)» en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento...*, op. cit., pp. 925-944.

⁷⁹ GRUPO DE TRABAJO DE ART. 29, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018; en la doctrina, *vid.* VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y el de menores» en RALLO (dir.), *Tratado de Protección...*, op. cit., pp. 197-250 (pp. 197-233); CASTILLO VÁZQUEZ, I-C., «Consentimiento (comentario al artículo 4.11 RGPD)» y «Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal (comentario al artículo 7 RGPD y al artículo 6 LOPDGDD)», ambos en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento...* op. cit., pp. 679-692 y 954-956, respectivamente.

A mi juicio, este apartado no aporta nada útil, más bien al contrario, genera más inseguridad jurídica que protección de algún tipo. Las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos han tratado de dotar de cierto sentido a la exigencia de «consentimiento expreso» del usuario del art. 94.2 DSP2 declarando que se trata de un requisito adicional de carácter contractual⁸⁰ «que debe interpretarse en el sentido de que, al celebrar un contrato con un proveedor de servicios de pago en el marco de dicha Directiva, los interesados deben ser plenamente conscientes de las categorías específicas de datos personales que se tratarán. Además, tienen que ser informados de la finalidad específica (del servicio de pago) para la que se tratarán sus datos personales y tienen que aceptar de manera expresa estas cláusulas. Dichas cláusulas deben distinguirse claramente de las demás cuestiones tratadas en el contrato y el interesado las deberá aceptar expresamente»⁸¹. No alcanza a entenderse en qué se diferencia esa finalidad del «consentimiento expreso» exigido por la DSP2 de la del «consentimiento» de los arts. 6.1.a) y 7 RGPD. En cualquier caso, parece evidente que para el Comité Europeo de Protección de Datos el art. 94 DSP2 no tiene la consideración de *lex specialis* frente al RGPD. En mi opinión, ello debería llevar a otro planteamiento: la posibilidad de que el art. 94 DSP2 quedara tácitamente derogado con la aprobación del RGPD, en lo que a este último se oponga (todo su apartado 2). Pero en las directrices no se expresa esta posibilidad, ni siquiera hipotéticamente.

Quizás la directriz 38⁸² aporte algunos argumentos para comprender este precepto de la norma europea de servicios de pago, que precisamente conectan con la tesis de que el art. 94.2 DSP2 se elaboró ini-

⁸⁰ Criterio que ya había mantenido anteriormente en la carta en respuesta a Sophia in 't Veld y que, en Austria, ya había sido acogido y puesto en práctica por la autoridad de protección de datos, el Tribunal Federal Administrativo y la doctrina jurídica (*vid.* MIERNICKI, M., «Transposition of the PSD2 in Austria» en BANI, STASIO Y SICARRONE ALIBRANDI [eds.], *The transposition... op. cit.*, pp. 189-206 [pp. 196-200], comentando la aplicación de esta doctrina defendida por los académicos austriacos en el caso que dio lugar a la Sentencia del *Bundesverwaltungsgericht* de 24 de mayo de 2019 [W258 2205602-1]).

⁸¹ Directriz 37, sobre la interacción de la Segunda Directiva sobre servicios de pago y el Reglamento general de protección de datos.

⁸² «Un aspecto central del concepto de “consentimiento expreso”, según el artículo 94, apartado 2, de la DSP2, es la obtención del acceso a los datos personales para su posterior tratamiento y almacenamiento con el fin de prestar servicios de pago. Esto implica que el proveedor del servicio de pago aún no está tratando los datos personales, pero necesita acceder a datos de carácter personal que han sido tratados bajo la responsabilidad de cualquier otro responsable del tratamiento. Si un usuario de servicios de pago celebra un contrato, por ejemplo, con un proveedor de servicios de iniciación de pagos, este proveedor necesita obtener acceso a datos personales del usuario de servicios de pago que se están tratando bajo la responsabilidad del proveedor de servicios de pago gestor de cuentas. El objeto del consentimiento expreso en virtud del artículo 94, apartado 2, de la DSP2 es el permiso para obtener el acceso a dichos datos de carácter personal, para poder tratar y almacenar los datos necesarios para la prestación del servicio de pago. Si el interesado da su consentimiento expreso, el proveedor de servicios de pago gestor de cuentas está obligado a dar acceso a los datos personales indicados».

cialmente para ser aplicado solo en materia de servicios de iniciación de pagos y de información sobre cuentas. De la directriz se desprende que la verdadera utilidad de este apartado es la de amparar la cesión de datos por parte del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta al proveedor de servicios de pago tercero. Es decir, en realidad, la exigencia del consentimiento expreso del usuario tiene como finalidad que el gestor de cuenta ceda los datos del usuario, que está obligado a proteger, con la seguridad de que tal cesión ha sido consentida y, de hecho, solicitada por el propio usuario⁸³. Lo cual, por otro lado, tampoco aportaría nada, en tanto la configuración legal del derecho del usuario a la utilización de proveedores terceros ya lleva implícita la base jurídica de tal cesión: el cumplimiento por parte el PSPGC del contrato con el usuario. En cualquier caso, si esta es la *ratio legis* del art. 94.2 DSP2, desde luego debe ser modificado⁸⁴ porque ahora mismo tiene un alcance mucho mayor y, además, sin una utilidad clara.

3. La transposición parcial del art. 94 DSP2 en España

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 94 DSP2 ha sido transpuesto en el art. 65 RDLSP, pero no de forma completa. En realidad, solo transpone el último inciso del art. 94.1 DSP2, es decir, la afirmación general y en nuestra opinión superflua de que las reglas generales de protección de datos personales son aplicables en materia de servicios de pago.

Llama la atención que el art. 65 RDLSP contenga un único párrafo pero numerado con un 1, como si debieran seguirle otros después. De hecho, en el anteproyecto de ley de servicios de pago, efectivamente había un segundo apartado del mismo tenor literal que el tan cuestionado art. 94.2 DSP2 y un tercero que transponía el primer inciso del ap. 1 del mismo artículo, relativo a la habilitación de los proveedores de servicios de pago para el tratamiento de datos personales de sus usuarios cuando sea necesario a fin de garantizar la prevención, la investigación y el descubrimiento del fraude en los pagos. Pero finalmente, el RDLSP fue aprobado con un artículo de protección de datos

⁸³ A una conclusión parecida, aunque valorando más positivamente las Directrices sobre interacción entre la PSD2 y el RGPD parece llegar, DIVISENKO, N., «Title IV, Chapter 4...», *op. cit.*, p. 187.

⁸⁴ En general, sobre la necesidad de modificar la DSP2 en aras de la coherencia con el RGPD *vid.* AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, 2022, p. 114. Sin embargo, en el estudio de revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago se concluye que no es necesaria ninguna modificación (COMISIÓN EUROPEA, DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION, BOSCH CHEN, I., FINA, D., HAUSEMER, P., ET AL., *A study on the application...*, *op. cit.*, p. 171).

que ni siquiera transpone la mitad de su homólogo europeo⁸⁵. Quizás se consideró que esos dos párrafos eliminados resultaban superfluos o irrelevantes en relación con el RGPD⁸⁶. Ciertamente, tal podría ser el caso en cuanto al tratamiento para la prevención, investigación y descubrimiento del fraude en los pagos, porque la aplicación de las reglas generales de protección de datos no presentadas interpretativas. Pero desde luego, no es el caso de la previsión del art. 94.2 DSP2.

Si la interpretación que de dicho precepto se hace en las Directrices del Comité Europeo de Pagos de 2020 es correcta —y en tanto no haya un pronunciamiento del TJUE que la modifique, así debería entenderse—, resulta que el RDLSP ha dejado de transponer un requisito de carácter contractual impuesto por la Segunda Directiva de servicios de pago que, en este extremo, es de máxima armonización. El problema es que, si se trata de una norma especial de derecho contractual, está llamada a tener efectos jurídico-privados y, entre particulares, no cabe la aplicación directa de una directiva europea.

Cosa distinta es que el art. 94.2 DSP2 pueda —y, a mi juicio, deba— ser cuestionado por no estar clara su utilidad, que urja una interpretación jurisprudencial de su significado y efectos e, idealmente, su modificación (al menos para aclararlo) en la próxima norma europea de servicios de pago.

En la práctica —al menos en la relativa a los contratos marco de servicios de pago regidos por el RDLSP—, lo habitual es que el proveedor de servicios de pago requiera el consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos de carácter personal. Ahora bien, la prestación del consentimiento exigido por el art. 94.2 DSP2 que no requiere el art. 65 RDLSP, dada la transposición parcial, debe tener unos requisitos diferentes a los previstos en el art. 7 RGPD, porque no se trata de lo mismo. El problema es que no está claro cuáles hayan de ser esos requisitos a nivel europeo, en tanto legislación armonizada y, desde luego, tampoco a nivel de nacional, dado que en nuestra legislación ni siquiera se contempla la exigencia del «consentimiento expreso» «contractual» para el tratamiento de los datos personales de los usuarios de servicios de pago.

Entonces, lo que tampoco está claro es a qué está consintiendo el usuario de servicios de pago cuando en un contrato regido por el RDLSP da el consentimiento al tratamiento de sus datos personales. Probablemente sea una mezcla de la exigencia del art. 94.2 DSP2 cumplida voluntariamente por los proveedores aún a falta de correcta transposición al ordenamiento español y uno de los múltiples consen-

⁸⁵ Tampoco en la LOPDgdd se prevé especificidad alguna en cuanto al tratamiento de datos personales en sede de prestación de servicios de pago.

⁸⁶ ZUNZUNEGUI, F., «Luces y sombras...», *op. cit.*, (versión digital).

timientos que puede exigir el RGPD, por ejemplo —según los casos— para el tratamiento de categorías especiales de datos o para el tratamiento ulterior con una finalidad distinta a la prestación de servicios de pago. Pero si este es el caso, ese consentimiento será contrario al art. 7.2 RGPD que exige que, en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, como puede ser la contratación de servicios de pago, la solicitud de consentimiento se presente de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo.

En definitiva, tanto el art. 94.2 DSP2 como su falta de transposición en el art. 65 RDLSP generan un nivel de inseguridad jurídica que urge paliar. No puede sino concluirse que lo que se plantea en las normas de servicios de pago como una supuesta medida de tutela de los intereses del usuario, en concreto, de su privacidad, no tiene ningún efecto positivo sobre su protección. Al contrario, puede estar generando situaciones de mayor riesgo si al usuario no se le informa adecuadamente sobre qué es lo que está consintiendo o, cuando menos, puede inducir a confusión.

Por otro lado, la falta de seguridad jurídica derivada de la aparente incoherencia entre el RGPD y la Segunda Directiva de servicios de pago, así como la transposición parcial del art. 94 DSP2 al ordenamiento jurídico español, también perjudica a los proveedores de servicios de pago, a los que resulta difícil poder evaluar adecuadamente el riesgo de cumplimiento legal en este punto, en toda la UE y, en especial, en el mercado español.

CAPÍTULO 8

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

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

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

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

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

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

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

² *Ibid.*, p. 563.

³ *Ibid.*, p. 552 y 555.

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

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

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

II. OPERACIONES NO AUTORIZADAS⁵

1. Ámbito de aplicación y delimitación

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Considerando 73 DSP2.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La rectificación de la operación de pago no autorizada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Considerando 70 DSP2.

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

3. La regla general de la responsabilidad del proveedor

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Responsabilidad del ordenante

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

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

¹⁹ Q&A 2021_6305.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ El art. 46.1.b) RDLSP dispone que el ordenante quedará exento de toda responsabilidad cuando «la pérdida se debiera a la acción o inacción de empleados o de cualquier agente, sucursal o entidad de un proveedor de servicios de pago al que se hayan externalizado actividades».

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

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

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

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

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

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

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

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

III. OPERACIONES NO EJECUTADAS O EJECUTADAS DEFECTUOSAMENTE

1. Delimitación del supuesto de hecho

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

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

³⁰ Q&A 2018_4042.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El supuesto del identificador único incorrecto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Operaciones iniciadas por el ordenante

La regla general establecida en el art. 8 LTT se mantiene hasta el vigente art. 60.1 RDLSP⁴¹. El proveedor de servicios de pago del ordenante es responsable frente a su usuario de la correcta ejecución de la orden de pago, durante toda la cadena de pago hasta llegar a la cuenta del beneficiario⁴² —en cuyo caso, si procede, luego podrá repetir contra el PSP efectivamente responsable *ex art.* 63⁴³ en virtud de las reglas de distribución de responsabilidad de los arts. 60 y 61 RDLSP—. El riesgo de la operación y, por tanto, la responsabilidad última en caso de error, se traslada del proveedor del ordenante al del beneficiario, solo cuando el primero pueda acreditar que el segundo recibió el importe de la operación en el plazo oportuno. Nótese que el cese de la responsabilidad del proveedor del ordenante se sitúa en el instante en el que los fondos entran en la esfera de control del proveedor del beneficiario: cuando se abonan, no en la propia cuenta del destinatario de la operación, sino en la de su PSP. Esta es la regla que rige para los supuestos de operaciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ «Artículo 62 [RDLSP]. Indemnización adicional.

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

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

⁴⁹ «Artículo 91. Indemnización económica adicional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ Considerandos 73 y 74 DSP2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo de esta monografía ha sido analizar el régimen jurídico aplicable a la contratación de servicios de pago, evaluando su eficacia, en particular, por lo que se refiere a la tutela de los intereses económicos —fundamentalmente, aunque no solo— de los usuarios de estos servicios financieros. De todo este análisis se derivan, por una parte, una serie de conclusiones de fondo, en relación al derecho sustantivo aplicable a la contratación de servicios de pago y, por otra parte, un conjunto de consideraciones materiales que tienen más que ver con el ordenamiento aplicable a los servicios de pago, la técnica normativa utilizada, la calidad de la legislación, etc.

Empezando por las cuestiones de fondo, la primera conclusión alcanzada es que el régimen jurídico vigente no tutela adecuadamente los intereses de los usuarios de servicios de pago y urge su actualización. Ciertamente, la previsión de un régimen especial en materia de servicios de pago constituye, en sí mismo, el mecanismo jurídico más efectivo para la tutela de los intereses de los usuarios, en tanto que parte débil de la relación contractual de servicios de pago. Sin embargo, la situación de *lege data* dista de ser lo suficientemente eficaz como para conseguir una protección efectiva de los intereses —especialmente económicos— de los usuarios. En el mercado aparecen constantemente innovadoras soluciones de pago que, en ocasiones, no está claro si pueden subsumirse en el ámbito de aplicación de la norma; serían los casos, por ejemplo, de los servicios de tokenización de tarjetas de pago

a través de aplicaciones móviles. Y a ello debe añadirse que determinados aspectos sustantivos de este régimen siguen siendo mejorables.

En primer lugar, sería conveniente recoger un tipo específico de servicios, que en este trabajo se han denominado «servicios complementarios» y prever un régimen adecuado a su contenido que, en vista de los desarrollos del sector, fundamentalmente se basa en la gestión de datos y no en el procesamiento *per se* de operaciones. Entre ellos, el ejemplo más representativo ya sujeto a la norma son los servicios de información sobre cuentas. Pero otros también muy extendidos en el mercado como los servicios de emisión de instrumentos de pago o los de tokenización de instrumentos de pago podrían integrar también esta categoría. Este tipo de servicios, sobre todo aquellos que no suponen ninguna intervención en la ejecución de operaciones de pago, tienen unas características muy diferentes a los servicios de pago *clásicos* y merecen un tratamiento diferenciado, puesto que plantean retos y riesgos distintos, especialmente teniendo en cuenta que no implican la gestión de fondos de los usuarios sino de datos, tanto de carácter financiero como personal. Al hilo de esto, creemos necesario el reconocimiento legal de tres subcategorías distintas de contratos de servicios de pago: los contratos marco, los contratos de operación de pago singular y los contratos de servicios complementarios; cuyas especificidades deben encontrar una respuesta diferenciada y adecuada en el régimen legal aplicable, del mismo modo que desde la Primera Directiva de servicios de pago se establecieron algunas previsiones diferenciadas entre los contratos marco y los contratos de operación de pago singular, e incluso el régimen vigente contiene algunas especialidades para los servicios de información sobre cuentas.

Por otro lado, en general, una de las mayores deficiencias del régimen vigente, desde la perspectiva de su aplicación efectiva, es que el RDLSP —igual que la Directiva— prevé escasas consecuencias jurídico-privadas ante la contravención del régimen especial por parte de los proveedores de servicios de pago. Además, con frecuencia la naturaleza de estos servicios hace que para el usuario resulte muy complicado hacer valer sus derechos conforme a las reglas generales de contratación, sobre todo por los elevados costes que ello le puede suponer. Ello afecta especialmente a las microempresas que, a pesar de beneficiarse del régimen más tuitivo previsto por el RDLSP para los consumidores, no pueden tutelar sus intereses a través de otras normas como la LCDSFC o el TRLGDCU. En general, tanto si el problema es la posible nulidad del contrato o de una de sus cláusulas, como si se trata de exigir su cumplimiento, probablemente sea más económico y rápido resolver el contrato y buscar otro proveedor que iniciar un procedimiento judicial. Con carácter general, acreditar el incumplimiento y la producción del daño quizás no sea demasiado complicado (sobre todo, teniendo en cuenta que el RDLSP impone la carga de la prueba

al proveedor en muchos extremos), sin embargo, la cuantificación del daño puede ser prácticamente imposible para el usuario y, a veces, también demostrar el nexo causal. Pero aunque ello se logre, en muchas ocasiones la cuantía será tan baja que el coste y tiempo de litigación hagan que la demanda no resulte rentable. Por ello es fundamental que las próximas normas de servicios de pago prevean los efectos jurídico-privados de su contravención, remedios que deberán ser obligatorios siempre que el usuario sea consumidor o microempresa y dispositivos en otro caso.

La necesaria transparencia e información al usuario debe concretarse en una serie de derechos de carácter sustantivo en todas las fases de la relación con el proveedor de servicios de pago. Para que las obligaciones de información cumplan su finalidad, la legislación especial de servicios de pago debe, en primer lugar, sistematizar en una norma de rango legal —con mayor claridad que en el RDLSP— las obligaciones de información, sin perjuicio de que se proceda a su detalle en una norma reglamentaria. En segundo lugar, deben preverse expresamente las consecuencias jurídico-privadas de su contravención. Ambas medidas resultan ya familiares en la legislación del mercado financiero, pues se han adoptado en materia de crédito al consumo y de crédito inmobiliario. En servicios de pago convendría tasar los efectos que sobre el contrato tiene el incumplimiento de cada una de las obligaciones de información en función de varios criterios: la fase de la relación contractual en la que se produzca, la subcategoría de contrato de servicios de pago (marco, de operación de pago singular o de servicios complementarios) y la gravedad del incumplimiento.

En fase precontractual, carece de sentido que se exija al proveedor de servicios de pago proporcionar de la misma forma toda la información que debe facilitarse en fase contractual, pues produce el efecto contrario al pretendido: el usuario está desinformado por exceso y la comparabilidad entre ofertas es muy complicada. Por ello, sería conveniente establecer la presentación de la información previa por niveles o capas. En una primera capa se da la información esencial y para el detalle de la misma se remite a otro documento o *web* (segundo nivel). También es deseable la elaboración a nivel europeo de un modelo normalizado de información precontractual, para facilitar la comparabilidad transfronteriza. Finalmente, a mi juicio, debería prohibirse que la información precontractual sea absolutamente genérica, de modo que no permita al usuario valorar adecuadamente la oferta concreta (por ejemplo, que no recoja las bonificaciones aplicadas por el proveedor de servicios de pago en función de la edad del usuario, del tipo de operativa escogida, de la domiciliación de recibos o del cobro de ingresos periódicos, etc.). Por lo que respecta a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información previa, deberían tipificarse los casos que pueden dar lugar a la anulabilidad del contrato

y, para aquellos de menor entidad, establecer el derecho del usuario a una indemnización por la obstaculización de la adecuada comparación previa, sea con importes tasados o por referencia a un método objetivo de cálculo.

Por su parte, en fase contractual debería declararse expresamente el carácter formal del contrato marco y aclarar qué información de la requerida por la norma para cada subcategoría de contrato de servicios de pago tiene carácter esencial. A mi juicio, toda la exigida *de lege data* es esencial, en tanto configura el propio objeto del contrato marco. Igualmente interesaría concretar las consecuencias de la falta de información esencial y no esencial, creemos, en el mismo sentido que el expresado para la información precontractual. En contratos de operación de pago singular, a pesar de que la literalidad del desarrollo reglamentario se refiere a la obligación del proveedor de *poner a disposición* la información pertinente, esta ha de ser *facilitada* pues así lo dispone el art. 29.1 RDLSP.

Por otro lado, el régimen de modificación de condiciones contractuales previsto en el art. 33 RDLSP no es suficiente. Primero porque solo se aplica al contrato marco de servicios de pago; y segundo porque ante la propuesta de modificación por parte del proveedor, el usuario solo puede aceptarla o resolver el contrato. La consecuencia es que se aboca al usuario a extinguir una relación contractual que cubría sus necesidades, y a quien el cambio de proveedor puede suponerle costes añadidos (por ejemplo, por resolución de contratos vinculados o por el inicio de una relación contractual con un nuevo proveedor). La gratuidad del servicio de traslado de cuentas —imperativa solo cuando el usuario es consumidor— debería extenderse, al menos, también a las microempresas. También podría establecerse legalmente que el contenido de los comparadores de comisiones por los servicios más representativos vinculados a una cuenta de pago se extendiese a los servicios de pago no basados en cuenta o que abarcasen no solo las comisiones sino también el resto de condiciones más significativas. Al menos, ello debería establecerse para el comparador público gestionado por el Banco de España.

Debiera modificarse el contenido del art. 33 RDLSP que no ha transpuesto correctamente el art. 54 DSP², ya que el usuario ha de disfrutar de la facultad de resolución gratuita siempre que rechace la modificación propuesta por el proveedor, y no solo cuando se haya pactado el consentimiento tácito.

La modificación de los contratos de información sobre cuentas carece de reglas especiales y, en tanto contrato de servicios de pago de carácter duradero convendría, o bien prever un régimen *ad hoc*, o bien someterla a las reglas que para el contrato marco prevé el art. 33 RDLSP. *De lege data*, únicamente cuando el usuario sea consumidor

sus intereses quedarán protegidos por lo dispuesto en el art. 85.3 TRLGDCU, aplicable solo parcialmente, de acuerdo con el cual el propio contrato de información sobre cuentas deberá prever los motivos que se consideran válidos para el cambio de condiciones y el proveedor deberá comunicarlo con cierto preaviso, aunque no se especifica cuál. El régimen *ad hoc* o la ampliación de la aplicación del art. 33 RDLSP, debe tutelar por igual a los consumidores y a las microempresas. Además, convendría que esta nueva previsión se aplicase a cualquier servicio complementario.

En relación a las consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento de los requisitos necesarios para la modificación de condiciones del contrato, el régimen de servicios de pago no prevé ninguna regla especial, de modo que habrá de acudirse a las reglas generales del Derecho privado. A mi juicio, convendría que fuera la propia norma de servicios de pago la que fijase los efectos concretos que el incumplimiento de las obligaciones del proveedor en materia de modificación puede acarrear, tanto para el caso de los contratos marco como de los contratos de información sobre cuentas. Quizás, más efectivo que la nulidad o la regla general de la indemnización, sería el establecimiento del derecho del usuario a resolver el contrato de forma gratuita y, adicional o alternativamente, fijar una indemnización objetiva a satisfacer por el proveedor.

En relación a la facultad de resolución del contrato marco de servicios de pago, a mi juicio, lo que el RDLSP denomina resolución es, en realidad, un derecho de desistimiento, pues puede ejercitarse por el usuario sin necesidad de justificar su decisión. Además, se trata de un derecho especial de desistimiento, al contar con especialidades que lo caracterizan respecto del previsto en otras normas: se reconoce tanto a usuarios como a microempresas, su ejercicio no se somete a plazo alguno y es independiente de la duración del contrato o del tiempo que este haya estado en vigor. Además, tiene efectos *ex nunc* por la propia naturaleza del contrato.

Más allá de esta discrepancia, se valora positivamente que el legislador español haya ejercitado la opción concedida por la Directiva de prever un régimen más favorable para los usuarios de servicios de pago que el establecido en la norma europea, eliminando la posibilidad de que en el contrato marco se pacte un plazo de preaviso. Si bien sería conveniente modificar algunos aspectos. Primero, ubicar este precepto en el título dedicado a los derechos y obligaciones de las partes, en lugar de en el de transparencia. Segundo, establecer expresamente la nulidad de las «comisiones por cancelación»: aunque es una consecuencia que claramente se deriva de que la ley establece imperativamente la gratuidad general de la resolución del contrato —si el usuario es consumidor o microempresa—, su previsión explícita aporta mayor seguridad jurídica y puede tener un efecto disuasorio para las entidades.

Tercero, para los casos en que el contrato haya estado en vigor menos de 6 meses, ha de aclararse que, cuando la norma permite cobrar una «comisión» o «gasto» «adecuado y acorde con los costes», no se está permitiendo un concepto retributivo ni penalizador, sino meramente compensatorio del gasto efectivo en que haya incurrido el proveedor. En general, tanto la Directiva como la norma española debieran utilizar apropiadamente en toda su extensión los conceptos de «comisión» y «gasto», cuyo uso indistinto genera inseguridad jurídica.

Además, igual que en sede de modificación, es preciso que la norma de pagos prevea un régimen *ad hoc* para la resolución de los contratos de servicios complementarios, o bien, que la sujete a los mismos requisitos que la resolución del contrato marco de servicios de pago.

Por otra parte, todavía en sede de resolución, ante el justo reconocimiento de la facultad del proveedor de resolver el contrato deben preverse medidas, más allá del preaviso de dos meses, que fortalezcan la posición de un usuario naturalmente en desventaja y para el que la resolución de un contrato de servicios de pago puede suponer un inconveniente mayor que para la entidad, especialmente cuando tiene contratados diversos servicios vinculados.

Ambas normas y, al menos, la española, deberían fijar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del proveedor derivadas del ejercicio del derecho de resolución (desistimiento) del usuario, o bien del ejercicio de su propia facultad de resolución unilateral. En ambos casos caso, uno de los efectos jurídico-privados expresamente previstos podría consistir en una indemnización por daños y perjuicios. Adicionalmente, cuando la resolución se produzca a iniciativa del proveedor y este incumpla sus obligaciones (preaviso, medio de notificación pactado, etc.), conviene fijar como consecuencia la ineficacia de la misma y, en su caso, la retrotracción de la relación al momento previo a la notificación ineficaz. Y cuando sea el usuario quien desista del contrato, y el proveedor cobre indebidamente una comisión por cancelación, habría que fijar la improcedencia de dicho cobro y la obligación del proveedor de devolverla, junto a los correspondientes intereses.

En segundo lugar, pueden preverse otras medidas accesorias que, sin suponer un coste de cumplimiento elevado para los proveedores, podrían proteger al usuario. A modo de ejemplo: la obligación de establecer en el contrato las causas de extinción a las que puede acogerse el proveedor, la ampliación del plazo de preaviso, el ofrecimiento de un contrato alternativo por el mismo proveedor, la prohibición de resolución cuando existan contratos vinculados, la medida en relación a los comparadores indicada *supra*, etc.

En otro orden de cosas, el sistema de responsabilidad previsto en la Segunda Directiva de servicios de pago y transpuesto en el RDLSP no

tutela efectivamente los intereses de los usuarios, pues no contiene reglas especiales para resarcir los daños y perjuicios causados al cliente sino que fundamentalmente impone obligaciones de rectificación de errores.

Conviene recuperar el sistema de reparación del daño que preveía la normativa sobre transferencias transfronterizas, tasando mediante una fórmula de cálculo la indemnización de daños que debe abonar el proveedor responsable al usuario perjudicado por los distintos conceptos (comisiones por la ejecución de la operación defectuosa, posibles intereses por descubierto, etc.), incluidos los que se hayan podido causar en el marco de la relación subyacente.

Esta indemnización debe preverse como efecto jurídico-privado complementario a la correspondiente rectificación de la operación y, en su caso, a la restitución de la cuenta del cliente. Consecuencias que, por otro lado, no son procedentes en todos los casos, pues hay operaciones fallidas que, en teoría, deben quedar cubiertas por el régimen vigente y, sin embargo, las obligaciones impuestas por este se refieren constantemente a la devolución y al restablecimiento de la cuenta, que en muchas ocasiones no tendrán sentido pues no hay nada que devolver o restituir: así, en las operaciones ejecutadas completamente pero en las que se ha producido un retraso, o aquellas no ejecutadas en las que el proveedor del ordenante ni siquiera llegó a adeudar el importe en la cuenta del usuario, u operaciones en las que no hay una cuenta en la que poder hacer efectivas las obligaciones impuestas por los arts. 45 y 60 RDLSP.

Pero convendría que las modificaciones en materia de responsabilidad fueran mucho más allá. En aras de un nivel adecuado de seguridad jurídica y de la efectividad del régimen especial de responsabilidad, este debe sistematizarse, incluyéndolo en un título o capítulo separado.

Urge también la definición de los supuestos de hecho a los que se aplica cada parte de dicho régimen especial, diferenciando claramente entre los que constituyen una operación no autorizada, una incorrecta, una defectuosa, una ejecutada con retraso y aquella ejecutada «con un pequeño retraso» o «simplemente con retraso». Han de incluirse también los supuestos de incumplimientos que, hasta ahora, no parecen cubiertos por las reglas de responsabilidad, puesto que no se prevé para ellos ninguna consecuencia; son los casos, por ejemplo, de falta de confirmación de la disponibilidad de los fondos o de negativa de acceso a proveedores de servicios de pago terceros.

También es imperiosa la revisión del art. 43 RDLSP. Por un lado, porque no parece justo condicionar el derecho del usuario a obtener la restitución de una operación incorrecta que es consecuencia de una negligencia del proveedor o de un incumplimiento de sus obligaciones. Por otro, porque no está claro cuál es el contenido de ese derecho de

rectificación, ni cómo ha de interpretarse en relación con los arts. 45, 60 y 61 RDLSP, dedicados a las operaciones no autorizadas y a las operaciones ejecutadas defectuosamente.

Y a todo lo anterior debe añadirse la necesidad de aclarar el alcance de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que contiene el régimen de responsabilidad: «sin demora injustificada», «sin dilación indebida», «comisiones o gastos», «intereses aplicados al usuario», «indemnización económica adicional», «simplemente con retraso», «pequeño retraso», por citar los más destacados.

Ahora bien, es probable que ninguna de las medidas anteriores sea suficiente sin un sistema adecuado de resolución alternativa de conflictos. En mi opinión, son necesarios mecanismos obligatorios y eficaces de resolución alternativa de conflictos que puedan resolver con carácter vinculante sobre los efectos jurídico-privados derivados de un incumplimiento contractual en materia de servicios de pago.

Decíamos al principio de este apartado final que, junto a las conclusiones sustantivas recién expuestas, había otras de índole material. En primer lugar, se ha advertido que a pesar de que la Segunda Directiva de servicios de pago es de máxima armonización, deja margen de decisión a los Estados miembros sobre aspectos fundamentales que impiden la consecución de unas condiciones de prestación de servicios de pago homogéneas en toda la UE, favoreciendo la fragmentación del mercado y el *forum shopping*. De entre las opciones que da la Directiva, son especialmente preocupantes las que siguen: en primer lugar, la falta de claridad sobre la armonización plena de su ámbito de aplicación (art. 2 DSP2) —sobre ello se propone una interpretación correctora, en el sentido de que todo el precepto está armonizado salvo su apartado 5 que expresamente da una opción a los Estados miembros—; en segundo lugar, la posibilidad de que sean los Estados miembros quienes elijan si el régimen imperativo se aplica solo a los consumidores o también a las microempresas (arts. 38.2 y 61 DSP2) —a mi juicio esta opción debería ser imperativa en toda la UE—; y en tercer lugar, la opción de prever un régimen de resolución más tuitivo para los usuarios (art. 55.6 DSP2) —que aunque favorable para estos, supone una dificultad sustancial para los proveedores que prestan servicios en varios Estados miembros—.

Hay además otras cuestiones de gran trascendencia que entorpecen el buen funcionamiento del mercado único: la interpretación nacional divergente de algunas de las cuestiones armonizadas plenamente, que tienen que ver especialmente con la existencia de múltiples conceptos indeterminados a lo largo de la Directiva; la falta de reglas especiales sobre la ley aplicable al contrato transfronterizo de servicios de pago y sobre competencia judicial y arbitral; y las dudosas excepciones aplicables en caso de operaciones de una sola rama (internacionales).

En fin, para la consecución de un mercado único de pagos, la herramienta legislativa más adecuada es un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, pues solo así podrá conseguirse un régimen verdaderamente homogéneo en toda la UE. Y ello sin perjuicio de que transitoriamente se permita cierta discrecionalidad a los Estados miembros en relación a determinados aspectos característicos de sus mercados nacionales cuya apresurada adaptación pudiera resultar demasiado gravosa para el sector financiero, como se hizo en su día con la entrada en aplicación paulatina de las reglas SEPA o de la autenticación reforzada de clientes. Afortunadamente, también la Comisión Europea ha llegado a la misma conclusión y todo el régimen de información y transparencia, derechos y obligaciones de las partes y responsabilidad será regulado en un futuro próximo por el primer Reglamento de Servicios de Pago, actualmente en tramitación.

Con suerte, ello supondrá un alivio a las dificultades de aplicación homogénea de las normas especiales de servicios de pago. Sin embargo, no está claro que vaya a ser suficiente para moderar la complejidad de todo el régimen jurídico holísticamente considerado aplicable a estos servicios. Nos referimos no solo la Segunda Directiva o el Real Decreto-Ley de servicios de pago, sino también el resto de legislación aplicable a estos servicios, así como toda la legislación conexas que resulta de aplicación a determinados aspectos o en relación a algunos contratos (normas sobre dinero electrónico, contratación a distancia, contratación mediante condiciones generales, transparencia bancaria, de protección de consumidores, protección de datos de carácter personal, prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, resiliencia digital operativa, etc.). El nivel de complejidad del marco jurídico aplicable a la contratación de servicios de pago resulta probablemente excesivo.

Lejos de tratar de racionalizar este marco normativo, los planes legislativos a nivel europeo auguran una mayor intensidad de la interconexión entre diferentes normas, muy técnicas y complejas, que aumentará, más si cabe, la necesidad de una adecuada coordinación normativa. Ello plantea un gran reto en este momento de revisión de la Segunda Directiva de servicios de pago, inaplazable con respecto al Reglamento MiCA¹, al euro digital, a la última modificación de

¹ A algunas de las cuestiones abiertas en relación a la interacción entre el Reglamento MiCA y la legislación europea de servicios de pago me he referido en CASTILLO OLANO, A., «European payments in the foreseeable future: in pursuit of a coherent legal framework for stablecoins» en *Ianus. Diritto e Finanza*, núm. 21, 2020, pp. 63-103; y en «La potencial regulación europea de las criptomonedas estables como medio de pago» en GARCÍA y NÚÑEZ (dirs.), *El Derecho ante la tecnología: innovación y adaptación*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 173-207. En general, sobre el Reglamento MiCA se recomienda la lectura de MADRID PARRA y PASTOR SEMPERE (dirs.), BLANCO SÁNCHEZ y CEDIEL (coords.), *Guía de cryptoactivos MiCA*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

las normas sobre contratación a distancia de servicios financieros con consumidores, a la legislación en materia de sistemas de pago, y a la de protección de datos de carácter personal. Además de, por supuesto, el resto de novedosas iniciativas legislativas que ya están en marcha en relación a la digitalización de los mercados financieros. Ciertamente es que, en aras de una primera simplificación normativa, parece que el legislador europeo va a abordar la fusión del régimen jurídico del dinero electrónico con el de los servicios de pago, como de hecho ha ocurrido ya en varios Estados miembros, pues a día de hoy están tan estrechamente vinculados que no parece tener mucho sentido mantener dos normas separadas, pero difícilmente esta medida será suficiente.

A la vista de la constante evolución del sector financiero, es necesaria una legislación de calidad, técnicamente rigurosa y que responda adecuadamente a los retos que plantea el mercado y, a nivel europeo, a los propios fines de la Unión. En materia de servicios de pago los objetivos principales de la legislación son la protección del usuario y el aumento de la competencia en igualdad de condiciones entre proveedores, requisitos *sine qua non* para el mercado único de pagos y la UEM. Sin embargo, tanto el propio marco jurídico de los servicios de pago, como su interconexión con el resto de normas aplicables —que adolece en ocasiones de una falta de coordinación desconcertante (en especial, en materia de sistemas de pago, de protección de datos de carácter personal, y también en relación con los servicios de criptoactivos utilizados con una función de pago)—, tienen lagunas e inconcreciones que generan un nivel de inseguridad jurídica que pone en riesgo el efecto útil de la Segunda Directiva de servicios de pago y, desde luego, la consecución de sus objetivos.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Segunda Directiva de servicios de pago no es coherente con el Reglamento General de Protección de Datos. Tampoco lo son las directrices emitidas al respecto por el Comité Europeo de Protección de Datos, que parece haber hecho un esfuerzo por dotar de cierta validez a las cuestionables previsiones sobre protección de datos contenidas en la Directiva de servicios de pago. A pesar de ello, persiste un grado preocupante de inseguridad jurídica y de desequilibrio de la competencia en el mercado de servicios de pago, en contra sobre todo de los proveedores de servicios de pago terceros, que pone límites de dudosa idoneidad al fenómeno del *open banking*. A mi juicio, las reglas sobre protección de datos contenidas en la Segunda Directiva de servicios de pago deben entenderse derogadas tácitamente por el RGPD en lo que a él se oponen, por ser ley posterior. Convendría eliminar cualquier regla específica —que no especial— sobre protección de datos de carácter personal en la legislación de servicios de pago, o, al menos, revisarlas en profundidad.

A la inseguridad jurídica provocada por la falta de coherencia entre las normas europeas, se suma en España la provocada por la transposición parcial del art. 94 DSP2. Lo que se plantea en las normas de servicios de pago como una supuesta medida de tutela de los intereses del usuario (su privacidad), no tiene ningún efecto positivo sobre su protección; al contrario, puede estar generando situaciones de mayor riesgo cuando, en la práctica, los proveedores de servicios de pago no solicitan de forma diferenciada los consentimientos que, por un lado, exige la normativa de servicios de pago y los que, en su caso, se recaben de conformidad con el RGPD.

A nivel general, más allá de la protección de los datos de carácter personal, la falta de coherencia no se produce solo a nivel europeo. Del estudio de la interacción entre el Real Decreto Ley de servicios de pago y su normativa de desarrollo, la Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Orden de transparencia bancaria y la Ley de condiciones generales de contratación, se desprende que el legislador español no ha sido capaz de diseñar un marco jurídico que garantice la eficacia en la aplicación del régimen de servicios de pago y asegure que la interrelación entre este y la normativa conexa (así como, en general, con el Derecho contractual) es consistente y da lugar a un marco jurídico integral, eficiente y racional. Para colegir el régimen jurídico aplicable a un contrato de servicios de pago concreto es necesario ir de unas normas a otras y resulta que, incluso cuando las diferencias entre unos y otros no son sustanciales (por ejemplo, un contrato de cuenta celebrado online por un consumidor *vs.* un contrato con las mismas exactas condiciones celebrado presencialmente con otro consumidor), su régimen jurídico sí lo es. En este trabajo se han identificado diversos aspectos en los que las normas españolas contravienen lo dispuesto en la Segunda Directiva de servicios de pago, que en su práctica totalidad es de máxima armonización. Es el caso, por ejemplo, de la gratuidad de la resolución por el usuario como consecuencia de una propuesta del proveedor de modificación del contrato marco y del art. 65 RDLSP sobre protección de datos. Se ha tratado de ofrecer, en la medida de lo posible, una interpretación jurídicamente rigurosa y coherente con los objetivos de la Directiva, ante la imposibilidad jurídica de su aplicación directa entre particulares.

En fin, más allá de todas estas consideraciones, si hay una conclusión general que colegir de toda esta investigación es, sin duda, la existencia del Derecho de los servicios de pago, que se erige hoy como la cuarta rama del Derecho del mercado financiero. Desde hace más de tres décadas se ha ido configurando un cuerpo jurídico europeo dedicado a los servicios de pago, conformado principalmente por la normativa de servicios de pago, pero que también incluye la relativa a la Zona única de pagos en euros (SEPA), a los pagos transfronterizos,

a las tasas de intercambio y a los sistemas de pago. Previsiblemente, en los próximos años este marco jurídico se completará con la adopción de nuevas normas de carácter financiero que también afectarán directamente a las relaciones jurídicas en los servicios de pago, por ejemplo, con la creación de un marco jurídico sobre el euro digital, llamado a ofrecer un equivalente digital a los billetes y monedas en euros.

Las especialidades de un sector tan técnico como es el de los servicios de pago, que además son los servicios financieros más universales, y la incesante evolución del mercado en el que ya se reconoce con autonomía el fenómeno *paytech*, nos llevan a concluir que la importancia del Derecho aplicable a los servicios de pago será cada vez mayor y que, además, su complejidad requiere de cierta especialización para el estudioso del Derecho, igual que en su día sucedió con el derecho bancario, el derecho de seguros y el derecho del mercado de valores.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., PIÑAR (dir.) y RALLO (coord.), *Memento práctico de protección de datos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Digitalización y medios de pago: hacia un nuevo modelo de integración del sistema de pagos minoristas» en MUÑOZ PÉREZ, A.F., (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 504-526.
- ALONSO LEDESMA, C., «La desintermediación en los medios de pago» en MUÑOZ PÉREZ, A.F., (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 483-503.
- «Los nuevos proveedores de servicios de pagos: una primera aproximación a la Segunda Directiva de servicios de pagos» en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 1, 2018 (versión digital).
- ALVARADO HERRERA, L., «El servicio de iniciación de pagos en la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior» en *La Ley mercantil*, núm. 34, 2017 (versión digital).
- «La responsabilidad de los proveedores de servicios de pago en caso de no ejecución o ejecución defectuosa de operaciones en el proyecto de ley de servicios de pago», en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, MADRID PARRA (dir.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 193-208.
- «Autenticación reforzada de cliente y responsabilidad en la segunda directiva de servicios de pago», en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 5, 2023, pp. 87 y ss.
- APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ARAGÓN REYES, M., «Las fuentes de la contratación bancaria, en particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España» en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 41-62.
- ARROYO APARICIO, A., «Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de Ley de incorporación de la Directiva

- 2002/56/CE» en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 14, 2007, pp. 39-57.
- AURIOLES MARTÍN, A. J., «La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1991, pp. 892-900.
- AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BONET SÁNCHEZ, J. I., «El contrato bancario» en NIETO (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 79-103.
- BUESO GUILLÉN, P.-J., «Cumplimiento telemático de la obligación de información previa a la modificación del contrato marco de servicios de pago: A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de enero de 2017 en el asunto C-375/15 “BAWAG vs. Vfbk”» en MARIMÓN DURÁ, R. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (dirs.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191-214.
- «Aproximación al tratamiento antitrust de las conductas de los guardianes de acceso en el mercado digital de servicios de pago» en ROBLES MARTÍN-LABORDA y OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 425- 443.
- «Servicios de pago, sistemas de pago y derecho de la competencia» en MARTÍ MIRAVALLS (dir.) y RODILLA MARTÍ (coord.), *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 215-232.
- «Transparencia y contratación de servicios de pago: una aproximación crítica» en ALONSO PÉREZ, M. T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios Digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 227-266.
- CARRASCO PERERA, A., *et al.*, «Fuentes del Derecho. Aplicación y eficacia general de las normas jurídicas» en ALBALADEJO, M., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1992 (versión digital)
- CASAS VALLÉS, R. «Defensa de los consumidores y derecho civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 91, núm. 1, 1992, pp. 79-120.
- CASTILLO OLANO, A., «European payments in the foreseeable future: in pursuit of a coherent legal framework for stablecoins» en *Ianus. Diritto e Finanza*, núm. 21, 2020, pp. 63-103.
- «La nueva estrategia de pagos minoristas de la Unión Europea» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2021, pp. 385-399.
- «La potencial regulación europea de las criptomonedas estables como medio de pago» en GARCÍA y NÚÑEZ (dirs.), *El Derecho ante la tecnología: innovación y adaptación*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 173-207.

- «Responsabilidad de los proveedores de servicios de pago por operaciones no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente: régimen vigente y futuro» en *La Ley mercantil*, núm. 37 (junio), 2017 (versión digital).
- «Transparencia, datos personales y servicios de pago» en ALONSO PÉREZ, M. T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dirs.), *Servicios Digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 267-303.
- «Distributed Ledger Technology en el mercado de pagos: más allá de las criptomonedas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 27, 2020, pp. 123-162.
- «Pasado, presente y futuro de la legislación de servicios de pago en la Unión Europea» en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 34, 2024.
- «Régimen jurídico de las operaciones de pago fraudulentas: análisis y perspectivas en España» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 9, 2025.
- CASTILLO VÁZQUEZ, I-C, «Consentimiento (comentario al artículo 4.11 RGPD)» en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 679-692.
- «Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal (comentario al artículo 7 RGPD y al artículo 6 LOPDGDD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 679-6692 y 954-956.
- CERVERA NAVAS, L., «El Comité Europeo de Protección de Datos» en RALLO (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 655-670.
- CHRISTI, S. (ed.), *The Payment Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, John Wiley & Sons, Nueva York, 2019.
- CONESA, C.; GORJÓN, S. y RUBIO, G., «Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago, la PSD2» en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 35, 2018, pp. 81-101.
- COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- CUÑAT EDO, V., «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en POLO (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 605-622.
- «Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada» en FAJARDO, G. (coord.), *Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978*, Centro de Alzira-Valencia de la UNED, Alzira, 1992, pp. 301-318.
- CYNDECKA, M., «The Interplay between the Framework for Payment Services and Data Protection: A Piece of European Community Identity GIMIGLIANO y CATTELAN (eds.), *Money Law, Capital, and the Changing Identity of the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2022, pp. 37-56.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. «Tratamiento (comentario al artículo 4.2 RGPD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de*

- Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 591-600.
- DIÉGUEZ AGUILERA, L., «Novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 24/2021 en el Texto Refundido de Consumidores en relación con el derecho de desistimiento y los mercados en línea» en *La Ley mercantil*, núm. 97, 2022 (versión digital).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Los contratos*, Civitas, Madrid, 2007.
- DIVISSENKO, N., «Title IV, Chapter 4 “Data Protection”» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 179-188.
- EDDAOU, M., «L’éclosion des entreprises innovantes en Paytech au Maroc: Une exploration des facteurs clés de l’innovation des applications de paiement mobile destinée aux Digital Wallets» en *Alternatives Managériales et Economiques*, núm. 4, 2022, pp. 295-315.
- ESTEBAN RÍOS, J., «La actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, 2022 (versión digital).
- «Las cuentas de pago básicas: ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 158, 2020, pp. 159-190.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- FRANCK, J-U. y LINARDATOS, D., «Germany’s ‘Lex Apple Pay’: Payment Services Regulation Overtakes Competition Enforcement» en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 68-81.
- GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posicionamiento doctrinal» en *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. II, La Ley, Madrid, 1994, pp. 881-898.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «El derecho de desistimiento» en REBOLLO e IZQUIERDO (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1217-1306.
- GARCÍA CANTERO, G., «Integración del derecho de consumo en el derecho de obligaciones» en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, núm. 13, pp. 37-52.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, 1992, pp. 409-438.
- GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975.
- GEVA, B., «Title I “Subject Matter, scope and definitions” (arts 1-4)» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 5-30.

- GIMIGLIANO, G., «Title III “Transparency of conditions and information requirements for payment services”, Chapter 1 “General rules” (arts. 38-42), Chapter 2 “Single payment transactions” (arts. 43-39), Chapter 3 “Framework contract” (arts. 50-58) » en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 103-120.
- «Title IV “Rights and obligations in relation to the provision and use of payment services”, Chapter 1 “Common provisions” (arts. 61-63)» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 145-160.
- «Title VI “Final provisions” (arts 107-117)» en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.) *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 231-243
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Categorías especiales de datos personales: los datos de origen étnico o racial, los datos genéticos, los datos biométricos, los datos relativos a la salud, los datos relativos a la vida sexual y la orientación sexual (comentario al artículo 9.1 RGPD)», TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 1041-1066.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., «Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables», en GONZÁLEZ y CUÑAT (dirs.), MARIMÓN (coord.), *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 51-79.
- GONZÁLEZ FUSTER, G., «EU Data Protection and Future Payment Services», en GIMIGLIANO, G. (ed.), *Bitcoin and mobile payments. Constructing a European Framework*, Studies in Financial Services Technology, Palgrave Macmillan, Londres, 2016, pp. 181-202.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Art. 1124», en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8214-8262.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., «Financial innovation in the digital age: challenges for regulation and supervision», en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 32, 2017, pp. 9-37.
- GONZÁLEZ-POL GONZÁLEZ, I., «Los datos reveladores de las opiniones políticas como categorías especiales de datos personales. El tratamiento de datos personales en el ejercicio de la acción política (comentario al artículo 9.1 RGPD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 1067-1064.
- HEMPEL, M., y TUR HARTMANN, F., «La digitalización de los servicios financieros y su impacto en los medios de pago», en *Papeles de Economía Española*, núm. 149, 2016, pp. 62-77.
- HERAS HERNÁNDEZ, M^a. del M., «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo» en *Revista de derecho privado*, año núm. 9, mes 3, 2005, pp. 27-50.

- HUERTA VIESCA, M. I. Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Dos testigos del estado del cultivo de la ciencia de la legislación mercantil en España» en *Diario La Ley*, núm. 10233, 2023 (versión digital).
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «La responsabilidad de las entidades proveedoras de servicios de pago y compensación de deuda privada» en PRATS Y TOMÁS (coords.), *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 541-573.
- ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 1989, pp. 261-292.b
- JANZCUK, A., «Sources of EU payments law» en GIMIGLIANO, G (ed.), *Money, Payment Systems and the European Union: The Regulatory Challenges of Governance*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016, pp. 3-24.
- LACABA SÁNCHEZ, F., «El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria» en *Revista de Derecho vLex*, núm. 166, 2018 (versión digital).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et. al., *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, vol. I, 3ª Ed., Dykinson, Madrid, 2003.
- LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LEAL CORONADO, M., «La revolución de los medios de pago en el contexto de los nuevos modelos de contratación», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45, 2018 (versión digital).
- LINARDATOS, D., «The transposition of the PSD 2: the role of EBA and of the national legislator in Germany» en BANI, STASIO Y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bèrgamo, 2021, pp. 121-140.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R., «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo: información y documentación» en Llamas (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 149-179.
- LLOBET AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios a la ley de servicios de pago*, Bosch, Barcelona, 2011.
- MADRID PARRA Y PASTOR SEMPERE (dirs.), BLANCO SÁNCHEZ Y CEDIEL (coords.), *Guía de cryptoactivos MiCA*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MADRID PARRA, A., «Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica», en MADRID PARRA (dir.) *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 17-60.
- MADRID PARRA, A., «El dinero electrónico revisado» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 151, 2018 (versión digital).
- MARCO COS, J. M., «La protección del cliente de la entidad de crédito» en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 17, 1995, pp. 107-142.
- MARIMÓN DURÁ, R., «La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores», en COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 547-574.

- MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Monografía núm. 8 Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los estudios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la directiva 200/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores», en *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, pp. 5-42.
- MARÍN NARROS, H. D., «Implicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTs de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1616-1639.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones» en *Anuario de derecho civil*, vol. 47, núm. 1, 1994, pp. 31-90.
- MATEU DE ROS CEREZO, R., «La Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores» en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 49, 2008, pp. 101-123.
- MCINNES, S. y SAMPEDRO, L., EU: *The interplay of PSD2 and GDPR — some select issues*, 2019 (version digital).
- MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos de servicios de pago*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MEZZACAPO, S., «PSD2, online and mobile payments: what transparency for the future of payments?» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 69-108.
- MIERNICKI, M., «Transposition of the PSD2 in Austria» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 189-206.
- MILLÁN TRASHORRAS, J. L., «Capítulo 3. Transparencia de las condiciones y requisitos de la información aplicable a los servicios de pago» en URÍA y CARPINTERO (coords.), *Servicios de pago. Adaptación a la Directiva PSD II*, Lefebvre, Barcelona, 2018, pp. 61-84.
- MINNECI, U., «Unauthorized payment transactions according to psd 2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law», en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 109-120.
- MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P., y PRÍES PICARDO, A., «La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PRAGA (dirs.), *Tratado de Derecho mercantil*, t. XXX, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MONTES RODRÍGUEZ, M. P., «Novedades en la normativa de protección de los consumidores en la contratación de servicios financieros», en GONZÁLEZ, MARIMÓN y RUIZ (coords.), *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, pp. 879-908.

- MORÉ, I., «Las remesas de los inmigrantes y la Directiva de servicios de pago» en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 296, 2009, pp. 93-106.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E., «Contratación electrónica de operaciones crediticias», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 8, 2000, pp. 1539-1547.
- MORENO QUESADA, B., «La oferta de contrato cuarenta años después» en IGLESIAS (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, Civitas, 1996, Cizur-Menor, pp. 4979-4994.
- NOVAL LAMAS, J. J., *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- NÚÑEZ GARCÍA, J.L., «Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado de tratamiento», en RALLO (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353-386.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil, comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El idioma del contrato en el Derecho internacional privado», en *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 11, 2011, pp. 155-182.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N., «El consumidor usuario de servicios de pago: regulación vigente, propuesta de nueva Directiva y previsión de futuro», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12/2014, pp. 65-81.
- «Nuevas alternativas de pago online: proveedores de servicio de pago externo en un mercado más tecnológico y seguro», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 49, 2019 (versión digital).
- «Evolución de los servicios de pago: hacia el mercado único digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 39, 2015 (versión digital).
- PALÁ LAGUNA, R., «El anteproyecto de ley de creación de la Autoridad Administrativa de Defensa del Cliente Financiero», en *Publicaciones de Gómez-Acebo y Pombo*, abril de 2022.
- «Inclusión del régimen de comercialización a distancia de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores», en *Publicaciones de Gómez-Acebo y Pombo*, junio de 2022.
- «El régimen tuitivo del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros», en AA.VV., *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 3457-3485.
- PARAC VUKOMANOVIĆ, I., «Transposition of the PSD2 into Croatian national legislation», en GIMIGLIANO, G., y BOŽINA BEROŠ, M (eds.), *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 264-281.
- PASTOR SEMPERE, M. C., *Dinero electrónico*, EDERSA, Madrid, 2003.
- PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico de los servicios de pago en el Derecho español* (Monografía núm. 1, RDSFin). Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- PERALES VISCASILLAS, M^a del P., «Forma del contrato», en BOTANA (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 365-401.

- «Formación del contrato», en BOTANA (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 405-460.
- POLASIK, M. *et al.*, «The impact of Payment Services Directive 2 on the PayTech sector development in Europe», en *Journal of Economic Behavior & Organization*, núm. 178, 2020, pp. 385-401.
- POZZOLO, A. F., «PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.) *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 27-42.
- PUENTE ESCOBAR, A., «Principios y licitud del tratamiento», en RALLO (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115-168.
- RAMOS HERRANZ, I., «Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la Directiva y la ley española de servicios de pago», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 343-372.
- REBOLLO DELGADO, L., «Las condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos (comentario al artículo 9 RGPD y 9 LOPDGDD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 1013-1040.
- RECIO GAYO, M., *El ejercicio de los derechos de protección de datos y su aplicación práctica*, Bosch, Madrid, 2019.
- REQUEIXO SOUTO, X. M., «La LCDSFC sobre Comercialización a distancia de Servicios Financieros destinados a los consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (versión digital).
- ROMEO CASABONA, C. M., «Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 613-628.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., «La transformación del tradicional sistema de pagos: los nuevos terceros proveedores tras el RDLSP», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 156, 2019 (versión digital).
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., «Las malas leyes», en BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Instituciones del Estado Democrático de Derecho, conversaciones*, 2024, Madrid, pp. 374-394.
- RUIZ MUÑOZ, M., «Obligaciones del proveedor de servicios de pago frente al usuario de los instrumentos de pago (La Directiva y la Ley de Servicios de Pago, y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil del 2014)», en *La Ley mercantil*, núm. 7, 2014, pp. 38-60.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «*Ius publicum-Ius privatum*. Gobierno corporativo y mercado de valores», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 1029-1050.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La cuenta corriente bancaria y la transferencia bancaria (observaciones a sus aspectos más discutidos)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 86, 2002, pp. 103-140.
- SANTAMARÍA, J., «La segunda Directiva de Servicios de Pago y sus impactos en el mercado», en *Nota Técnica*, núm 31, Instituto de Estudios Financieros, 2018 (versión digital).

- SANTORO, V., «Considerazioni conclusive» en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.), *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 217-224.
- SEMPERE SAMANIEGO, F., «La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y disposición adicional duodécima LOPDGDD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 925-944.
- STEENNOT, R., «Liability for unauthorized payment transactions: the transposition of PSD2 in Belgium», en BANI, STASIO y SICARRONE ALIBRANDI (eds.) *The transposition of PSD2 and open banking*, Bergamo University Press-Sestante edizioni, Bérgamo, 2021, pp. 167-188.
- TAPIA HERMIDA, A. J., «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su trasposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 19/2017», en *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 2018 (versión digital).
- «La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica». en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 155, 2019, pp. 9-36.
- «La segunda directiva de servicios de pago», en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 35, 2018, pp. 57-80.
- *Guía de la contratación bancaria y financiera*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- TAPIA SÁNCHEZ, M. R., «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, pp. 29-65.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Hacia una nueva regulación de las cuentas de pago en un contexto de crisis económica: más transparencia y accesibilidad en la Unión Europea», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. vol. 44, núm. 120, 2014, pp. 87-116.
- TREVIJANO, C., «Tendencias clave del mercado de medios de pago en el contexto de la directiva PSD2», en *Anuario IEB de Banca Digital y Fintech*, 2017.
- TRONCOSO REIGADA, A., «Los principios relativos al tratamiento «comentario al artículo 5 RGPD y al art. 4 LOPDGDD)», en TRONCOSO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 847-908.
- VARDI, N., «Regulation of Payments after the PSD: Is there still a Role for Domestic Law?», en GIMIGLIANO, G (ed.), *Money, Payment Systems and the European Union: The Regulatory Challenges of Governance*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016, pp. 39-57.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código civil comentado*, 2010, vLex (versión digital).
- VEGA VEGA, J. A., «Caracterización jurídica del dinero electrónico en la Ley 21/2011», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285, 2012, pp. 137-164.
- VICENT CHULIÁ, F., «Generalidades sobre el sistema financiero español», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 23, 1993, pp. 9-70.

- VIEIRA GONZÁLEZ, A. J., «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores», en SEQUEIRA, GADEA y SACRISTÁN (dirs.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-194 (pp. 165-166).
- VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y el de menores», en RALLO (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 197-250.
- VIVES, X., «La banca frente a la disrupción digital», en *Papeles de economía española*, núm. 162, 2019, pp. 2-13.
- WANDHÖFER, R., «Title IV, Chapter 5 (arts. 95-98)», en en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.), *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 189-208.
- ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- «La digitalización de los servicios de pago», en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2018 (versión digital).
- «Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pago», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 159, 2020, pp. 89-112.
- «Spain's implementation of PSD2», en GIMIGLIANO, G. y BOŽINA BEROŠ, M. (eds.), *The Payment Services Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 406-424.

DOCUMENTACIÓN

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2018.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH, *Libro blanco de PayTech. La evolución del sector PayTech y los nuevos retos regulatorios*, Madrid, 2020.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Final Report Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 2017.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EB/Op/2018/04, 2018.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce card-based payment transactions*, EBA/Op/2019/11, 2019.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, 2022.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, *EBA Report on the thematic review on the transparency and level of fees and charges*, EBA/REP/2022/31, 2022.
- BANCO DE ESPAÑA — DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO, *Distribución de los pequeños pagos por instrumento*, 2022.
- BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Tarjetas bancarias de pago*, 2023.
- BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Operaciones de compras en terminales de punto de venta*, 2024.
- BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Operaciones de retirada de efectivo en cajeros*, 2024.

- BANCO DE ESPAÑA - DEPARTAMENTO DE SISTEMAS DE PAGO DIVISIÓN DE VIGILANCIA Y ANÁLISIS DE INFRAESTRUCTURAS, *Estadísticas del SNCE*, 2025.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de reclamaciones 2018*.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de reclamaciones 2020*.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de reclamaciones 2021*.
- COMISIÓN EUROPEA, *Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas*, Comunicación de la Comisión al Consejo, enero de 1987, COM (86) 754 final.
- COMISIÓN EUROPEA, *Your questions on PSD, Payment Services Directive 2007/64/EC Questions and answers*, 2011.
- COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de Pagos Minoristas para la UE*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 24 de septiembre de 2020, COM (2020) 592 final.
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION, BOSCH CHEN, I., FINA, D., HAUSEMER, P., ET AL., *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, Publications Office of the European Union, 2023.
- COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, Your letter to the EDPB of 30 July 2019 (en respuesta a la carta de Sophia in 't Veld), octubre 2019.
- Preguntas y respuestas de la herramienta de la ABE «Single Rulebook Q&A» (Enlace al buscador: <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/search>): Q&A 2018_4098; Q&A 2020_5622; Q&A 2021_6141; Q&A 2021_6145; Q&A 2021_6305; Q&A 2022_6464.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, Asunto 41/41, ECLI:EU:C:1974:133.
- Sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984, *von Colson y Kamann*, C-14/83, EU:C:1984:153.
- Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584.
- Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.
- Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, *Content Services*, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419.
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, *Littlewoods Retail y otros*, C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478.
- Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, *Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos*, C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344.
- Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, *El Majdoub*, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334.
- Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2016, *Tecnoservice Int.*, C-245/18, ECLI:EU:C:2019:242.
- Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.
- Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016, *Home credit Slovakia c. Klára Bíróová*, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842.
- Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2017, *Bawag c. Vfk*, C 375/15, ECLI:EU:C:2018:38.
- Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, *Związek Gmin Zagłębia Miedziewego*, C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390.
- Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, *Praxair MRC*, C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379.
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 7 de agosto de 2019, *Smith*, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631.

- Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, *Antonio Romano y Lidia Romano c. DSL Bank*, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.
- Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *PrivatBank*, C-480/18, ECLI:EU:C:2020:274.
- Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2020, *Association française des usagers de banques*, C-778/18, ECLI:EU:C:2020:831.
- Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM)*, C-337/20, ECLI:EU:C:2021:671.
- Sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 2021, *Vodafone Kabel Deutschland*, C-484/20, ECLI:EU:C:2021:975.
- Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2022, *Tilman c. Unilever*, C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923.
- Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, *ZG c. Beobank SA*, C351/21, ECLI:EU:C:2023:215.
- Sentencia del TJUE de 1 de agosto de 2025, *Veracash*, C-665/23, ECLI:EU:C:2025:598.
- Sentencia del TS 8493/2001, de 30 de octubre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:8493.
- Sentencia del TS 3275/2009, de 24 de abril de 2009, ECLI:ES:TS:2009:3275.
- Sentencia del TS 5411/2014, de 15 de diciembre, ECLI:ES:TS:2014:5411.
- Sentencia del TS 1840/2016, de 20 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1840.
- Sentencia del TS 3247/2017 de 13 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3247.
- Sentencia del TS 332/2020, de 12 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:332.
- Sentencia del TS 866/2021, de 9 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:866.
- Sentencia del TS 791/2022, de 1 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:791.
- Sentencia del TS 1627/2022, de 26 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1627.
- Sentencia del TS 3034/2022, de 19 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3034.
- Sentencia del TS 1679/2025, de 9 de abril de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1671.
- Sentencia del TS 1294/2025, de 27 de marzo de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1294.
- Sentencia de la AP de Salamanca 500/2021, de 21 de junio de 2021, ECLI:ES:APSA:2021:500.
- Sentencia de la AP de Cáceres 141/2022, de 16 de febrero de 2022, ECLI:ES:APCC:2022:141.

