

## CAPÍTULO 3

# FORMA Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

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

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

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

---

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

marcadamente tuitivo, surgido como mecanismo de tutela de la parte más débil del contrato —a menudo, consumidor— y cuya finalidad no es sino reequilibrar la posición de las partes y garantizar la seguridad jurídica<sup>2</sup>. Por ello, la conclusión más extendida es que, con carácter general, estas obligaciones de forma no tienen carácter constitutivo, sino que buscan inducir a la reflexión al cliente<sup>3</sup> y conferir certidumbre al contrato en cuanto a su existencia y contenido, haciendo útil y utilizable la información jurídicamente relevante, en particular, permitiendo que el cliente conozca y pueda ejercitar sus derechos<sup>4</sup>.

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

En la contratación mercantil la *summa divisio* se traza entre contratos formales y no formales. Como regla general, siguiendo el principio espiritualista o de libertad de forma, el contrato mercantil es válido y produce efecto —o, como dice literalmente el art. 51 CCom «obligación y acción en juicio»—, cualquiera que sea su forma, salvo aquellos que con arreglo al Código de Comercio o a leyes especiales «requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia», resultando que «los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio» (art. 52 CCom). A diferencia, por tanto, de lo que la doctrina mayoritaria —aunque no unánime— sostiene respecto de los contratos civiles, dentro de los cuales cabría identificar una especie de categoría intermedia en la que determinados contratos existen, se constituyen válidamente y producen efectos *inter partes* pero para poder ser oponibles frente a terceros deben cumplir algún requisito formal<sup>5</sup>, razón por la cual el art. 1279 CC faculta a cada parte para compeler a la otra al cumplimiento de ese requisito formal<sup>6</sup>. Parece que en Derecho mercantil las opciones son

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

sean conformes con el Derecho comunitario»<sup>8</sup>. El legislador español sí previó la consecuencia contractual de la ausencia de cumplimiento del requisito formal, ahorrando así el debate sobre el significado de aquel «hacer constar» en soporte duradero. Aunque, a decir verdad, el previsor fue más bien el legislador de 1995, y el de 2011 tuvo el buen tino de incorporar la Directiva europea manteniendo la legislación entonces vigente en el respeto al principio de armonización plena —porque el art. 21 proviene del antiguo art. 7 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo—. Sea como fuere, el resultado es una ley especial que, al establecer los efectos jurídico-privados de la exigencia de forma en caso de contravención, cumple su función de tutelar los intereses de los consumidores<sup>9</sup> y garantiza la efectividad del Derecho europeo, dando cumplimiento a lo exigido por el art. 22 Directiva 2008/48/CE<sup>10</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>11</sup> COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma...*, *op. cit.*, p. 302.

operación de pago singular se compone del servicio concreto contratado y su funcionamiento básico [art. 14.b).1.º, por remisión del art. 9.3 OTSP], incluidos el importe de la operación, la forma de provisión, la información necesaria para la correcta iniciación o ejecución de la operación de pago [art. 9.1.a)], el plazo máximo de ejecución del servicio [art. 9.1.b)] y el tipo de cambio que se aplicará si la operación incluye un cambio de divisa [art. 9.1.d)], todo lo cual constituirá el objeto del contrato; todos los gastos desglosados que el usuario debe abonar al proveedor, dentro de los cuáles han de entenderse incluidas también las comisiones, es decir, el precio del servicio<sup>12</sup>; y finalmente, deben facilitarse al usuario los datos de contacto, registro y supervisión del proveedor de servicios de pago [art. 9.2 en relación al 14.a)]. En términos generales, esto parece lo mínimo que el usuario debe conocer y consentir para formalizar un contrato de operación de pago singular. Si bien, según el tipo de servicio o la cuantía de la operación, podría ser conveniente incluir además otros aspectos como, por ejemplo, un aviso sobre el régimen de responsabilidad [art. 14.e) núms. 4.º a 6.º OTSP]. En teoría, este régimen solo sería aplicable a los usuarios consumidores o microempresas y a aquellos que, no teniendo ninguna de las condiciones anteriores, no hubieran acordado explícitamente la no aplicación del mismo. Ahora bien, desde la perspectiva de la correcta formación de la voluntad parece complicado aceptar que cualquier usuario pueda contratar válidamente sin que concurra prácticamente toda esta información.

Téngase en cuenta que, independientemente de si se trata de un contrato de operación de pago singular o un contrato marco, pueden concurrir dos situaciones que afectan al régimen jurídico del contrato: la primera, que el contrato contenga condiciones generales; la segunda, que el usuario sea un consumidor y el contrato se negocie y celebre a distancia. En el primero de los casos, si el usuario no es consumidor bastará con que las condiciones generales superen el control de incorporación y transparencia —en el sentido de transparencia formal o comprensibilidad— establecido en los arts. 5 y 7 LCGC. Es decir, se requiere que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de las condiciones generales y que estas tengan una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal<sup>13</sup>.

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

---

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

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

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

Al respecto, resulta de interés un pronunciamiento del TJUE que, aunque relativo a la validez de una cláusula de foro judicial, se refiere a la efectividad de una comunicación de condiciones generales entre empresas a través de un enlace web transcrito en el contrato. Así, en el párrafo 51 de la Sentencia de 24 de noviembre de 2022<sup>14</sup>, el TJUE concluye que «la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto a un sitio web cuyo acceso permite, en principio, conocer esas condiciones generales, siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal, equivale *a fortiori* a una prueba de comunicación de esa información» y, en el siguiente párrafo, detalla que «el hecho de que en la página del sitio web de que se trate no exista ninguna casilla que pueda marcarse para expresar la aceptación de esas condiciones generales o de que la página que contiene esas condiciones no se abra automáticamente cuando se accede a dicho sitio web no puede desvirtuar tal conclusión<sup>15</sup>, siempre que el acceso a dichas condiciones generales sea posible antes de la firma del contrato y la aceptación de esas condiciones se produzca con la firma de la parte contratante afectada». Por tanto, cuando el usuario no sea consumidor, incluso aunque sea microempresa, el contrato de operación de pago singular no tiene la consideración de contrato formal.

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

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

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

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

En segundo lugar, cuando el usuario parte en el contrato de operación de pago singular tenga la condición de consumidor<sup>16</sup>, y el servicio se comercialice a distancia, independientemente de que no se utilice clausulado general, la oferta y el contrato deben constar en soporte duradero (arts. 6.1 y 9.1 LCDSFC). Y aunque *a priori*, los términos escogidos por el art. 6 podrían hacer pensar que no se trata de un requisito esencial para la validez del contrato, ello deviene tal en la medida en que el art. 9.4 señala que el incumplimiento de las obligaciones de información y transparencia, entre las que se encuentra la de hacer constar el contrato en soporte duradero, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos. Debe tenerse en cuenta que el literal del ap. 4 reza: «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española». Sobre el significado de esta disposición se han planteado diversas posibilidades. En primer lugar, la aparente contradicción de que el incumplimiento *pueda* dar lugar a la *nulidad* ha llevado a algunos autores —con los que concuerdo— a concluir que, en realidad, el precepto no se refiere a la nulidad absoluta sino a la anulabilidad del contrato<sup>17</sup>. En contra, sin embargo, MARIMÓN DURÁ, para quien el precepto parece referirse —aunque con matices— a la nulidad de pleno derecho por contravención de una norma legal imperativa. Si bien, antes de la aprobación de la Ley<sup>18</sup> este mismo autor

---

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

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

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

también puso sobre la mesa la posibilidad de que el precepto quisiera significar que solo los incumplimientos de suficiente relevancia darán, efectivamente, lugar a la nulidad; o bien, que hubiera de ser entendido como el establecimiento de un concepto general comprensivo de todas las categorías previstas en la legislación civil para declarar la invalidez de un contrato, de modo que, según el tipo de incumplimiento, la consecuencia pudiera ser la nulidad o la anulabilidad por vicio del consentimiento<sup>19</sup>.

A mi juicio, el art. 9.4 LCDSFC se refiere a la anulabilidad, entendida en los términos propios de la contratación mercantil y del Derecho de consumo. En primer lugar, no está claro si el incumplimiento de los requisitos de forma *ad solemnitatem* conlleva la nulidad o la anulabilidad del contrato, pues tanto el Código de Comercio como el Código Civil abordan la cuestión de forma general desde el régimen de la eficacia y validez de los contratos (arts. 51 y 52 CCom y 1279 CC), además, en los casos concretos en los que se establece explícitamente una sanción u otra, no se encuentra una solución unívoca<sup>20</sup>.

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

Desde la perspectiva de la tutela del consumidor carece de sentido defender la nulidad absoluta de un contrato teniendo en cuenta que cualquier sujeto, incluido el proveedor de servicios o un tercero, pueda interesar tal declaración y revertir un contrato que, subsanado conforme a los arts. 1309 y ss. CC, pudiera seguir interesando al consumidor<sup>21</sup>. Además, en sede de contratación a distancia, el art. 100 TRLGDCU señala que en caso de incumplimiento de la obligación de facilitar al consumidor la copia del contrato, este podrá instar su anulación, pero en ningún caso podrá hacerlo el empresario. Este artículo no solo sirve

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

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

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

como apoyo interpretativo al régimen especial previsto en la LCDSFC, sino que podría estar delimitando el nivel de protección mínimo aplicable también en este supuesto especial *ex art.* 59 TRLGDCU. Pero es que además, el mismo art. 100 TRLGDCU se refiere a la anulabilidad en su apartado 1 y a la nulidad en el apartado 2<sup>22</sup>, lo que revela la escasa técnica legislativa del legislador español o quizás, al contrario, puede entenderse que en el segundo apartado el art. 100 se refiere a la extendida expresión de nulidad relativa.

Y quizás eso es lo que sucede también con el art. 9.4 LCDSFC<sup>23</sup>, porque la redacción de la norma proviene de una enmienda parlamentaria que sustituyó la expresión «podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con la legislación civil» por «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con la legislación española», justificando esa primera modificación en que la invalidez es consecuencia de la nulidad y, se leía en la enmienda que «no hay invalidez sin declaración previa de nulidad»<sup>24</sup>. A más a más, el preámbulo de la norma parece referirse al art. 9.4 LCDSFC y a la anulabilidad cuando dice que «[l]a Ley asegura, por otra parte, la necesaria defensa judicial para el consumidor y promueve, de manera decidida, el uso de la reclamación extrajudicial, cuando la requiera el consumidor».

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

### III. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS MARCO

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

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

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

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

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

<sup>24</sup> Enmienda núm.9, *BOCG* Senado núm 97-17, 22 de febrero de 2007.

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

Cuando la Segunda Directiva de servicios de pago establece el régimen de información y transparencia no determina explícitamente la condición de formales de los contratos marco, pero sí obliga a los Estados miembros a garantizar que todas las condiciones contractuales sean facilitadas al usuario en papel u otro soporte duradero y a que el usuario tenga derecho a recibir, del mismo modo, una copia de las mismas o de la información precontractual, en cualquier momento de la relación contractual<sup>25</sup> (arts. 51 y 53 DSP2). Hay una voluntad clara del legislador europeo de que el contrato tenga, de algún modo, reflejo documental. El legislador español decidió no incorporar en la norma de rango legal la transposición de este régimen y dejarlo para el desarrollo reglamentario habilitado por el art. 29 RDLSP. Lo que quizás le pasó desapercibido fue que, sin una interpretación en cierto grado correctora, el régimen nacional puede ser incoherente. Correctora en el sentido de entender, como se defiende a lo largo de esta obra, que las disposiciones de la Orden de transparencia de servicios de pago también producen efectos jurídico-privados y, en segundo lugar, que su art. 14 establece implícitamente el carácter formal del contrato, obligando —explícitamente, en relación al art. 13— a que conste en soporte duradero y, además, a que tenga un contenido material determinado. De lo contrario, la combinación del régimen especial y el Derecho general de obligaciones y contratos da lugar a una incoherencia en el desarrollo de las relaciones contractuales de servicios de pago. Veamos por qué.

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

---

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

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

Si esto es así en el caso de la modificación contractual, no vemos inconveniente en sostener la misma tesis respecto a las condiciones originales del contrato. Porque tiene mayor carga jurídica y económica para las partes el contrato completo que una de sus condiciones. Si las modificaciones deben proponerse cumpliendo unas condiciones formales como requisito *sine qua non* para su validez, tiene sentido que el contrato marco también deba cumplir los requisitos de forma exigidos por el régimen especial para existir válidamente<sup>26</sup>. En apoyo de lo expuesto, además, el art. 44.4 RDLSP exige al proveedor —sin perjuicio de las normas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, u otras aplicables— que conserve «la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales».

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

---

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

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

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

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

Antes de concluir el presente epígrafe, resta una breve referencia al contenido mínimo que debe tener el contrato marco de servicios de pago. Como se ha dicho anteriormente, llama la atención que el art. 14 OTSP exija dicho contenido mínimo, que coincide además con el de la información precontractual, porque ni su predecesor, el art. 12 Orden EHA/1608/2010, ni la Segunda Directiva de servicios de pago explicitan tal obligación. Recapitulemos dos reflexiones al respecto, apuntadas en páginas anteriores. Este precepto evidencia de nuevo la voluntad de regular desde el punto de vista jurídico-privado la contratación de servicios de pago, con la aquiescencia del legislador porque, precisamente, esa es la intención de la habilitación legal concedida al ministerio en el art. 29.3 RDLSP<sup>27</sup>. Subyace el entendimiento de que cuando se habla de «información y condiciones»<sup>28</sup> es porque no basta con que el pro-

---

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

<sup>28</sup> En el título del art. 52 DSP2 y 14 OTSP.

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

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

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

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

---

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

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

En relación a los instrumentos de pago, debe acordarse expresamente cualquier límite aplicable al número e importe de las operaciones de pago que puedan ejecutarse a través de los mismos, así como la reserva del proveedor del derecho a bloquear el instrumento en caso de sospecha de utilización no autorizada y sus condiciones. Para levantar la prohibición del art. 42.1.b) RDLSP debe preverse expresamente la posibilidad de enviar instrumentos sustitutivos al cliente cuando incorporen nuevas funcionalidades. Y, en todo caso, si el contrato marco es de emisión de instrumento de pago con marca compartida, debe incluirse una referencia al derecho del usuario consumidor a exigir que su tarjeta contenga dos o más marcas de pago diferentes<sup>30</sup>.

Sobre el precio del contrato, este debe contener cláusulas relativas a todos los gastos que deba abonar el usuario que, en su caso, aparecerán debidamente desglosados. Aquí, habrán de incluirse, si se pactan, los gastos por información adicional, más frecuente o por medios distintos a los pactados como habituales (*vid.* apartado siguiente). Si aplica a los servicios que sean objeto del contrato, deberán incluirse también los tipos de interés y de cambio que se aplicarán o el método de cálculo que se utilizará si se van a usar tipos de referencia. Si se hace uso de la facultad de pacto que ofrece el art. 33.2 RDLSP, el contrato debe decir claramente que podrán aplicarse de forma inmediata —sin necesidad, por tanto, de cumplir el procedimiento de modificación— las variaciones en aquellos tipos<sup>31</sup>. Además, a lo largo de la ley especial, se hace referencia a diversos conceptos que deben preverse expresamente en el contrato para poder ser cargados al cliente. Es el caso de la «comisión razonable» por la notificación del rechazo justificado de órdenes de pago (art. 51.1 RDLSP, tercer párrafo), los gastos por revocación de órdenes de pago (art. 52.5 RDLSP) o los gastos por recuperación de fondos en caso de ejecución con base en un identificador único incorrecto (art. 59.2, cuarto párrafo). Al respecto del precio del contrato, merece la pena llamar la atención sobre el límite legal a la fijación de la comisión por retirada de efectivo en cajero automático. En caso de retirada a débito en cajero de un tercero, la comisión que el PSP emisor o gestor de cuenta cobre a su cliente viene limitada por el importe de la comisión que el titular del cajero haya cobrado al proveedor del ordenante. Si se trata de una retirada a crédito, puede cobrarse un im-

---

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

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

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

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

Por supuesto, tiene que figurar cuál es la duración del contrato que, habitualmente será indefinida —especialmente en el caso de cuentas de pago—, o por tiempo determinado pero prorrogable automáticamente —frecuente en los contratos de emisión de tarjeta—. En relación a la modificación del contrato es imprescindible, si así se ha convenido —o predispuesto y adherido, que será lo más habitual—, que se incluya la advertencia de que la falta de rechazo expreso en tiempo y forma a las modificaciones propuestas por el proveedor de servicios de pago se entenderá como aceptación tácita de las mismas, así como el derecho del usuario a resolver el contrato de forma gratuita antes de la fecha prevista de aplicación de la modificación<sup>32</sup>. Y por lo que se refiere a la resolución, el contrato debe prever el derecho del usuario a resolver el contrato marco de forma gratuita si lleva en vigor más de seis meses. La ley, además, faculta a las partes para acordar que también el proveedor tenga derecho a resolver los contratos indefinidos con un preaviso de dos meses, en cuyo caso debe recogerse de forma expresa en el contrato.

Por último, debe definirse la ley aplicable al contrato, el órgano jurisdiccional competente y los procedimientos de reclamación ante la propia entidad, y ante cualesquiera sistemas de resolución alternativa de conflictos acreditados conforme a la Ley 7/2017<sup>33</sup> a los que las partes se adhieran y, de momento, ante el departamento de conducta de entidades del Banco de España y, cuando finalmente se cree, ante la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero. Estos aspectos, que podrían parecer inocuos, tienen una trascendencia extraordinaria desde el punto de vista de la contratación transfronteriza.

---

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

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

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos fundamentales de la armonización europea en materia de servicios de pago es la creación de un mercado único de pagos, lo cual implica facilitar e impulsar la contratación transfronteriza, estas cuestiones pueden generar no pocos problemas. Problemas que, fundamentalmente, afectan a los usuarios. Primero, porque el usuario medio desconoce la relevancia —jurídica y económica— que puede llegar a tener el pacto sobre la competencia judicial o sobre la ley aplicable. Los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I son básicos en la materia, pero quizás no suficientes para resolver los problemas que se pueden plantear en un mercado de servicios de pago sin fronteras. Primero, por la extremada dificultad para un lego en Derecho de comprender y aplicar sus normas de forma fluida, lo que debe ser puesto en relación con la escasa educación financiera de la población y la negligencia de algunas entidades<sup>34</sup>. Estos Reglamentos, además, establecen ciertas precauciones para la contratación con consumidores, pero las microempresas no entran en ese concepto —además de que no todos los Estados miembros les han dispensado el mismo trato protector que a aquellos—. Pero es que los problemas no se acaban con una correcta aplicación de las reglas de Derecho internacional privado. Porque puede suceder que a un mismo contrato le resulten de aplicación, al mismo tiempo, varios regímenes jurídicos diferentes (*vid.* art. 6.2 Roma I). Y si estas cuestiones acostumbran a escapar al conocimiento del usuario medio, no hablemos ya de los sistemas y procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

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

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

---

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

una referencia al servicio de traslado de cuentas<sup>35</sup> que, si bien no es un servicio de pago regulado, tiene una notable importancia para el usuario, ya que facilita el cambio de proveedor.

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

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

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

El art. 63 DSP2<sup>36</sup> se rubrica «excepción para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico», pero ello no implica como parece que ha entendido el legislador español que todos

---

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

<sup>36</sup> «Artículo 63. Excepción para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico.

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

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

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

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

sus apartados sean aplicables a ambas figuras. Una cosa son los instrumentos de pago de escasa cuantía y otra diferente, el dinero electrónico<sup>37</sup>. Los instrumentos de pago de escasa cuantía son aquellos a través de los cuáles solo se pueden realizar operaciones individuales no superiores a 30 €, o que tienen un límite de gasto de 150 € o bien que permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR € (art. 34.2 RDLSP). Que los fondos almacenados en ese instrumento se contabilicen en —o si no hay almacenamiento *per se*, que las operaciones iniciadas con ese instrumento se ejecuten con— dinero electrónico o escriturario es irrelevante. Los aps. 1<sup>38</sup> y 2 del art. 63 DSP2 se refieren únicamente a estos instrumentos y no a estos instrumentos y al dinero electrónico en general<sup>39</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el último inciso de este apartado otorga a los Estados miembros la facultad de decidir si esta excepción al régimen de responsabilidad la aplican al dinero electrónico cualquiera que sea su cuantía o si, por el contrario, optan por aplicársela solo a cuentas de pago de dinero electrónico o a instrumentos de pago de dinero electrónico de una cuantía determinada, es decir, les da la opción de concretar la aplicación de la norma estableciendo un umbral para su aplicación. Opción coherente con el hecho de que lo que se establece en el art. 63.3 es una excepción a un régimen de responsabilidad diseñado para tutelar los intereses del usuario. La duda interpretativa se planteaba en este punto, porque otra lectura posible del art. 63.3 DSP2 era entender que la opción para los Estados miembros estaba entre aplicar la exclusión del régimen de responsabilidad a todo el dinero electrónico en general, aplicárselo solo a las cuentas de dinero electrónico, o aplicárselo exclusivamente a los instrumentos de pago de dinero electrónico de cuantía determinada. Pero acudiendo al precepto anteriormente vigente, el art. 53.3 DSP1<sup>40</sup> y a la interpretación que del mismo hizo la Comisión<sup>41</sup>, es claro que lo que se establece en realidad es esa posibilidad de establecer un umbral por debajo del cual cabe aplicar la excepción. Lo que además tiene mucho más sentido desde el punto de vista sistemático, teniendo en cuenta que el resto de apartados del precepto establecen excepciones al régimen general fundamentadas, precisamente, en que los instrumentos a los que se aplican tienen limitada su cuantía.

---

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

<sup>41</sup> *vid. COMISIÓN EUROPEA, Your questions on PSD..., op. cit., p. 53.*

Entendido el significado del art. 63 DSP2, resulta evidente la errónea transposición que se realiza en el art. 34.2 RDLSP<sup>42</sup>. Su tenor literal —«[e]n caso de dinero electrónico e instrumentos de pago que...»— permite el acuerdo sobre la inaplicación de parte del régimen general cuando se trate tanto de instrumentos de pago de escasa cuantía<sup>43</sup>, como en el caso de dinero electrónico en general, contraviendo así el régimen exigido por la Segunda Directiva de servicios de pago. Creemos que esas excepciones no pueden aplicarse a todo el dinero electrónico, deben aplicarse únicamente a los instrumentos de pago de escasa cuantía, dentro de los cuales, eso sí, podrá haber instrumentos de dinero electrónico. Pero lo definitorio no es la forma de los fondos, sino la limitación de la cuantía, que es lo que justifica que exista un menor riesgo y potencial pérdida y, por ende, afecta a la

<sup>42</sup> «Artículo 34. Ámbito de aplicación y excepciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

proporcionalidad y rentabilidad de ciertas obligaciones para las partes —fundamentalmente, para el proveedor— cuyo cumplimiento puede generar un coste significativo<sup>44</sup>. Para enmendar el error del legislador es precisa una interpretación correctora según la cual se entienda que el art. 34.2 RDLSP, al referirse al dinero electrónico, hace referencia a los instrumentos de pago de escasa cuantía que almacenan o contabilizan las operaciones en dinero electrónico, y no a cualquier forma de este. Curiosamente, el régimen anterior no presentaba problemas de contenido puesto que no ampliaba al dinero electrónico en general el régimen aligerado, aunque sí desde el punto de vista del continente, porque el art. 53 DSP1 se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante norma de rango reglamentario en el art. 25 RD 712/2010.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Además, puede pactarse —y, por tanto, deberá aparecer en el contrato de forma expresa—, que tras cada operación de pago el proveedor solo facilite<sup>46</sup> una referencia de la operación, junto con su importe y

---

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

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

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

## V. LOS CONTRATOS DE INFORMACIÓN SOBRE CUENTAS

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

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

entidades lo dispuesto en los arts. 9 y 14, porque ello sobrepasa el límite establecido por la delegación normativa del art. 29 RDLSP<sup>47</sup>.

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

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

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

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

---

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

<sup>48</sup> Art. 3.38 RDLSP.

lizado en la contratación (art. 28 LSSI), por ejemplo, una pantalla de confirmación o un mensaje en la aplicación móvil, siempre que sean descargables<sup>49</sup>.

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

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

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

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

---

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

En cualquier caso, y si bien no se desconoce que respecto de algunos aspectos aquí abordados cabrían distintas interpretaciones—también en cuanto al carácter formal o consensual de los contratos—, sí parece haber una conclusión clara: la necesidad de acudir a unas normas y a otras para tener una visión omnicomprensiva del régimen aplicable a los contratos de servicios de pago es buena muestra de la complejidad de la materia, pero también puede revelar algo más. Respecto de las microempresas, la sola posibilidad de que la efectividad de su protección pueda quedar comprometida, debería ser razón suficiente para reflexionar acerca de cómo interactúa nuestro ordenamiento en esta materia. Y cuando el usuario es consumidor cabe preguntarse si la legislación sectorial ofrece el nivel mínimo de protección al que alude—aunque con una redacción algo confusa— el art. 59.2 TRLGDCU<sup>50</sup>. Por supuesto, lo que procede es aplicar ese nivel mínimo en lo que no alcance el régimen especial, combinando la aplicación de cuantas normas sean necesarias, pero pone en evidencia al legislador español pues no es sino un indicio más de la defectuosa, o cuando menos mejorable, transposición de la Segunda Directiva de servicios de pago. Esta reflexión, traída a colación al hilo de la forma y contenido de los contratos, como se va poniendo de relieve, va mucho más allá.

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

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

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

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

<sup>51</sup> Primera acepción de contrato en el Diccionario panhispánico de español jurídico.

(1254 CC), lo que convierte al contrato en electrónico es que «la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones» [anexo, letra *h*) LSSI], independientemente de su forma o soporte, cuya validez dependerá, en su caso, de su regulación especial (art. 23.1 LSSI). Ya se trate de un contrato electrónico, o de un contrato celebrado presencialmente, si debe cumplir algún requisito de forma, cada vez es más habitual que esa formalización se produzca mediante un documento electrónico. Y estos no son solo los archivos de texto sino «todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual» [art. 3.35) eIDAS<sup>52</sup>], si bien es cierto que cuando la ley especial indique que el contrato ha de constar por escrito, el cumplimiento de tal obligación en virtud del art. 23.3 LSSI exige que se haga efectivamente por escrito, aunque en soporte electrónico. Sin embargo, esta ley es de aplicación supletoria en lo que a servicios financieros se refiere, porque la LCDSFC tiene carácter especial.

Precisamente, la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores fue la primera norma de Derecho positivo que definió el concepto de soporte duradero<sup>53</sup>, que es el verdaderamente relevante a efectos jurídicos, en especial en materia de contratación de servicios de pago y de contratación con consumidores —tanto en contratación a distancia como en contratación presencial—. Así, la definición que desde entonces ha permanecido invariable en lo esencial en el resto de actos jurídicos europeos recoge todos los criterios que cualifican un soporte como duradero<sup>54</sup>: debe permitir al usuario almacenar para su futura consulta la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera accesible, durante un periodo de tiempo adecuado para los fines de dicha información que, además, debe poder ser reproducida sin cambios. Por lo tanto, lo importante no es si el contrato o la información consta en formato electrónico

---

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

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

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

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

El principio de equivalencia despliega sus efectos en un doble sentido. Son equivalentes los contratos electrónicos a los contratos no electrónicos (arts. 1254 CC, 23.1 y 2 LSSI), y también lo son los soportes en los que pueden documentarse el contrato y cualquier información a él relativa (art. 23.3 LSSI, párrafo 40 STJUE de 5 de julio de 2012). Ahora bien, no está del todo claro si cuando una norma exige que el contrato o cualquier información se proporcione «por escrito» ha de entenderse que se refiere a que debe constar en papel o, en realidad, la contraposición es entre el escrito —sea en papel o en un archivo electrónico— y cualquiera otra de las formas que constituya un soporte duradero. En este sentido, hay quien considera impropia la equiparación entre forma escrita y en papel<sup>55</sup>, mientras que la jurisprudencia europea las identifica al señalar que los criterios para cualificar a un soporte como duradero deben ser comparables con las funciones del soporte papel<sup>56</sup>. Esta disquisición, sin embargo, carece de mayor relevancia. Está claro que no hay objeción a que el contrato o la información relevante conste en papel, sino que lo que tiene que aclarar el Derecho positivo y la jurisprudencia —y así lo ha hecho— es qué otros formatos son válidos.

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

Ante un supuesto conflictivo habrá de hacerse un análisis caso por caso, dado que no hay criterios uniformes sobre el contenido concreto de los requisitos del soporte duradero. En todo caso, no parece que necesariamente deba ser algo físico o convertible en físico, como un documento de texto que se imprime<sup>57</sup>, pero sí es necesario garantizar

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

<sup>56</sup> STJUE caso *Content Services*, ap. 41.

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

su integridad, durabilidad y accesibilidad. En cuanto a la primera, lo esencial es que la información no pueda ser alterada unilateralmente por ninguna de las partes. La durabilidad se refiere a que la información permanezca —inalterada— durante un «tiempo adecuado» para sus fines, por lo que dependerá del supuesto concreto. Por ejemplo, en el caso de los servicios de pago la información precontractual debe estar disponible durante toda la vigencia del contrato, *ex art.* 15 OTSP. Por último, y quizás como aspecto más difícil de valorar, la accesibilidad. Ante la falta de concreción de qué deba considerarse «fácilmente accesible» pueden surgir prácticas que pongan en entredicho la posición del usuario. Determinados sitios de internet pueden ser considerados, en sí mismos, soporte duradero<sup>58</sup>, o diferentes documentos electrónicos —en cualquier formato— y alojados en diversos sitios —por ejemplo, en varias pestañas diferentes de la web de la entidad— pueden componer el contrato<sup>59</sup>. Y en ocasiones, esto los usuarios lo desconocen, especialmente los consumidores o las microempresas que en muchos casos serán empresarios personas físicas.

No deja de ser curioso que tanto el art. 29 RDLSP como los arts. 13 y 15 OTSP se refieran al «folleto» de información precontractual, dando a entender que toda ella debe presentarse en conjunto en un único documento y, sin embargo, no se exija la unidad del contrato —sin perjuicio de supuestos de integración legal— o, al menos, se establezcan ciertas medidas que ayuden a evitar posibles riesgos. Estas podrían ir desde la limitación de los formatos que se consideran accesibles —igual que se ha hecho (aunque pudiera ser de forma inconsciente) con la información precontractual— o establecer las formas o canales por los que tales documentos o soportes se pongan a disposición del usuario. Y ello se dice con pleno conocimiento de que la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, da ciertas pautas<sup>60</sup>. Sin embargo, estas se refieren únicamente a la documentación en formato

---

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

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

<sup>60</sup> En concreto sobre la entrega de documentos contractuales véase la norma novena.

de texto de los contratos cuando ya se ha indicado que ello no es la única posibilidad. Pero es que, además, la propia norma octava de la Circular señala que «[1]a entrega y el contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios de pago se determinarán conforme a lo previsto en la Orden 1263/2019».

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

Y, por supuesto, convienen normas de Derecho positivo que delimiten qué es y cómo debe funcionar un soporte duradero accesible, perdurable, íntegro, etc., de modo que se logre efectivamente la finalidad de las normas tuitivas. También parece absolutamente necesario, tal y como llevan insistiendo el Banco de España y la CNMV desde hace años, impulsar la educación financiera de los usuarios y, en general, la educación de consumo, pues la tecnología avanza a pasos agigantados ante la parsimonia de la ciudadanía<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> La estrategia nacional de educación financiera en España que bajo la marca «Finanzas Para Todos», es impulsada por el Banco de España y la CNMV desde 2008, quienes elaboran periódicamente un plan de educación financiera. El más reciente es el *Plan de Educación Financiera 2022-2025* y puede descargarse en: [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera\\_22\\_25es.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera_22_25es.pdf).

