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 información[1]. 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, exiguo[2].

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 ley[3], 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 LDIEC[4]. 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 bancarias[6], 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 privatos*, la materia civil y mercantil ha de ser objeto de normas con rango legal[7]. 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 normas[8], 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 CC[9]. 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 Verdera 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 desarrolla[10]. 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 CC[11].

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 nulidad[12]. 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 reglamentario[14]. 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 línea[15]. 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 ley[16]. 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 LDIEC[17].

---

[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 período, 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 contratación[18].

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 RDLSP[19] 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 RDLSP[20]. Desde luego, prácticamente toda la norma tiene naturaleza jurídico-pública en tanto el art. 71.3 RDLSP así lo dispone[21], 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 RDLSP[23] 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» (ídem). 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 críticas[24]. 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 reglamentario[25].

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 conexa 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 pago[26]. 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 fundadas[27].

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 armonización[28]. 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 efecto[29]. 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 pago[31], 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 trasparencia 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 UE[33].

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 protección[34]. 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 contrato[35] 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 exegético 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 justifica 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 rango[39]; 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 contrato[40], 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 aceptante[42]. 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 atención[43].

---

[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, Mª 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 aquella[45]. 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 consolidada[46] 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 Matacás, 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, Mª 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 consentimiento[48]. 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 desvanecen[49]. La tendencia es hacia la pérdida de individualidad de los contratos en favor de clases o categorías[50] 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 objeto[51]. 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 determinadas[52]. 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 considerados[53].

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 *Articulos 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 documento[55] 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 determinado[56]. 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 DSP2[57].

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 ley[58], 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 cuantía[59]. 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 causa[60], 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 operaciones[61]. 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 diverso[62].

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 frecuencia[63]. 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 pago[64] que oferten 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 consumidor[65]. 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 DSP2[66], 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 general[67].

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. OTSP[68]. 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 primero[69]. 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 contractual[70]; 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 información[71] 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 desiderátum[72]. 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 oferta[73]. 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; verificaran 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 examinaran 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 excesivo[74], 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 omnicomprensivo 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 contratos[75], 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*.