

CAPÍTULO 5

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

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

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

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

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

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

Que estos efectos no se prevean de manera expresa plantea dos dificultades. La primera es que en materia de servicios de pago resulta muy difícil realizar una aproximación unitaria al problema en la medida en que el régimen especial establece un tratamiento diferenciado entre consumidores y microempresas, por un lado, y el resto de usuarios por otro, pero las normas que deben conjugarse para derivar efectos sobre el contrato no distinguen en los mismos términos. La segunda es que, al no preverse unos efectos específicos adecuados al tipo de contratación y su concreta función económico-social, resulta en la mayoría de los casos que las consecuencias jurídico-privadas que, en su caso, pueden llegar a derivarse del incumplimiento del régimen de información y transparencia en materia de servicios de pago no son deseables, mientras que aquellas que satisfarían los intereses de los usuarios con carácter general son prácticamente imposibles de conseguir. Se adelanta ya que con esto quiere hacerse referencia, como consecuencia no deseable, a la nulidad del contrato, y como efecto satisfactorio, pero casi imposible de conseguir, a la indemnización económica de los daños y perjuicios causados al usuario.

A continuación se pretende abordar de forma holística la eficacia «negativa» del régimen especial de transparencia aplicable a servicios de pago, en el sentido de qué remedios pueden defenderse a día de hoy, su eficacia y qué margen de mejora presenta nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

Al respecto y, en primer lugar, desde la perspectiva de la ley especial y sus disposiciones de desarrollo, ha de tenerse en cuenta el momento en el cual se produce el incumplimiento dentro del *iter* de la relación contractual. En este punto se tratan pues los efectos semidirectos de estas normas, poniéndolas en relación con las reglas y principios generales de la contratación. Para después, detallar las especificidades que para supuestos concretos prevén la LCDSFC y la LCGC y cómo interactúan con el régimen especial que, desde esta perspectiva, tendrá efectos indirectos en la medida en que servirán para delimitar el alcance de otra norma.

II. EFICACIA «NEGATIVA» DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN SERVICIOS DE PAGO

1. A nivel precontractual

A priori, podría parecer una obviedad decir que cuando no exista información precontractual, independientemente del tipo de usuario, podrá declararse la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento de conformidad con el Derecho de contratos. Ello en la medida que la ausencia de información va a ser la causa de un consentimiento otorgado con desconocimiento absoluto del objeto sobre el que dicho consentimiento recae. Ahora bien, en materia de servicios de pago, el régimen especial permite al proveedor cumplir con esta obligación con posterioridad a la celebración del contrato —marco o de operación de pago singular— si este se ha celebrado a instancias del usuario a través de un medio de comunicación a distancia que impida a la entidad cumplir debidamente tal obligación (arts. 8.2 y 13.2 OTSP, 44.2 y 51.2 DSP2). No obstante, debe matizarse el alcance de dicha dispensa: en la medida de lo posible, como expresión del principio de buena fe contractual y manifestación de la diligencia debida, el proveedor de servicios de pago debe informar al usuario sobre los aspectos preceptivos².

Cuestión distinta es la circunstancia de que el concreto medio de comunicación a distancia utilizado impida que la información previa relativa al contrato marco sea *facilitada en soporte duradero* y, en el caso del contrato de operación de pago singular, meramente *facilitada*, pues el requerimiento de soporte duradero se supedita a la petición del cliente³. Habrá de analizarse caso por caso si la información precontractual dada por el proveedor es suficiente para asegurar un consentimiento informado y válido, por lo que no puede generalizarse en este punto una conclusión unívoca.

Fuera de estos supuestos específicos deben diferenciarse otros tres: que la información se proporcione adecuadamente, pero sea incompleta; que la información solo se ponga a disposición del usuario; y que la información previa relativa al contrato marco no se facilite *en soporte duradero*.

² Aunque resulte sorprendente, sin que la Segunda Directiva de servicios de pago aclare nada al respecto, el regulador español sí ha incluido este matiz, aunque solo en sede de operaciones de pago singular, en el art. 8.2 OTSP.

³ Recuérdese que, en virtud del art. 29.1 RDLSP, ha de entenderse que toda la información relativa a los contratos de operación de pago singular debe ser facilitada, puesto que la OTSP en este punto no respeta los límites de la delegación normativa.

En el primero de los casos, cuando la información sea incompleta pero se haya proporcionado adecuadamente, de acuerdo con la doctrina asentada por nuestro Alto Tribunal, la consecuencia dependerá de si la falta de información recae sobre elementos esenciales del contrato. En el presente trabajo se defiende que, en el caso de los contratos marco, el juego de los arts. 13 y 14 OTSP implica que la información precontractual debe versar sobre el objeto del contrato detallado al máximo —que es ese *contenido mínimo* requerido por el art. 14 OTSP—, de modo que, en mi opinión, la información previa incompleta sobre un contrato marco podría justificar siempre la anulabilidad del mismo.

En segundo lugar, cuando la información precontractual no se facilita, sino que se pone a disposición del usuario, no debería producir efecto. Pero si el proveedor de servicios de pago puede demostrar que el usuario pudo tener conocimiento de la misma de un modo accesible, es probable que sea difícil sostener la inexcusabilidad del error y, por tanto, apreciar un vicio del consentimiento, siempre que no haya habido dolo por parte del proveedor, cuestión de difícil prueba para el usuario. De nuevo, se trata de un supuesto que requerirá un análisis *ad hoc*.

En tercer lugar, cuando la información precontractual relativa —exclusivamente— al contrato marco no se proporcione al usuario en soporte duradero, entonces sí que, en mi opinión, debería proceder la declaración de anulabilidad con fundamento en un vicio del consentimiento. La clave está en la integridad de la información y será, como casi siempre, una cuestión de prueba. Solo aquel soporte que reúna las condiciones para calificarlo como duradero permite asegurar que queda excluida toda posibilidad de modificación unilateral de su contenido por parte del proveedor de servicios de pago⁴. Teniendo en cuenta que en materia de información y transparencia la carga de la prueba se sitúa sobre el proveedor, si este no ha utilizado un soporte duradero para proporcionar la información precontractual, no podrá demostrar que esta no ha sido modificada y, por ende, tendrá muy difícil rebatir el déficit informativo que alegue el usuario.

A todo ello, independientemente del caso, cabría acumular una acción de reclamación de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo*⁵ del proveedor de servicios de pago que, en realidad, es lo único que presenta verdadero interés desde la perspectiva de la tutela de los intereses del usuario. Pero en materia de transparencia servicios de pago

⁴ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, p. 204.

⁵ «Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo* (Sentencia de 26-II-1994), que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado» (FD 1.º de la STS 8493/2001, de 30 de octubre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:8493). En el mismo sentido, la STS 3275/2009, de 24 de abril de 2009, ECLI:ES:TS:2009:3275.

este resarcimiento plantea diversas dificultades. Con frecuencia, el daño sufrido por el usuario puede ser prácticamente imposible de cuantificar. Podría hacerse una simulación de cómo hubiera sido el contrato de servicios de pago con todas las demás entidades competidoras, aunque aquí surge el problema de conseguir las tarifas y condiciones vigentes en cada una de ellas en el momento de la contratación con la dificultad entonces de probar el lucro cesante. También demostrar el nexo de causalidad puede ser muy complicado, prácticamente equivaldría a demostrar que, de haber tenido el usuario toda la información disponible no hubiera contratado con ese proveedor. Y aunque en el concreto supuesto de hecho estas cuestiones no planteen excesiva dificultad, puede resultar que el daño económico susceptible de valoración sea tan bajo que no merezca la pena reclamarlo judicialmente.

En cualquier caso, estas posibilidades son más construcciones teóricas que situaciones que se den frecuentemente en la práctica. El hecho de que la obligación de información precontractual se pueda entender satisfecha si se proporciona una copia del borrador del contrato hace que sea muy infrecuente la existencia de dos documentos diferenciados. Si la información precontractual y el propio contrato contienen —u omiten— exactamente la misma información, la vía para tutelar efectivamente los intereses de los usuarios no será precontractual sino contractual. Si a esto se le añade la indeterminación de la necesidad de proporcionar esta información «con suficiente antelación», no puede sino concluirse que la información precontractual apenas tiene efectividad alguna en la contratación de servicios de pago.

Para que la obligación de información precontractual fuera eficiente, debería racionalizarse su contenido y estandarizarse su modo de presentación y difusión, en aras de una comparación posible y efectiva⁶. Sobre la racionalización, especialmente en materia de contratación electrónica, el modelo de información por capas o niveles del RGPD podría ser una alternativa eficaz, permitiendo en un primer momento solo una información escueta y directa sobre los elementos y condiciones esenciales del contrato, e incluyendo, por ejemplo, un enlace web donde pueda obtener en soporte duradero una información

⁶ Para BUESO GUILLÉN «algo no encaja cuando el contenido de la información precontractual es el mismo que el de la información contractual [...] porque la función de la información precontractual es distinta, si se ve desde la perspectiva de la contratación por consumidores, que la de la información contractual: la información precontractual ha de permitir al usuario adoptar su decisión de contratación, mientras que la información contractual y de ejecución es necesaria en el desarrollo del contrato y su seguimiento, y, sobre todo, para afrontar situaciones patológicas en la relación contractual [...] cabe afirmar que el marco regulatorio actual de los servicios de pago da lugar a unas obligaciones de información precontractual excesivas que solo formalmente cumplen con las exigencias del mandato de transparencia. La mayor parte de esa información acaba desplegando su utilidad como información contractual en situaciones patológicas, pero no permite la toma de decisiones informadas por parte del usuario consumidor ni la comparabilidad de los servicios» (BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 261).

más completa. Pero precisamente en esta fase precontractual la simplificación del contenido y la estandarización de su presentación debe producirse a nivel europeo, no nacional, porque el mercado único de pagos así lo exige.

2. En el momento de celebración del contrato

A pesar de la preocupación por la fase precontractual, la dinámica de la contratación de servicios de pago, caracterizada por una inmediatez que ya ha adquirido carta de naturaleza, hace que, como se ha adelantado, la carga funcional de las obligaciones de información y transparencia se traslade en su práctica totalidad a la fase de celebración del contrato. En el fondo, esta es la razón principal que justifica el estricto planteamiento sostenido en este trabajo: la tutela de los intereses de los usuarios ha de centrarse fundamentalmente en el momento de nacimiento del contrato y en el de su ejecución, si bien en este punto no tanto en cuanto a las obligaciones de información periódica, como en lo que se refiere a la modificación del contrato y a la propia ejecución de las operaciones.

En este epígrafe se parte necesariamente de las conclusiones alcanzadas previamente y expresadas *supra* al hilo de la forma y contenido de los contratos de servicios de pago. En cuanto a la primera, ya se ha dicho que la falta de forma cuando esta sea preceptiva —lo que a mi juicio ocurre siempre en el caso de los contratos marco en que sean parte un consumidor o una microempresa, independientemente de que resulten al mismo aplicables también las disposiciones de la LCDSFC o de la LCGC—, determinará que el contrato no pueda producir efecto alguno, al tratarse de un requisito de validez. Aunque a lo largo del trabajo se opta preferentemente por la anulabilidad, por lo que a continuación se dirá, no parece estrictamente necesario decantarse definitivamente por esta o por la nulidad del contrato mercantil que no cumpla el requisito preceptivo de forma, máxime teniendo en cuenta que no es una cuestión pacífica entre la doctrina.

A decir verdad, que el contrato no cumpla tal requisito no será muy habitual. Salvo en un supuesto concreto y determinante en servicios de pago, especialmente de los celebrados electrónicamente, que es la necesidad de formalización en soporte duradero —como alternativa al papel—. Nótese que, en este punto, es posible que sea celebrado a distancia el contrato *per se*, pero no quepa la aplicación de la LCDSFC porque no se utilizan exclusivamente técnicas de comunicación a distancia (art. 2.1 LCDSFC) —lo cual es cada vez más habitual, especialmente cuando el proveedor de servicios de pago es una gran entidad de crédito que combina sus servicios presenciales con los electrónicos—. Como se ha indicado anteriormente la clave de la exi-

gencia de soporte duradero es que no cualquier forma de comunicación electrónica tiene tal carácter. Y el problema suele ser, precisamente, la integridad del documento. De ahí que se convierta en un elemento fundamental que determinará si se ha cumplido debidamente o no el requisito de formalidad impuesto por la ley especial de servicios de pago.

El siguiente aspecto controvertido en la relación contractual entre consumidores o microempresas y proveedores se refiere al contenido del contrato marco. Partiendo de la premisa de que lo exigido por el art. 14 OTSP es un contenido mínimo, obligatorio y esencial que define el objeto del contrato, la ausencia de alguno de los aspectos allí enumerados debería abocar a la nulidad —aquí sí— del contrato. Y ello por un doble motivo: de un lado la contravención del art. 6.3 CC por ser contrario a norma imperativa (el art. 14 OTSP en relación al art. 29 RDLSP), y de otro por falta de objeto válido conforme a su régimen especial (*arg. ex art.* 1261 CC). Pero este planteamiento no está, ni mucho menos, exento de obstáculos.

El primero, se refiere la reticencia de la jurisprudencia a utilizar el art. 6.3 como fundamento en la normativa bancaria para declarar la nulidad del contrato⁷. En particular, en la STS 716/2014, de 15 de diciembre, el Tribunal Supremo⁸ concluyó que cuando la norma sectorial prevé una sanción administrativa ha de entenderse que está estableciendo un «efecto distinto para el caso de contravención» *ex art.* 6.3 CC, y por ende, no cabe reconocer la nulidad del acto. Discrepamos de tal conclusión en este trabajo y compartimos la de un sector de la doctrina civilista que entiende que el único efecto distinto que puede prever la norma para excluir la sanción de nulidad ha de ser, necesariamente, la validez del acto⁹.

⁷ *vid.* el análisis jurisprudencial de MARÍN NARROS, para quien la jurisprudencia «desvela un claro esfuerzo del Tribunal Supremo por limitar su ámbito de aplicación, evitando un automatismo de la consecuencia jurídica de la nulidad ante cualquier contrato del ordenamiento jurídico» (MARÍN NARROS, H. D., «Implicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTs de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1616-1639 (p. 1618). La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo «ha seguido diversos modelos complementarios y no secuenciales en el tiempo que plantean una serie de criterios algo indeterminados para la aplicación del mencionado artículo», descartando de forma tajante la posibilidad de anular un contrato únicamente por la vulneración de normas administrativas en relación al art. 6.3 CC (en concreto en materia de deber informativo y de realización de los tests MiFID, *vid.* SSTs de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016), a pesar de que «aparentemente existen criterios apuntados por el propio Alto Tribunal en Sentencias anteriores que permitirían sostener una solución en sentido contrario» (*ibid.* p. 1633).

⁸ STS 5411/2014, de 15 de diciembre, ECLI:ES:TS:2014:5411.

⁹ *vid.* CARRASCO PERERA, para quien «resulta evidente que la simple previsión de un efecto cualquiera en la norma infringida no excluye la sanción de nulidad» pues, de lo contrario se «reduce el artículo 6, 3.º, a una función absolutamente marginal y desatiende la interpreta-

El segundo obstáculo se refiere a los efectos de la nulidad o anulabilidad (art. 1303 CC), y en esto los siguientes argumentos serían también aplicables cuando la causa de invalidez fuera la falta de forma. A diferencia de algunos supuestos de contratación bancaria, especialmente de financiación, o de contratación en materia de inversión, no hay ningún contrato de servicios de pago en el que los efectos *ex tunc* de la invalidez del contrato puedan desplegarse de forma retroactiva. No se puede *devolver* la prestación de servicios de pago. Y ello, sin entrar siquiera en la más que probable posibilidad de que la retrotracción de la relación contractual afectase a terceros, en tanto supondría deshacer operaciones de pago. Pero tampoco estaríamos, cuando se trate de nulidad, ante un supuesto clásico de conversión o ante un caso de posible convalidación. Porque en caso de falta de objeto, el contrato no contiene los requisitos sustanciales de otro contrato y, por ende, no puede transformarse¹⁰; así como tampoco es posible la convalidación de un acto que no reúna los requisitos esenciales del art. 1261 CC. En este sentido, respecto del requisito preceptivo de forma, el principio *favor contractus* aconseja la consideración de anulable del contrato y, por tanto, convalidable *ex art.* 1310 CC si tal es la voluntad de las partes (art. 1311 CC), si bien ello implica someter a un plazo de prescripción la acción del usuario.

En cuanto a la nulidad por falta de objeto, sus efectos serían los mismos que si el usuario, simplemente, ejercita su derecho de resolución. Por supuesto, la nulidad radical implica que las partes pueden actuar como si el vínculo jurídico no existiese —porque jurídicamente, así es—¹¹, pero en materia de servicios de pago poco aporta tal posibilidad cuando el fin de la contratación es satisfacer la necesidad del usuario de realizar pagos. El único aliciente para la solicitud de la declaración judicial de la nulidad del contrato, dado el régimen de modificación y resolución de contratos expuesto *infra*, es el posible resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Ahora bien, muy evidentes y significativamente altos deben ser estos para que el coste de demostrarlos¹², compensen al usuario el inicio de un proceso judicial. Cosa distinta sería contar en España con una institución o mecanismo de resolución alternativa de conflictos en materia financiera que permitiese a los usuarios ejercitar sus derechos de forma eficiente¹³; estamos

ción de la norma infringida» (CARRASCO PERERA, A., *et. al.*, «Fuentes del Derecho...», *op. cit.*, pp. p. 37/62 [versión digital]).

¹⁰ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 107.

¹¹ *Ibid.*, p. 104.

¹² El art. 31 RDLSP que impone al proveedor de servicios de pago la carga de la prueba solo operara en cuanto a la declaración de nulidad por incompletitud del contrato, pero respecto de la potencial acción indemnizatoria operarían las reglas generales.

¹³ La futura Autoridad Independiente de Protección del Cliente financiero debería posibilitar una tutela más efectiva de los intereses de los usuarios de servicios de pago, ahora bien, el régimen previsto en el Proyecto de Ley de su creación sea perfecto. Algunos aspectos criticables

aquí ante una materia transversal respecto a la eficacia jurídico-privada del régimen especial de servicios de pago.

Restan dos breves cuestiones por abordar. La primera, la nulidad de cualquier cláusula que contradiga el régimen imperativo del RDLSP *ex arts. 6.3 CC y 1255 CC*, en tanto límite a la autonomía de la voluntad. En mi opinión, solo habría una particular excepción: cuando la forma y el medio de comunicación pactado no reúna los requisitos necesarios para entenderlo suficiente a los efectos de *facilitar* la información cuando sea preciso, de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia europea a los que nos hemos referido *supra*. Dicha cláusula podría salvarse de la nulidad *ex arts. 1282 y 1284 CC* cuando, en la práctica, el proveedor de servicios de pago adopte medidas activas para que el usuario conozca la existencia de la información correspondiente, de modo que la mera *puesta a disposición* pactada torne *de facto* en una *facilitación*. Si tomásemos una muestra representativa de los contratos marco celebrados en España, nos permitiríamos aventurar que un elevado porcentaje contendría esta cláusula nula, y no está tan claro, de entre ellos, cuántos habrían subsanado de hecho la invalidez de tal acuerdo.

La segunda se refiere a los contratos de operación de pago singular cuyas cláusulas también serán nulas, por los mismos motivos, si contravienen lo dispuesto en el art. 9 OTSP. Pero quizás el incumplimiento más probable sea, no que no haya información sobre los aspectos exigidos en este precepto, sino que simplemente se ponga a disposición del usuario, en lugar de facilitársela activamente —aunque en estos contratos no se requiere que sea en soporte duradero—. Además de nulo por contravención de norma imperativa *ex arts. 6.3 y 1255 CC*, en este caso creo que sí podría sostenerse la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento. La inmediatez de la fase contractual, ante la inminente celebración del contrato, hace que la falta de información activamente transmitida al usuario ya no tenga remedio, pudiendo ser dicha omisión incluso un indicio de dolo del proveedor de servicios de pago. Es decir, si en el propio momento de la celebración del contrato el proveedor está obligado a facilitar activamente la información, pero tan solo la pone a disposición del usuario, este ya no tiene margen de tiempo siquiera para acudir a ese otro documento que está disponible pero no le ha sido facilitado, consultar otro enlace web, o el tablón de la oficina.

han sido puestos de manifiesto por PALÁ LAGUNA, R., «El anteproyecto de ley de creación...», *op. cit.*, *passim*.

III. LOS EFECTOS DIRECTOS PREVISTOS EN LA LCGC Y EN LA LCDSFC

Todo lo anterior, debe ser completado además con lo previsto en la LCGC cuando el contrato contenga cláusulas generales. Esta ley se aplicará en todo caso, independientemente del tipo de usuario. Pero las consecuencias que de la interacción entre ella y el RDLSP y su desarrollo reglamentario se deriven, no serán siempre las mismas.

Efectivamente, la contratación seriada es lo más habitual en servicios de pago, especialmente en contratos marco, pero también en contratos de operación de pago singular. En este último caso, al no ser un contrato formal, es suficiente con que las condiciones generales se encuentren anunciadas «en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración» (art. 5.3 LCGC). Pero a aquí hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el criterio de especialidad de las normas, el medio elegido deberá constituir facilitación a los efectos del marco jurídico de los servicios de pago. Por otro lado, cuando sea un contrato marco, las condiciones generales deberán firmarse por el usuario adherente y debe facilitársele un ejemplar de las mismas (art. 5.1 LCGC). La propia ley prevé los efectos jurídico-privados de la contravención de estas reglas (efectos directos): si el adherente no tiene oportunidad real de conocer las condiciones generales o son incomprensibles, no quedarán incorporadas al contrato (art. 7 LCDSFC).

La conjugación de este régimen y el especial de servicios de pago puede llevar a que la no incorporación de una cláusula implique la nulidad del contrato. Sucederá cuando el usuario sea consumidor y microempresa y la cláusula no incorporada se refiera a alguno de los aspectos necesarios en virtud de los arts. 9 y 14 OTSP, en relación a los arts. 9.2 y 10.1 LCGC.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el art. 8.1 LCGC permite también eliminar las cláusulas que contradigan lo dispuesto imperativamente en el régimen especial de servicios de pago que, por lo que a transparencia se refiere, afectará a consumidores y microempresas¹⁴.

Por otro lado, será aplicable la LCDSFC cuando el contrato de servicios de pago se negocie y celebre a distancia con un consumidor. Este será siempre el caso, como se ha dicho, del contrato de información sobre cuentas. No deja de ser llamativo que el contrato que la Segunda

¹⁴ Algunas disposiciones título III RDLSP son imperativas independientemente de que el usuario no sea consumidor ni microempresa, luego en esos casos el art. 8.1 también operaría.

Directiva de servicios de pago deja fuera de su régimen tuitivo, cuenta con otro *a priori* más directo, aunque solo cuando quien contrate sea consumidor. El problema es que las microempresas, merecedoras según la voluntad del legislador español de la misma protección que los consumidores, no pueden optar a solicitar la aplicación de los efectos jurídico-privados directos que prevé la LCDSFC.

Lo primero sobre lo que debe llamarse la atención es el origen de que la norma de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores prevea esos efectos jurídico-privados directos: el art. 11 de la DCDSFC¹⁵. Este precepto es el que contiene el mandato a los Estados miembros de incorporar a su Derecho interno sanciones adecuadas para la entidad que contravenga lo dispuesto en la Directiva, con la particularidad de que, además del mandato general incluye un ejemplo que, a juicio del legislador europeo del momento podía ser adecuado: «[e]n particular, podrán disponer al respecto que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna». Más allá de ese ejemplo, en nada difiere de lo que se dispone en otras normas del Derecho de los mercados financieros, como el art. 103 DSP². En materia de contratación a distancia en estos mercados, nuestro legislador tuvo a bien establecer un régimen sancionador público (art. 18 LCDSFC) y uno de carácter privado, que incluye la posposición del *dies a quo* del cómputo del derecho de desistimiento y el mencionado art. 9.4 LCDSFC.

La falta de información previa o de facilitación de las condiciones contractuales impide iniciar el cómputo del plazo durante el cual puede ejercitarse el derecho de desistimiento (14 días), que se postergará hasta que el consumidor reciba la citada información (art. 10.1 LCDSFC).

Por su parte, el derecho del consumidor a «rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna» (art. 18.5 LCDSFC) se asemeja al derecho de resolución previsto en el régimen especial de servicios de pago —de hecho, como se verá a continuación, es probable que este derive de lo que el legislador europeo tenía en mente al dar tal posibilidad, un derecho especial de desistimiento—. Pero su desafortunada ubicación sistemática —en el artículo dedicado a las sanciones administrativas— y su escueta redacción, plantean no pocas dificultades¹⁶. A los efectos que nos interesan, es suficiente decir que parece que su aplicación ha de circunscribirse a los casos en que el proveedor comete una infracción administrativa, aunque en materia de servicios de pago no aporta nada, teniendo en cuenta el régimen especial de resolución del RDLSP.

¹⁵ ARROYO APARICIO, A., «Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de Ley de incorporación de la Directiva 2002/56/CE», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 14, 2007, pp. 39-57.

¹⁶ Al respecto, MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, op. cit., pp. 263 y ss.

En tercer lugar, como ya se ha indicado, el art. 9.4 LCDSFC prevé la anulabilidad del contrato cuando se infrinja lo dispuesto en las reglas de información y transparencia de los arts. 7 a 9 LCDSFC¹⁷. Sobre el tenor literal —francamente mejorable— de este ap. 4¹⁸ han quedado dos cuestiones pendientes que procede traer ahora a colación. Empezando por el final, la primera que podría suscitar alguna duda es el matiz, innecesario, que se añade al final del precepto cuando se indica que tal posible nulidad será «de acuerdo con lo previsto en la legislación española» lo que debe entenderse en relación a los efectos que produzca la anulabilidad del contrato.

En segundo lugar, es preciso abordar cómo se definen los supuestos de aplicación, pues resulta algo confuso que se refiera al incumplimiento de la información previa, pero, al mismo tiempo, remita a artículos que también se refieren a la información propiamente contractual —art. 9.1 LCDSFC y 8 párrafo segundo, en relación a todo el régimen de información de servicios de pago—. A mi juicio, la norma debe ser interpretada en el sentido de incluir tanto la información precontractual como las condiciones del propio contrato¹⁹, pues mayor reproche merece la falta de información contractual que de la previa. Y aún más, no solo se referirá a las normas de esta ley, sino a toda aquella norma imperativa que sea aplicable al contrato en cuestión, de conformidad con los arts. 7.4 y 8 LCDSFC —cuestión que explicaría la expresión utilizada «requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos»—.

Concretamente, en virtud de la de la remisión del art. 8 LCDSFC a todo el art. 29 RDLSP, en cualquier contrato de servicios de pago celebrado a distancia, la infracción del régimen de información y transparencia puede dar lugar a la nulidad del contrato. Y ciertamente, ello lleva a la paradoja «sorprendente» y hasta «esquizofrénica»²⁰ de que la infracción de las reglas de transparencia e información en relación a un contrato idéntico, con exactamente las mismas condiciones, tendrá consecuencias diversas según se celebre presencialmente o a distancia. En mi opinión, esta realidad es absolutamente censurable, pero no porque la LCDSFC peca de excesiva, sino porque el régimen especial de servicios de pago resulta insuficiente al no prever consecuencias especiales de carácter privado por el incumplimiento de sus normas de

¹⁷ Para evitar reiteraciones innecesarias, véase *supra* el subepígrafe dedicado al contenido y forma de los contratos de operación de pago singular.

¹⁸ Art. 9.4 LCDSFC: «El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española».

¹⁹ Así parece entenderlo también MARIMÓN DURÁ (*ibid.* p. 130), quien además critica que no todos los aspectos recogidos en esos artículos tienen la misma relevancia.

²⁰ *Ibid.* p. 133.

transparencia e información que, innegablemente, afectan al contrato. Ello no obsta a compartir la opinión de que la destrucción del contrato no es el camino²¹.

IV. UNA ALTERNATIVA NECESARIA: LA PREVISIÓN LEGAL DE LOS EFECTOS «NEGATIVOS» DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Es posible la derivación de efectos jurídico-privados por infracción del régimen de transparencia especial previsto en materia de servicios de pago, aunque no es una cuestión fácil.

En mi opinión, el régimen aplicable para la tutela de los usuarios —en especial, de consumidores y microempresas—, incluyendo el previsto para los casos de contratación mediante cláusulas generales o de contratación a distancia para el caso de los consumidores, no resulta enteramente satisfactorio.

En primer lugar, por la dificultad que supone la interpretación armonizada de toda la normativa aplicable. En este trabajo se defiende una interpretación estricta, pro usuario, en aras de la mejor tutela posible de sus intereses, pero no se desconoce que la doctrina jurisprudencial referente a la transparencia en los mercados financieros no va en esta línea. Empezando por la limitada consideración de las normas de carácter reglamentario que establecen las reglas de información y llegando hasta la diversa aplicación del art. 6.3 CC.

Preocupa, en particular, la situación de las microempresas que más allá de la legislación sobre contratos de adhesión no cuentan con una protección privada adecuada al nivel que pretendía exigir el RDLSP. También es cuestionable la incoherencia del régimen aplicable a los contratos de servicios de información sobre cuentas, que varía según constituyan el único objeto del contrato o se preste junto a otros servicios de pago regulado.

A ello, debe añadirse que las posibilidades permitidas por el ordenamiento se limitan a la desaparición del vínculo contractual, sea por resolución o desistimiento del contrato, sea por anulación. Y a una hipotética indemnización por daños y perjuicios de dudosa aplicación en la práctica.

La destrucción del contrato es una consecuencia que raramente será querida por las partes, ni compensará al usuario en modo alguno por la falta de información. Los usuarios necesitan contratos de servicios de

²¹ *Id.*

pago porque la vida moderna así lo exige, poco le aporta la posibilidad de anular un contrato, máxime teniendo en cuenta la imposibilidad de restitución de las prestaciones y el régimen especial de resolución aplicable. Por su parte, la indemnización de daños y perjuicios será prácticamente imposible de obtener debido a la dificultad de cuantificar el daño causado y de probar el nexo causal entre la falta de información y la producción del daño. E incluso aunque se sorteen estos obstáculos, no será infrecuente que el valor de dicha indemnización sea tan escaso que no sea rentable iniciar un proceso judicial. La resolución alternativa de litigios tampoco es, por ahora, una opción satisfactoria en nuestro país pues no hay una institución a la que obligatoriamente hallan de someterse las partes, que pueda decidir en el plano del Derecho privado, con efectos de cosa juzgada, celeridad y de forma económica.

Es precisa una profunda revisión del régimen de transparencia e información, que aborde los aspectos que se han ido mencionando, como la formalidad de los contratos, el papel de la información precontractual, así como su forma de presentación y difusión. Deben aclararse numerosos conceptos (comisiones, gastos, la expresión «suficiente antelación», etc.) y eliminar dispensas que hoy en día, dado el desarrollo tecnológico, carecen ya de sentido, salvo en casos excepcionadísimos.

Pero, sobre todo, debe actualizarse este régimen en una norma con rango de ley, al menos en sus aspectos esenciales, permitiendo un desarrollo reglamentario del detalle, y que, además y, sobre todo, prevea efectos jurídico-privados directos, para el caso de su contravención. Idealmente, esto tendría que hacerse en un reglamento europeo que armonice verdaderamente la contratación de servicios de pago en toda la Unión, pero si —como parece— el legislador europeo no prevé esos efectos jurídico-privados, bien podría hacerlo el legislador español.

Sería deseable el establecimiento de un régimen especial que se pueda aplicar de formar rápida y efectiva. Es decir, que el régimen sea claro y ofrezca suficiente seguridad jurídica para facilitar su aplicación homogénea, tanto para los consumidores como para las microempresas, sin necesidad de recurrir a otras normas, salvo supuestos excepcionales. Ya parece ir en esta línea la UE al incorporar a la Directiva de protección de los consumidores las normas especiales de contratación a distancia de servicios financieros, y excluir su aplicación a los servicios que cuenten con sus propias reglas especiales. Ahora bien, si no se actualizan también las normas especiales, como la Segunda Directiva de servicios de pago, ello puede generar más desprotección que seguridad jurídica, pues cuando entre en vigor quedarán huérfanos de tratamiento especial algunos supuestos que actualmente sí lo tienen.

Y en cuanto a los remedios concretos, a los efectos jurídico-privados de la contravención de estas normas, quizás lo más idóneo para tutelar los intereses de los usuarios en materia de transparencia e

información en la contratación de servicios de pago sería la previsión de unas indemnizaciones fijas, en función del nivel cualitativo y cuantitativo del déficit informativo²². En fase contractual, también convendría establecer previsiones especiales en torno a la validez del contrato —al menos, del contrato marco— cuando no se proporcione toda la información preceptiva o no se facilite en soporte duradero. En suma, conviene diseñar un régimen moderno, realista y eficaz que permita de verdad el equilibrio de las posiciones de las partes contractuales, otorgando a los usuarios que merecen mayor protección un régimen tuitivo que vele por sus intereses para contrarrestar la fuerza natural del mercado, que tiende a inclinar la balanza del lado del proveedor de servicios de pago²³.

²² Como se hizo en Gran Bretaña, en la transposición de la DCDSFC.

²³ Prueba de ello es que el legislador europeo ha visto la necesidad de obligar a las entidades de crédito a ofrecer una cuenta de pago básica. Como fundamento de la intervención pública, ESTEBAN RÍOS habla de un interés general cuya satisfacción no queda plenamente cubierta por el mercado (ESTEBAN RÍOS, J., «Las cuentas de pago básicas: ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?» en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 158, 2020, pp. 159-190 [versión digital]) y de cómo determinados servicios financieros se convierten así en una suerte de «servicios de interés económico general» (ESTEBAN RÍOS, J., «La actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios» en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, 2022 [versión digital]).

