

CAPÍTULO 6

MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO

I. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1. Modificación unilateral de las condiciones del contrato marco

A lo largo de la vida del contrato marco sus condiciones pueden sufrir modificaciones, al contrario de lo que sucede en los contratos de operación de pago singular en los que, al ser de tracto único, difícilmente podrá darse un supuesto de modificación. Se habla de modificación unilateral, no porque el proveedor pueda llevarla a cabo sin implicar al usuario¹, sino porque la iniciativa de la misma en la mayor parte de los casos únicamente puede provenir de aquel. Cuando el usuario es consumidor o microempresa —pues son los casos de aplicación imperativa del régimen previsto legalmente—, no tendrá fuerza negociadora suficiente para proponer cambios en la relación contractual². A este

¹ PEÑAS MOYANO, M. J., *Régimen Jurídico...* *op. cit.*, p. 103.

² Para MELERO, sin embargo, sí que es posible que la propuesta de modificación provenga del usuario, en cuyo caso deberá regirse por el procedimiento acordado en el contrato, que no podrá ser más gravoso que el impuesto para la entidad en los mismos casos (MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 164). Sin embargo, pone como ejemplo el de aumento de la cantidad disponible por medio de la tarjeta de crédito lo que, a mi juicio, no sería una modificación del contrato de servicios de pago sino del contrato de crédito en conexión con el mismo. De todos modos, a pesar de que en la práctica —con consumidores y microempresas— considero difícil

planteamiento responde el régimen del RDLSP, que solo resulta de aplicación cuando la modificación proviene del proveedor (art. 33 RDLSP).

Se dispone un procedimiento especial, según el cual el proveedor debe proponer la modificación de las condiciones con una antelación mínima de dos meses, en soporte duradero, presentándola de manera individualizada —esto es, sin acumularla a otra información— y destacándola con claridad, de modo que quede absolutamente claro en qué consiste el cambio y cómo va a afectar al usuario. No basta con la mera *puesta a disposición* de la propuesta de modificación, sino que esta debe ser *facilitada*, de acuerdo con el art. 19 en relación al 13.1 ambos de la OTSP. Llama la atención que el art. 33.1 RDLSP no se refiera solo a las condiciones contractuales sino también a la información precontractual, cuya modificación ha de seguir las mismas reglas. Ciertamente, no será habitual que esta difiera de aquellas³, pero en el caso de que así sea, no alcanza a entenderse qué sentido o utilidad tiene modificar la información precontractual de un contrato vigente y a qué fin hay que establecer un régimen legal para dicha modificación. Al contrario, parece que sería más interesante que la información precontractual permaneciese invariable, de modo que el usuario pudiera comparar a lo largo de la vida del contrato cómo han ido modificándose las condiciones del servicio que contrató.

De acuerdo con la norma, el usuario tiene derecho a «aceptar o rechazar la modificación», decisión que debe comunicar en el plazo que reste hasta la entrada en vigor del cambio. Aunque el art. 33 no dice nada al respecto, se entiende que el proveedor debe comunicar la propuesta de modificación por el medio general pactado en el contrato o, en su caso, por otro medio específico debidamente destacado y acordado expresamente al efecto. Cuando en el ap. 1 del art. 33 se lee que el usuario «podrá aceptar o rechazar las modificaciones del contrato marco antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor por el mismo medio que le sean notificadas» no ha de entenderse que el cliente solo dispone de un medio para manifestar su voluntad. Al contrario, supone que el usuario puede transmitir su decisión al proveedor por el mismo medio que ha recibido la propuesta, pero también por cualquier otro pactado en el contrato o que se deduzca de este. Es recomendable que el medio utilizado por el usuario deje constancia de algún modo, pues del juego entre los arts. 33 y 31 RDLSP se desprende que la carga de la prueba recaerá sobre él. Teniendo en cuenta que lo habitual

que se den estos supuestos, concuerdo con la autora en lo que se refiere a la limitación de que las condiciones impuestas al consumidor para la propuesta de modificación no pueden ser más gravosas que para el PSP, a lo que subyace el justo equilibrio de las condiciones del contrato. Dimanante de un principio de Derecho contractual, que tiene como base legal el art. 1256 CC, a mi juicio, aquel es un límite cuya vigencia subsistirá incluso cuando el régimen del art. 33 RDLSP no sea aplicable.

³ BUESO GUILLÉN, P.-J., «Transparencia y contratación...», *op. cit.*, p. 257.

es que en el contrato se pacte la posibilidad de consentimiento tácito, no tiene mucho sentido exigir al proveedor *ex art.* 31 que demuestre que el usuario no ha consentido la modificación. A este respecto, su responsabilidad probatoria se limitará a que siguió el procedimiento legalmente establecido de forma correcta.

La cuestión de la comunicación es esencial en relación a las modificaciones contractuales, porque en materia de servicios de pago lo que determina la voluntad contractual no es tanto el servicio en sí —pues casi todos los proveedores prestan todos los servicios—, sino las concretas condiciones en que se ofrece, que van más allá del precio del servicio.

Junto con la propuesta de modificación, se exige que el proveedor avise al usuario de dos cuestiones fundamentales. La primera es que, si así se ha pactado en el contrato, el PSP debe recordar al usuario que, a falta de rechazo expreso en plazo, cabe considerar que ha aceptado la modificación (consentimiento tácito)⁴. La segunda es que, en estos casos, debe incluirse también la especificación de que, si se rechaza la modificación, el usuario tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación. De ahí que la facultad de elección del usuario tenga más relevancia sobre el papel que en la práctica ya que, en realidad, consiste en aceptar la modificación y mantener la relación contractual, o no aceptarla y extinguirla. Lo único que aporta esta previsión es que, cuando se haya pactado el consentimiento tácito y el usuario quiera rechazar la propuesta, la resolución del contrato será siempre gratuita, independientemente de cuál haya sido su duración (*vid.* art. 32.3 RDLSP y apartado siguiente). Por ello, se ha concluido con acierto que, en el fondo, lo que se establece es una nueva causa de extinción del contrato, aparte del régimen especial de resolución⁵.

Sin perjuicio de ello, la Segunda Directiva de servicios de pago podría permitir otra lectura de este concreto aspecto, de la que lamentablemente no se ha hecho eco el legislador nacional. Aunque en la práctica tampoco supondría una gran diferencia puesto que el pacto de consentimiento tácito es la norma general, sí permitiría, en los casos

⁴ Esta cuestión tiene como antecedente en la Recomendación 88/590/CEE que en relación a tarjetas señalaba en el punto 3.5 «3.5. Las cláusulas contractuales no serán modificadas, a no ser que exista acuerdo previo entre las partes; sin embargo, *se presumirá que existe tal acuerdo cuando el emisor proponga una modificación de las cláusulas contractuales y el titular, tras haber recibido la correspondiente notificación, siga utilizando el instrumento de pago*» (cursiva añadida).

⁵ GIMIGLIANO, G., «Title III “Transparency of conditions...», *op. cit.*, p. 117, para quien esta aproximación normativa evidencia una decisión de política legislativa en la que se prima el interés del PSP en ajustar los términos del contrato marco, por encima del interés del usuario de mantener los iniciales.

en que este no se haya acordado, extender esa facultad de resolución gratuita también a los contratos que hayan estado menos de seis meses en vigor. Y es que el tenor literal del art. 54.1, segundo párrafo, DSP2, difiere de la literalidad del art. 44.1, segundo párrafo, DSP1⁶, de modo que la facultad de resolución gratuita por modificación de las condiciones ya no parece vinculada necesariamente al pacto de consentimiento tácito. La única razón por la que esta modificación ha pasado desapercibida, también para la doctrina, que quizá no se haya percatado del cambio sustancial del régimen previsto en la norma europea, es que esta obligación se recoge en el mismo párrafo que la anterior. Sin embargo, esta variación en el texto no proviene de la propuesta de Segunda Directiva que mantenía la redacción de la Primera, sino del texto de compromiso de la presidencia de 12 de septiembre de 2014⁷ que, además de este cambio, añadía en el primer párrafo, tras establecer el derecho del usuario a aceptar o rechazar la modificación, el matiz de que «*[i]n the latter case [si se rechazaba la modificación], the payment service user shall terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied*»⁸.

⁶ Este, tras establecer la posibilidad de pactar el consentimiento tácito y la obligación de informar al usuario de ello al tiempo de la propuesta de modificación, decía: «*[e]n tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a rescindir el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de los cambios*», mientras que el art. 54.1 DSP2 directamente dispone que «*[e]l proveedor de servicios de pago informará también al usuario de servicios de pago de que, en caso de que el usuario de servicios de pago rechace las modificaciones, el usuario de servicios de pago tiene derecho a resolver el contrato marco sin coste alguno y con efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación*».

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC. Presidency compromise. Interinstitutional File: 2013/0264(COD).

⁸ «*Article 47 Changes in conditions of the framework contract*

1. Any changes in the framework contract as well as the information and conditions specified in Article 45, shall be proposed by the payment service provider in the same way as provided for in Article 44(1) and no later than two months before their proposed date of application. The payment service user can either accept or reject the changes within the time limits set by Article 45 (6). In the latter case, Should the payment service user reject these changes, he has the right to shall terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied.

Where applicable in accordance with point (a) of Article 45(6), the payment service provider shall inform the payment service user that he is to be deemed to have accepted these changes if he does not notify the payment service provider that he does not accept them before the proposed date of their entry into force. *The payment service provider shall also inform the payment service user that, in case he rejects these changes, he has the right terminate the framework contract free of charge and with effect from the date when the change would have been applied.*

2. Changes in the interest or exchange rates may be applied immediately and without notice, provided that such a right is agreed upon in the framework contract and that the changes are based on the reference interest or exchange rates agreed on in accordance with points (b) and (c) of Article 45(3). The payment service user shall be informed of any change in the interest rate

Por tanto, la intención era claramente que la resolución del contrato a voluntad del usuario por propuesta de modificación de las condiciones fuera en todo caso gratuita. Sin embargo, sin que pueda encontrarse registro por escrito que justifique la decisión final, esta adición al párrafo primero se perdió por el camino, aunque se mantuvo en el párrafo segundo la eliminación del «en tal caso» que ligaba necesariamente la facultad de resolución gratuita al pacto de consentimiento tácito. A falta de pronunciamientos judiciales al respecto, en mi opinión, la Directiva debe interpretarse en sentido de que el usuario ha de disfrutar de esta facultad de resolución gratuita en todo caso, y no solo cuando se pacte el consentimiento tácito. Nuestro ordenamiento jurídico no ha transpuesto correctamente esta previsión.

El art. 33 RDLSP no deja margen de interpretación. Con carácter general el usuario puede aceptar o rechazar la modificación, pero no especifica en qué haya de consistir ese rechazo que necesariamente deberá encauzarse a través de la resolución prevista en el art. 32, salvo el improbable caso de que el PSP permita la subsistencia del contrato con las condiciones originarias. Únicamente cuando se haya acordado que el silencio del usuario tras el plazo de preaviso suponga la aceptación de la modificación, el usuario tendrá derecho además a resolver de forma gratuita el contrato. Ello solo supone una mejora respecto del régimen general de resolución, para aquellos contratos que hayan estado en vigor menos de seis meses.

Solo hay una excepción a la facultad de rechazar una modificación. Se regula en sede de resolución (art. 32.2, segundo párrafo, RDLSP), y es que el contrato sea de cuenta de pago y el usuario tenga contratados con el mismo proveedor otros productos o servicios para cuya gestión sea necesaria una cuenta. En ese caso, el proveedor está obligado a mantener las mismas condiciones y tiene prohibido introducir concepto alguno del que se derive un coste para el usuario superior al vigente en el momento de la propuesta de modificación⁹. Ahora bien, el usuario

at the earliest opportunity in the same way as provided for in Article 44(1), unless the parties have agreed on a specific frequency or manner in which the information is to be provided or made available. However, changes in interest or exchange rates which are more favourable to the payment service users, may be applied without notice.

3. Changes in the interest or exchange rate used in payment transactions shall be implemented and calculated in a neutral manner that does not discriminate against payment service users».

Siendo el texto subrayado, añadidos a la propuesta original de la comisión; las negritas subrayadas, añadidos respecto del último texto de compromiso y, tachado, las eliminaciones respecto de este.

⁹ Para Zunzunegui, el régimen previsto para los contratos vinculados no es suficiente, al contrario, cree que equivale a que el cliente vinculado pierda el derecho a resolver el contrato marco y quede atado al banco. Defiende que esta situación es anticompetitiva y que, incluso, puede constituir una incorrecta transposición de la PSD2, puesto que no considera que este régimen sea más favorable que el previsto en el art. 55 PSD2 (ZUNZUNEGUI, F., «Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pago» en *Revista de Derecho Bancario*

no podrá utilizar la cuenta para ninguna finalidad ajena al producto o servicio para cuya gestión se mantiene abierta y, por tanto, probablemente pasará de ser una cuenta de pago a una cuenta instrumental¹⁰.

No obstante, este régimen no es de aplicación cuando las modificaciones sean inequívocamente beneficiosas para los usuarios, y tampoco cuando se haya pactado en el contrato marco la posibilidad de modificar los tipos de interés o de cambio con base en los tipos de referencia acordados. En estos casos, las modificaciones pueden aplicarse inmediatamente y sin previo aviso, si bien cuando se refieran a la variación de tipos, deberán comunicarse al usuario «lo antes posible» o en el momento en que las partes hayan acordado si se ha pactado una frecuencia o procedimiento expreso al efecto. A este respecto se impone también que las variaciones de tipos deben aplicarse y calcularse «de una forma neutra y que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago», lo que supone la limitación del redondeo de los tipos. Algunos autores han señalado que sería inadmisibles si solo se permite al alza en favor del PSP, mientras que si se prevé tanto al alza como a la baja, de modo que beneficie y perjudique por igual a usuario y proveedor, sería aceptable¹¹.

Por otro lado, se considera buena práctica bancaria que, incluso cuando el contrato prevé determinadas comisiones o gastos cuyo cobro se ha decidido no efectuar por política comercial, el proveedor debe notificar al usuario como si de una modificación contractual se tratase, la decisión de comenzar a cobrar esos importes¹².

Desde luego, ha de considerarse positiva la inclusión de estas reglas especiales¹³ sobre modificación de las condiciones de los contratos marco de servicios de pago, ya que garantizan que los cambios en el contrato no se producen al margen conocimiento efectivo y, en el mejor de los casos, la comprensión real del usuario. Aunque el régimen previsto todavía puede mejorarse. Ciertamente, supone un gran avance para las microempresas que no pueden ampararse en la legislación de protección del consumidor, si bien tanto para ellas, como para los con-

y *Bursátil*, núm. 159, 2020, pp. 89-112 (versión digital). En mi opinión, esta disposición sí resulta más favorable en tanto la falta de previsión de este supuesto supondría, en la práctica, la resolución de todos los contratos vinculados (en este sentido los arts. 10.4 LCDSFC y 76.bis TRLGDCU), lo cual podría perjudicar aún más los intereses del usuario.

¹⁰ Sobre los diferentes tipos de cuenta, con disculpas por la autocita, *vid.* CASTILLO OLANO, A., *Delimitación conceptual...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹¹ En este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 545, seguido por MELERO BOSCH, M. L., *Los contratos...*, *op. cit.*, p. 165.

¹² BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, pp. 174-175.

¹³ Concreción de la general aplicable a la contratación de servicios financieros con consumidores establecida por el art. 85.3 TRLGDCU. Téngase en cuenta, además, que si la modificación afecta —y probablemente así será— a una condición general, habrá de respetarse asimismo lo dispuesto en la LCGC.

sumidores —y, en realidad, para cualquier usuario— cambiar de proveedor supone un inconveniente muy considerable, que cuesta tiempo y, en buena parte de los casos, dinero.

En efecto, la resolución gratuita del contrato —que, además, no se aplica en todos los casos— no soluciona el problema al usuario, ya que lo que necesita es un contrato de servicios de pago, no que el que ya tiene y con el que estaba satisfecho se extinga. Además, dependiendo del tipo o número de contratos, quizás dos meses no sean tiempo suficiente para comparar ofertas de otros proveedores y tomar una decisión. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de cuenta de pago al que se encuentran vinculados créditos o préstamos de elevada cuantía (por ejemplo, un préstamo hipotecario). Es cierto, no obstante, que en el caso del contrato de cuenta —el más habitual y en el que más frecuentes son las modificaciones contractuales— existe el servicio de traslado de cuentas (arts. 11 a 14 RDLCP), pero solo es obligatorio ofrecérselo —y hacerlo de forma gratuita¹⁴— a los clientes consumidores [art. 1.c) en relación al art. 2.a) RDLCP]. Pero probablemente no será este el caso cuando se ofrezca —voluntariamente— al resto de usuarios, incluidas las microempresas —a cuyos contratos ha de aplicarse imperativamente el régimen de modificación del RDLSP—.

Precisamente los contratos de cuenta son la forma primordial —quizás junto a los préstamos hipotecarios, pero en menor medida— de llegar a nuevos clientes en el mercado de pagos y en el mercado bancario en general. Por eso, no es de extrañar que sea frecuente que las condiciones que se ofrecen al inicio de una relación contractual de servicios de pago, muden con el paso del tiempo a otras menos convenientes para el usuario. Y tampoco, que esta cuestión sea objeto de numerosas consultas y reclamaciones¹⁵. Para equilibrar esa ventaja de la que disponen los PSPs, el régimen jurídico de la modificación debe responder de manera realista a la posición del usuario y ha de hacerse a través de las herramientas jurídicas apropiadas. Es por ello por lo que debe valorarse positivamente que, a diferencia de las obligaciones de información y transparencia, el régimen especial en materia de servicios de pago se contenga en el RDLSP en lugar de una norma de rango

¹⁴ Art. 9.1 de la Orden ECE/228/2019 sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación.

¹⁵ En la Memoria de Reclamaciones 2021, el Banco de España informaba de que: «En este ejercicio, numerosos conflictos tuvieron su origen en el aumento de la cuantía o en el establecimiento de nuevas comisiones en cuentas antes exentas, y normalmente el titular negó haber sido avisado previamente del cambio. El DCE analizó en cada caso el cumplimiento por las entidades de las obligaciones formales para la modificación de condiciones, sobre todo si existió preaviso con antelación de dos meses, de modo que el cliente pudiera haber cancelado la cuenta sin coste en caso de disconformidad con las nuevas comisiones. Si el preaviso se hizo a un buzón integrado en banca electrónica, se exige un comportamiento activo, o aviso por otro medio, sobre la existencia de la comunicación en ese buzón» (BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 19; sobre las reclamaciones, *vid.* pp. 174-175).

reglamentario, aunque algunas cuestiones fundamentales no han sido incorporadas al art. 33 RDLSP y, de nuevo, como se verá más adelante, ello puede dificultar la derivación de consecuencias jurídico-privadas por su incumplimiento.

2. Modificación unilateral de las condiciones del contrato de información sobre cuentas

Un supuesto distinto es el de la modificación de las condiciones del contrato de información sobre cuentas. El art. 33 RDLSP es claro al delimitar su ámbito de aplicación a los contratos marco, de modo que este régimen no es imperativo, ni siquiera dispositivo, en el caso de los contratos de información sobre cuentas. Salvo, por supuesto, que las partes decidan incorporarlo al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad. O que este servicio sea objeto, junto a otros servicios de pago regulados de un contrato marco, en cuyo caso, a falta de previsión explícita de este supuesto, incluso si la modificación se refiriese solo al servicio de información sobre cuentas, deberían seguirse las reglas explicadas en el subepígrafe anterior.

Cuando se trate de un contrato cuyo objeto sea exclusivamente la información sobre cuentas —a efectos de servicios de pago, sin perjuicio que el objeto incluya otros servicios financieros con sus propias normas especiales—, desde el punto de vista del Derecho positivo, solo en caso de que el usuario sea consumidor se establece alguna regla específica que habrá de respetarse en la modificación de estos contratos. Poi lo demás, teniendo en cuenta que habitualmente se trata de contratos de adhesión y, en todo caso, celebrados a distancia, seguirán siendo de aplicación la LCGC y la LCDSFC, aunque estas normas no contienen reglas especiales sobre la modificación, como tampoco lo hace la LSSI.

Cuando el usuario de estos servicios sea un consumidor, la salvaguarda de sus intereses se rige por lo dispuesto en el art. 85.3 TRLGDCU, que con carácter general establece la abusividad de las cláusulas que reserven para el proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato salvo «que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Para, a continuación, establecer las reglas especiales que rigen en la modificación de los contratos de servicios financieros en los párrafos segundo y tercero de este mismo apartado. Pero obviamente, cuando este precepto se elaboró ni existían, ni se pensaba que en algún momento un servicio como el de información sobre cuentas se calificase como servicio financiero. Así, resulta que en virtud del segundo párrafo el proveedor de servicios de información sobre cuentas podría reservarse la facultad de modificar sin previo aviso el importe de «otros gastos relacionados con los servicios financieros [...] en casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obliga-

do a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes¹⁶ y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna». A mi juicio, la posibilidad de aplicar esta previsión debe ser descartada en el caso que nos ocupa, pues el contexto de esta facultad es el de tipos de interés adaptados a un índice, y cualesquiera «otros gastos» y «razón[es] válida[s]» deben entenderse referidos a aquellos, lo cual nunca podrá ser aplicable en sede de prestación de servicios de información sobre cuentas, por la propia naturaleza del servicio.

Sí resultaría de aplicación, sin embargo, el párrafo tercero, que permite la modificación cuando el propio contrato recoja los motivos que se consideran válidos para el cambio de condiciones. En este caso, se exige —con una redacción algo farragosa— que «el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes» (art. 85.3, tercer párr. TRLGDCU).

3. Consecuencias del incumplimiento de las reglas sobre modificación del contrato de servicios de pago

La propuesta de modificación contractual puede plantear diversos problemas, pero el régimen especial no prevé ninguna regla al respecto de las consecuencias jurídico-privadas que estos puedan acarrear, de modo que habrá que acudir a las reglas generales del Derecho privado.

Así, puede resultar que la modificación se haya comunicado con un plazo de antelación inferior a dos meses, que se haya proporcionado en un soporte que no reúna los requisitos necesarios para ser considerado como duradero, que no sea clara, o que se haya presentado junto a otra información en lugar de hacerlo de manera individualizada. Habiendo sido pactada en el contrato la posibilidad de consentimiento tácito, puede ser que no se incluya un aviso al respecto o que no se informe de que el usuario tiene derecho a resolver el contrato de forma gratuita en el plazo que medie hasta la entrada en vigor del cambio de condiciones. Mucho menos habitual será que aquel pacto no exista y, a pesar de ello, se aplique la modificación porque se entienda aceptada ante el silencio del usuario. En todos estos casos, la propuesta —y, en caso de haber sido aplicada ya, la propia modificación— será nula si

¹⁶ Esta referencia a «otros contratantes» ha de entenderse referida a todos los demás contratantes distintos del empresario, es decir, al consumidor y usuario y cualesquiera otros contratantes que pudieran ser parte también del contrato. En este análisis, circunscrito al servicio de información sobre cuentas, tan solo cabría entender como otro contratante al cotitular de una cuenta de pago, pero a mi juicio también este debería ser parte del contrato de información sobre cuentas.

el usuario es consumidor o microempresa, por contraria una norma de carácter imperativo *ex art.* 28.1 RDLSP. Por ende, la modificación no podrá desplegar sus efectos y, si lo hace, la relación contractual deberá retrotraerse al momento anterior a tal aplicación. Por ejemplo, si se ha introducido una nueva comisión o se ha elevado una preexistente, al declarar la nulidad de la modificación deberán restituirse las comisiones abonadas por el usuario con el correspondiente interés legal.

Mención aparte merece que la propuesta sea meramente puesta a disposición, pero no facilitada. Esto, junto al concepto de soporte duradero, es precisamente el objeto de pronunciamiento de la STJUE en el caso *Bawag c. Vfb* (C-375/15), ya comentada, que si bien se refieren al régimen de la Primera Directiva de servicios de pago en este punto no difiere del dispuesto en su sucesora. Y el Tribunal europeo, al hilo de la información proporcionada a través del sitio web del proveedor, es claro: las modificaciones contractuales deben ser *facilitadas* en *soporte duradero* para lo cual deben concurrir dos requisitos, que el usuario pueda «almacenar la información que se le envía personalmente de manera que pueda acceder a ella y reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor o por cualquier otro profesional» y que «si el usuario de servicios de pago está obligado a consultar ese sitio de Internet para tener conocimiento de dicha información, la transmisión de esta información se ve acompañada de un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio de Internet»¹⁷.

La cuestión es que, en el ordenamiento jurídico español, la obligación de facilitar la propuesta de modificación no se contiene en el RDLSP sino en la Orden ECE/1263/2019¹⁸, al contrario de lo que sucede por ejemplo en la legislación austriaca¹⁹. Por los mismos argumentos que se han ido exponiendo a lo largo capítulo anterior, a mi entender, resultaría aplicable también la nulidad de la modificación. Más allá del convencimiento de que la Orden de transparencia de servicios de pago contiene normas con un claro alcance jurídico-privado, es el propio art. 33.1 RDLSP el que determina que la concreta forma en la que deba proponerse la modificación será determinada por el titular del Ministerio de Economía y Empresa. Y tal argumento no desmerece el de que la técnica legislativa española es, en mi opinión, muy mejorable. Negar la eficacia jurídico-privada de la obligación de facilitar la propuesta de modificación llevaría a vaciar de contenido todo el régimen dispuesto

¹⁷ Fallo de la STJUE caso *Bawag c. Vfb*.

¹⁸ Al respecto y con un prolijo comentario de la Sentencia europea *vid.* BUESO GUILLÉN, P. J., «Cumplimiento telemático...», *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ Véanse párrafos 18 a 20 STJUE caso *Bawag c. Vfb*.

por el art. 33 RDLSP. De nada sirve que se dé un preaviso o que se reconozcan ciertas facultades al usuario para defender sus intereses de una modificación impuesta por el proveedor, si no se garantiza que la propuesta llegue al conocimiento del cliente. Para ello, qué menos que exigir, con fuerza vinculante a nivel contractual, que el proveedor tenga una conducta activa para asegurar que el usuario puede conocer la existencia y el contenido de la propuesta. De lo contrario, se llegaría al absurdo de admitir, por ejemplo, que un proveedor puede modificar el contrato con un usuario determinado poniendo a su disposición en la oficina un documento por escrito y firmado, con la información al respecto, pero sin avisarle de que dicho documento existe y que debe pasar a buscarlo. Esta actuación no solo sería claramente contraria a la finalidad del art. 54 DSP2 y a la doctrina del TJUE, sentada en la sentencia del caso *Bawag c. Vfbk*, sino que también sería una expresión exacerbada de lo que pretende prohibir el imperecedero art. 1256 CC.

Por otro lado, no hay un régimen especial de modificación del contrato de información sobre cuentas, y debería haberlo. Las normas de contratación a distancia de servicios financieros con consumidores nada aportan a este respecto y las normas generales de protección de consumidores, no lo suficiente. En materia de servicios de pago las microempresas merecen el mismo nivel de protección que los consumidores, esa ha sido la decisión del legislador español que, sin embargo, no ha previsto normas de carácter nacional al respecto. Pero es cuestionable también la decisión de la Directiva, porque no se entiende en qué medida puede suponer un coste desproporcionado para los proveedores de servicios de información sobre cuentas quedar sometidos al mismo régimen de modificación —o si acaso a uno *ad hoc*— cuando contraten con consumidores y, en su caso, microempresas. Máxime cuando al ser prestado junto a otros servicios de pago regulado al amparo del contrato marco, la modificación de las condiciones del servicio de información sobre cuentas ha de sujetarse al mismo régimen especial. Además, el régimen del TRLGDCU está pensando para servicios muy diferentes al de información sobre cuentas.

Especialmente importante en este sentido es el hecho de que buena parte del precio del servicio no lo abona el usuario en forma de comisión sino con sus datos financieros, que tienen utilidad y un alto valor de cara a la prestación u oferta de otros servicios. Razón por la cual no encontramos en España más de tres entidades prestadoras del servicio de información sobre cuentas²⁰. En la práctica, el modelo de negocio tiende a aunar la prestación de servicios de información sobre cuentas con otros como el de comparación de servicios financieros, préstamos o créditos al consumo o, en general, otros servicios bancarios. De hecho, son muchas las entidades de crédito que ofrecen actualmente el servicio

²⁰ Última consulta del Registro de entidades del Banco de España el 15 de julio de 2024.

de información sobre cuentas, consiguiendo así valiosa información acerca de entidades competidoras que también contratan con sus clientes, qué productos, en qué condiciones, sus flujos de fondos, etc.

Pero más allá del régimen sustantivo previsto para unos y otros contratos, también aquí sufren los usuarios el problema transversal de la falta de rentabilidad de accionar judicialmente contra su proveedor y el poco eficaz mecanismo de «resolución alternativa de litigios» previsto por el ordenamiento jurídico español.

II. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y DESISTIMIENTO

1. Cuestiones previas sobre la «resolución» de los contratos de servicios de pago

La Segunda Directiva de servicios de pago, igual que su predecesora, se refiere a la rescisión del contrato. En la transposición de ambas Directivas al ordenamiento jurídico español se utilizó el término «resolución». Sin embargo, en puridad, lo que se regula es un derecho especial de desistimiento.

En nuestro derecho contractual privado, rescisión y resolución tienen distinto significado. Con la rescisión el interesado —parte contratante o acreedora, en el caso de la acción pauliana (art. 1291.3.º CC)²¹— ejercita la acción, que tiene carácter subsidiario²², con la pretensión de dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado para evitar consecuencias perjudiciales para él o para un tercero. Se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida²³; es decir, debe darse la circunstancia de que el contrato sea lesivo para una de las partes o implique un fraude en perjuicio de terceros²⁴.

Por otro lado, en sentido estricto, la resolución de un contrato tiene como presupuesto el incumplimiento de una de las partes *ex art.* 1124 CC. Constituye uno de los remedios legales de tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos con obligaciones recíprocas²⁵.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 240-241. En extenso, *vid.* en extenso, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, *passim*.

²² Puesto que «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio» (art. 1294 CC).

²³ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 112.

²⁴ *vid.* Arts. 1290 y ss. CC, definición de «rescisión» y de «acción de rescisión» en el DPEJ. Además, en la acción de rescisión solo procede en los supuestos tasados en los arts. 1291 y 1292 CC o en otra ley especial (*ex art.* 1291.5.º CC).

²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Art. 1124» en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8214-8215.

Por el contrario, el derecho de desistimiento del contrato se define como la «facultad de una de las partes de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar la decisión»²⁶ y eso es precisamente lo que prevé el régimen especial de servicios de pago. A nivel europeo, este derecho se positiviza por primera vez en el art. 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²⁷, aunque no comienza a utilizarse la denominación de desistimiento hasta la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Eso sí, tan solo comenzó a usarse este término en la versión en inglés de las normas europeas (*withdrawal*), mientras que en las versiones españolas de las directivas continuaron utilizándose indistintamente los términos «rescisión» y «resolución» hasta la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, aunque el legislador nacional sí acogió la nueva terminología ya en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados. Además, las Directivas europeas nunca han definido específicamente este derecho, sino que se han limitado a reconocerlo y determinar su forma de ejercicio²⁸, tendencia seguida por el legislador español hasta la publicación del TRLGDCU que incluyó la definición legal vigente hasta ahora²⁹, aunque antes de eso ya había sido definido por la doctrina³⁰.

²⁶ Definición DPEJ. Sobre el derecho de desistimiento en contratos de servicios financieros *vid.* NOVAL LAMAS, J. J., *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, *passim*; sobre las modificaciones más recientes en materia de desistimiento *vid.* DIÉGUEZ AGUILERA, L., «Novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 24/2021 en el Texto Refundido de Consumidores en relación con el derecho de desistimiento y los mercados en línea» en *La Ley mercantil*, núm. 97, 2022 (versión digital).

²⁷ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Art. 5: «1. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo.

2. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido».

²⁸ LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 73.

²⁹ Art. 68.1 TRLGDCU: «El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase».

³⁰ Díez-PICAZO lo definió, con carácter general, como «una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, y que no tiene que fundarse en ninguna causa especial» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II..., *op. cit.*, p. 1086); GALLEGO DOMÍNGUEZ, entendiendo el desistimiento como un mecanismo especial de protección del consumidor lo definió como el

Desde su positivización, el derecho de desistimiento ha sido siempre inmanente a la condición de consumidor³¹ y quizás de ahí la reticencia a utilizar esta terminología³² en una norma que puede ser aplicable también a usuarios no consumidores, pero si se permite la extensión del principio de la irrelevancia del *nomen iuris*, los derechos también son lo que son y lo previsto en el régimen especial de servicios de pago es, sin lugar a dudas, un derecho especial de desistimiento³³. Y como tal, cuenta con especialidades que lo caracterizan respecto del derecho de desistimiento establecido legalmente en otras normas como puedan ser la Ley de Contratos de Crédito al Consumo o el TRLGDCU.

Aceptar esta tesis supondrá que el régimen del RDLSP prevalecerá al dispuesto con carácter general para el caso de usuarios y consumidores en los arts. 68 y ss. TRLGDCU, así como a lo previsto para la contratación a distancia en los arts. 10 LCDSFC. En particular, el art. 68.3 TRLGDCU prevé expresamente que lo dispuesto en el capítulo II (Derecho de desistimiento) del título II TRLGDCU (contratos con los consumidores y usuarios), es de aplicación subsidiaria al régimen especial previsto para cada contrato, en nuestro caso, en el RDLSP. Por su parte, el art. 10.5 LCDSFC excluye expresamente su aplicación «a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma», aunque quizá fuera conveniente tomar este artículo como referencia interpretativa e, incluso, aplicarlo por analogía si fuera necesario cuando el servicio de pago sea prestado a distancia a un consumidor —y haya por tanto identidad de razón (art. 4.1 CC)—, respetando el principio *pro consumatore*³⁴.

«especial derecho del consumidor de desligarse del contrato ya celebrado sin necesidad de alegar causa alguna, en un plazo de tiempo corto, tras la perfección del mismo» (GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «El derecho de desistimiento», en REBOLLO e IZQUIERDO (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1218).

³¹ Como posible excepción, destacar la versión originaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista que, técnicamente, se refería al destinatario final de los bienes sin especificar que debieran ser consumidores (art. 1.2).

³² Las Directivas en inglés se refieren a la «*termination*» del contrato, en francés «*résiliation*» (vs. «*rétractation*» en la Directiva 2011/83/UE), en portugués «*resolução*» (vs. «*retractação*» en la Directiva 2011/83/UE) y en alemán «*opsigelse*» (vs. «*widerrufsrecht*» en la Directiva 2011/83/UE). En cambio, en italiano se utiliza igual que en la Directiva 2011/83/UE el término «*recesso*», que es el mismo utilizado en la transposición en el TUB.

³³ En este sentido se manifiesta también LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 539.

³⁴ El respeto al principio *pro consumatore* implica que, en caso de que fuera necesario aplicar el art. 10.5 LCDSFC por analogía al desistimiento de un contrato marco de servicios de pago, deberá hacerse solo en aquello que resulta más favorable para el consumidor. Por ejemplo, en ningún caso podría entenderse aplicable la limitación de plazo de ejercicio de 14 días, puesto que el RDLSP no somete a plazo el ejercicio de lo que denomina derecho de «resolución».

2. Resolución del contrato marco

La legislación especial de servicios de pago, tanto nacional como europea, solo ha previsto un régimen específico de resolución —*rectius*, de desistimiento— para los contratos marco de servicios de pago³⁵. Igual que sucede con la modificación, carecería de sentido prever reglas especiales para la resolución de los contratos de operación de pago singular que, casi por definición, se ejecutan de forma inmediata³⁶. En su caso, cabrá únicamente la revocación de la orden de pago cuando se haya pactado una fecha de recepción de la orden posterior al momento de celebración del contrato (*es art. 52 RDLSP*), si bien es cierto que esto no es lo habitual en los contratos de operación de pago singular.

Dado que el término utilizado por el RDLSP es el de «resolución», a lo largo del presente trabajo lo utilizaremos también, si bien se insiste en la idea de que se trata más bien, en nuestra opinión, de un derecho de desistimiento.

Respecto del régimen previsto para la resolución del contrato marco, lo primero que llama la atención es la ubicación sistemática del precepto que lo regula. El art. 32 RDLSP forma parte del título II, donde se incluye también el régimen de transparencia e información; tal ubicación proviene directamente de la Segunda Directiva de servicios de pago que, al igual que la primera, regula este derecho en su título III³⁷. Si bien puede entenderse que el régimen de modificación no está del todo mal ubicado en este título —al basarse fundamentalmente en la obligación de informar al usuario con antelación y de incluir ciertos aspectos en el propio contrato—, parece un poco extraño que la resolución no se regule en el Título dedicado a los derechos y obligaciones de las partes, aunque quizás tenga que ver con que este se refiere específicamente a los «derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago». Por fortuna, también ha acertado el legislador español al no trasponer estos aspectos en una norma con rango de orden ministerial, a pesar de que la Directiva los

³⁵ Su origen está también en las normas de *soft law*, en concreto, en la Recomendación 87/598/CEE que para los contratos de pago electrónico ya preveía como uno de los principios de buenas prácticas que las «condiciones específicas de rescisión del contrato» se concretasen en el acuerdo y se comunicasen a las partes antes de la celebración del contrato.

³⁶ Coherentemente, tanto el art. 10.2.c) LCDSFC, como el art. 103.a) TRLGDCU exceptúan del derecho de desistimiento aquellos contratos a distancia en los que el servicio se haya ejecutado completamente a petición del consumidor.

³⁷ Ha de reconocérsele al legislador español, al menos, la perspicacia de alargar el encabezamiento del título para incluir, junto a la referencia a la transparencia, la «resolución y modificación del contrato marco». La rúbrica completa del título III DSP2 es «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago», mientras que el del título II RDLSP es «Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco».

trate conjuntamente con las obligaciones de información. Estamos ante una cuestión que afecta la novación y extinción de un contrato, por lo que prever su régimen especial en una norma con rango de ley es, sin lugar a dudas, la decisión correcta.

También debe valorarse positivamente que el legislador nacional haya hecho uso de la facultad reconocida por el art. 55.6 DSP2, que permite a los Estados miembros prever un régimen de resolución más favorable para los usuarios de servicios de pago que el establecido en la Directiva³⁸. Pero es muy cuestionable esta opción de la Directiva en la medida en la que permite la divergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales en un aspecto tan relevante de la contratación de servicios de pago como es éste; ello no solo porque puede generar confusión en los usuarios sino, sobre todo, porque favorece el *forum shopping* entre los proveedores. Sea como fuere, la parte positiva es que los usuarios de los contratos marco de servicios de pago regidos por el RDLSP disfrutamos de un régimen más tuitivo del derecho de desistimiento, lo que explica por qué la resolución permitida en sede de modificaciones no aporta gran cosa para la tutela de los intereses del usuario, mientras que sí lo hace en el marco de la Segunda Directiva de servicios de pago, donde se prevé para los usuarios una facultad de resolución más limitada.

Conforme al RDLSP, el usuario consumidor o microempresa, y cualquier usuario distinto que no haya pactado expresamente unas condiciones diversas, tiene derecho a resolver el contrato marco con independencia de su duración, en cualquier momento y sin necesidad de preaviso alguno. Esta es precisamente la mejora respecto del régimen previsto en la Directiva, que permite incluir el pacto de preaviso. Que se trate de una facultad incondicional sin necesidad de justificación es lo que lo convierte en desistimiento, con la significativa particularidad de que su ejercicio no está sujeto a plazo alguno. La otra especialidad es que su ejercicio no producirá efectos *ex tunc*, como el derecho de desistimiento general reconocido a los consumidores (*vid.* art. 74 TRLGDCU), sino *ex nunc*, coherentemente con la naturaleza del objeto del contrato de servicios de pago que impide la restitución de las prestaciones.

Solo hay una excepción a la que hemos aludido *supra*: que se trate de un contrato de cuenta de pago y existan contratos complementarios que requieran su vigencia. En estos casos, la cuenta se convierte en una instrumental y surgen dos nuevas obligaciones para las partes: el usuario no puede utilizar la cuenta para ningún servicio distinto al que

³⁸ De hecho, lo hizo con anterioridad a la promulgación de la Segunda Directiva de servicios de pago, dado que aprovechó el RDLCP para modificar el art. 21 LSP, introduciendo el régimen que permanece en el vigente art. 32 RDLSP (*vid.* Disp. fin. 1.ª RDLCP).

impone la necesidad de mantener el contrato marco, y el proveedor tiene prohibido modificar el precio del contrato.

Aunque no se prevé expresamente, parece deducirse que, a falta de pacto específico sobre el modo de comunicar la solicitud de resolución, esta habrá de transmitirse por el medio de comunicación pactado de manera general en el contrato. En principio, siempre que se cumplan las reglas aplicables al contrato en cuestión (en su caso, LCGC, LCDSFC, TRLGDCU...) —particularmente, que no suponga una carga desproporcionada para el usuario—, no parece haber obstáculo a que las partes acuerden que la resolución deba ejercitarse de alguna forma o por algún medio en especial. El propio art. 14.f) 3.º OTSP menciona entre el contenido mínimo del contrato «cualesquiera acuerdos relativos a la resolución de conformidad con los arts. 32 y 33.1...», de modo que ha de entenderse que a este respecto juega la autonomía de la voluntad de las partes. Igualmente, debe pactarse en el contrato la facultad del proveedor de resolver el contrato, pero tal pacto solo es válido en contratos de duración indefinida y previendo una necesidad de preaviso mínimo de dos meses (art. 32.4 RDLSP).

Recibida la solicitud de resolución, el proveedor está obligado a resolver el contrato en el plazo de 24 horas. Tratándose de un contrato de cuenta de pago, en dicho plazo el proveedor deberá poner a disposición del usuario el saldo favorable que arroje la misma y este habrá de entregar los instrumentos de pago asociados a la cuenta de que dispusiese, para que el proveedor pueda proceder a su inutilización. Más allá del abono de las comisiones y gastos habituales en proporción al tiempo que haya estado vigente el contrato desde el último cobro —o de recibir su reembolso si se han satisfecho anticipadamente—, la resolución es gratuita para el usuario, salvo que el contrato haya estado en vigor menos de seis meses, en cuyo caso el proveedor podrá cobrar una comisión o gasto adecuado y acorde al coste de la resolución (art. 32.3 RDLSP). La Segunda Directiva de servicios de pago tiende a hacer referencia indistintamente y, casi siempre de forma conjunta, a las comisiones y a los gastos, cuando en puridad se trata de dos conceptos diferentes. La comisión es un concepto retributivo, el precio de la prestación, y no la cantidad que resarce al proveedor por un gasto en el que ha incurrido en favor del usuario. El RDLSP sigue en este aspecto a la Directiva, si bien en lo que a resolución se refiere, la necesidad de que la comisión o gasto sea adecuado y acorde al coste de la misma, parece hacer alusión más bien al gasto concreto que haya ocasionado la gestión en sí, que a la posibilidad de que se cobre una compensación por desistimiento.

3. Resolución del contrato de información sobre cuentas y desistimiento del contrato de servicios de pago celebrado a distancia

Tratamos conjuntamente estas dos cuestiones puesto que la resolución del contrato de información sobre cuentas no tiene reglas especiales más allá de las aplicables con carácter general a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia.

Ante la falta de armonización al respecto por parte de la Directiva, el legislador español bien podría haber optado por diseñar un régimen especial para estos contratos de servicios de pago que, a pesar de tener carácter duradero, no quedan amparados bajo las normas del contrato marco. Aunque quizás la mejor opción hubiera sido extender la aplicación del art. 32 también a los contratos de información sobre cuentas. Al fin y al cabo, este artículo será aplicable cuando el objeto del contrato marco sea la prestación del servicio de información sobre cuentas junto a otros servicios de pago regulados. Si la próxima norma europea continúa en la línea de la Segunda Directiva de servicios de pago y no prevé otro régimen para la resolución del contrato de información sobre cuentas, esta podría ser una de las aportaciones del legislador nacional que contribuiría a mejorar la posición del usuario de estos servicios.

Esta iniciativa cobrará especial relevancia cuando entre en vigor el nuevo régimen aplicable a partir de 2026 a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, que excluye su aplicación a aquellos servicios que ya cuenten con una regulación especial. *De lege data*, cuando el usuario es consumidor es aplicable el art. 10 LCDSFC, ya que el servicio de información sobre cuentas es un servicio de pago regulado y el mismo régimen será aplicable, en su caso, a las operaciones de pago singular para las cuales se haya pactado un momento de recepción de la orden posterior a la celebración del contrato. Este precepto presenta notables diferencias respecto del régimen de desistimiento de los contratos marco que la ley especial denomina resolución.

En primer lugar, porque solo es aplicable a consumidores, no a las microempresas. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho de desistimiento previsto en la LCDSFC debe ejercitarse en el plazo de catorce días naturales desde la celebración del contrato. Además, la propia ley explicita que la comunicación debe producirse en los términos previstos en el contrato que, en todo caso, deberá requerir un medio que permita dejar constancia de la notificación, señalando el papel u otro soporte duradero como medios adecuados. Por tanto, si en el contrato se prevé un medio que no cumple tal requisito (por ejemplo, presencialmente o mediante una llamada telefónica no grabada), y

teniendo en cuenta que con toda probabilidad se tratará de un contrato de adhesión, la cláusula será nula³⁹.

Por otra parte, como rasgos definitorios del derecho de desistimiento, ambos regímenes tienen en común que su ejercicio no requiere justificación y no puede ser penalizado. Y como rasgo particular en relación al objeto del contrato, los efectos *ex nunc* de su ejercicio⁴⁰, dada la imposibilidad de restituir las prestaciones que, en este caso, se regirán por lo dispuesto en el art. 11.1 a 3 LCDSFC⁴¹. En este punto resultan de especial relevancia las limitaciones legales a la posibilidad de que el proveedor exija el pago del servicio prestado antes del desistimiento, que se condiciona a que haya proporcionado al usuario la preceptiva información previa y a que la prestación se haya iniciado con el consentimiento expreso del cliente (art. 11.2 LCDSFC).

Por último, respecto a los contratos a distancia vinculados a aquel del cual se desiste, merece la pena destacar que el art. 10.4 LCDSFC se refiere expresamente a la posibilidad de que las partes acuerden su resolución automática y gratuita. Dado que los contratos a distancia de servicios financieros suelen ser contratos de adhesión, es probable que una cláusula de este tipo sea relativamente común.

³⁹ En este sentido también MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, p. 204, siguiendo a MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los estudios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la directiva 200/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores» en *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, p. 30.

⁴⁰ MARIMÓN DURÁ, *ibid.*, p. 240.

⁴¹ Artículo 11 LCDSFC: «Pago del servicio prestado antes del desistimiento.

1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento.

El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización.

2. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3), a).
- b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento.

3. El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado en el apartado 1. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento».

Nótese que, en este caso, no será de aplicación el ap. 4 de este artículo («4. El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento») dado que en materia de servicios de pago los usuarios no reciben ninguna suma del PSP, cuestión distinta será el habitual caso de que exista un contrato de crédito vinculado, por ejemplo, en relación a una cuenta de pago o de emisión de instrumento de pago que, en cuyo caso, se regirá por lo previsto en el art. 32 RDLSP.

Aunque tal acuerdo sería posible también en un contrato marco de servicios de pago, en la práctica parece poco habitual, sobre todo, teniendo en cuenta que lo más frecuente es que el contrato al que se vinculan otros productos o servicios sea un contrato de cuenta de pago. En estos casos, lo más probable es que los contratos vinculados tengan un valor económico significativo para la entidad —seguramente de crédito, dada la limitada operativa permitida al resto de PSPs que, por ende, ofrecen menos *paquetes* de servicios que los bancos—, a la que no interese la resolución automática del resto de contratos celebrados con el mismo cliente. Igualmente, al cliente puede resultarle perjudicial la extinción automática del resto de contratos, con las consecuencias que de ello se derivan. Piénsese, por ejemplo, en cualquier contrato de préstamo vinculado a una cuenta de pago o a un contrato de tarjeta —será un caso de lo más habitual— que, extinguido por desistimiento obligaría al usuario a restituir las sumas prestadas y, en su caso, los intereses correspondientes y buscar financiación de nuevo, con la dificultad temporal y económica que ello puede conllevar. Todo lo cual explicaría la previsión especial del art. 32.2 RDLSP a este respecto.

4. Algunas cuestiones problemáticas y efectos de la contravención del régimen de resolución y desistimiento del contrato

En este régimen especial de desistimiento aplicable a los contratos marco de servicios de pago la resolución del contrato no tiene que ser aceptada por el PSP, en sentido jurídico. Se trata de una facultad unilateral del usuario, eso sí, es una declaración de voluntad recepticia, por lo que el vínculo contractual queda válidamente disuelto en el momento en que la noticia llega a la entidad por los medios acordados entre las partes. Si el usuario comunica el ejercicio de la resolución por cualquier otro medio distinto del acordado, carecerá de validez.

A pesar de ser una facultad unilateral del cliente, el procedimiento para hacer efectiva la extinción del contrato incumbe principalmente al proveedor; en su caso, el usuario solo deberá abonar las comisiones correspondientes a los servicios efectivamente prestados y entregar o destruir los instrumentos de pago. Desde la perspectiva de la tutela del usuario, el primer problema que puede plantearse es, por tanto, que el PSP no de «cumplimiento [a] la orden de resolución del contrato marco antes de transcurridas 24 horas desde la recepción de la solicitud del usuario», lo cual incluye la puesta a disposición de los saldos favorables que obren en su poder si se trata de una cuenta de pago y la correspondiente liquidación de retribuciones no percibidas, así como, de los gastos de resolución en caso de que el contrato haya estado en vigor menos de seis meses. En este caso, la tutela jurídico-privada del cliente solo puede conseguirse a través de la acción por la que se exige

el cumplimiento de la resolución del contrato y una indemnización de daños y perjuicios. El fundamento jurídico será el propio art. 32 en relación al art. 1101 CC, pues a pesar de haberse extinguido el contrato, el incumplimiento se refiere a «una deuda de Derecho civil, procedente de las causas enumeradas en el art. 1089 CC»⁴².

Como se ha dicho, la regla general es la gratuidad de la resolución lo que implica, asimismo, la nulidad de toda cláusula contractual que prevea una «comisión por cancelación»⁴³ *ex art.* 1255 CC y, en su caso, el cobro de la misma será improcedente, lo que determinará la obligación del proveedor de devolverla, junto a los correspondientes intereses (*ex arts.* 1101, 1106 y 1108 CC), sin perjuicio de la salvedad indicada. En el caso excepcional de que el contrato marco haya estado en vigor menos de seis meses, ya se ha adelantado que más que una comisión será un gasto, que habrá de ser proporcional al coste efectivamente soportado por el proveedor para la resolución del contrato. Y a él corresponderá acreditar dicha proporcionalidad, en virtud del art. 31 RDLSP. Cuando el problema sea que la liquidación de comisiones debidas por servicios efectivamente prestados sea superior a la efectivamente adeudada por el usuario o el proveedor no reembolse el exceso de las ya abonadas, de nuevo, el proveedor deberá proceder a su devolución con intereses.

En otro orden de cosas, llama la atención la falta de interés de la doctrina sobre la posibilidad de que las partes —entidad y consumidor o microempresa—, en clara situación de desequilibrio de fuerza negociadora, en contratos generalmente de adhesión, puedan acordar —o más bien, predisponer y adherirse, con la alternativa de no contratar— el otorgamiento al proveedor de una facultad de desistimiento del contrato⁴⁴, de resolución unilateral sin causa, únicamente con la salvaguarda de un preaviso de dos meses. Nuestro Código Civil no

⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 164.

⁴³ En materia de «comisión por cancelación» es fundamental el análisis del caso concreto, especialmente en el supuesto de vinculación de numerosos contratos, pues ciertas penalizaciones que pueden parecer equivalentes a una comisión por cancelación a veces deben ser calificadas de otro modo. El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse respecto a si la pérdida de una ventaja individualizada relativa a una bonificación de cuenta de pago, abierta con ocasión de la concesión de un crédito inmobiliario, constituía un «gasto» o «comisión» en los términos del art. 45.2 DSP2 (equivalente al vigente 55.2 DSP2, sobre «rescisión»). El Tribunal concluyó que solo pueden tener tal consideración las pérdidas de ventajas individualizadas que se asocian directamente con el cierre de la cuenta, y no con la terminación de otros servicios (en el caso que dio origen a la cuestión prejudicial la pérdida de la ventaja se contenía en una cláusula que la establecía como consecuencia del cese de una domiciliación, no del cierre de la cuenta de pago). *vid.* párr. 67-71 de la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2020, *Association française des usagers de banques*, C-778/18, ECLI:EU:C:2020:831.

⁴⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 539 dice del régimen de resolución de servicios de pago (aunque con base en la LSP) que «más que de resolución del contrato en el sentido del art. 1124 del Código Civil, aquí nos encontramos ante un desistimiento unilateral de alguna de las partes».

contempla con carácter general la resolución sin causa del contrato, lo hace únicamente para casos concretos tales como el arrendamiento de obra, el contrato de sociedad, o el mandato⁴⁵. Quizás sea precisamente esta la razón por la que no se cuestiona esta posibilidad, porque los contratos de servicios de pago como categoría participan en cierta medida del contrato de mandato. Si bien es cierto que, con carácter general, sí se reconoce la facultad de resolución a las partes en los contratos de duración indefinida (por la prohibición de vinculación contractual perpetua), siempre que se ejerza esta facultad con un preaviso suficiente que evite causar daños a la otra parte derivados de la premura en la terminación de la relación contractual (*ex art.* 1258 CC), como exigencia de la buena fe —si no, hay que indemnizar (1101 y ss. CC)—, quizás en materia de servicios de pago sería conveniente la previsión de condiciones o medidas adicionales.

El RDLSP y en particular su título II, tienen un marcado carácter tuitivo del usuario, en especial, de aquel que sea consumidor o microempresa. Y no parece que reconocer a los proveedores una facultad incondicionada de estas características en contratos de servicios de pago, casi esenciales en la actualidad para la ciudadanía —y, desde luego, para las microempresas— sea la forma adecuada de velar por sus intereses. No quiere decirse que no deba respetarse el principio de prohibición de vinculaciones perpetuas o *sine die*⁴⁶, o que no haya de reconocerse cierto fundamento *intuitu personae*⁴⁷ en los contratos de servicios de pago —aunque a mi juicio tiene mayor relevancia en la relación usuario-proveedor, que a la inversa—. Pero sí que, en este concreto sector, deben preverse medidas que fortalezcan la posición de un usuario naturalmente en desventaja y para el que la resolución de un contrato de servicios de pago puede suponer un inconveniente mayor que para la entidad, especialmente cuando tiene contratados diversos servicios vinculados.

En este sentido, son varias las alternativas que, sin suponer un coste de cumplimiento elevado para los proveedores, podrían proteger al usuario. Por ejemplo, la obligación de establecer las causas de extinción a las que puede acogerse el proveedor —como ha sucedido con las cuentas de pago básicas (art. 6 RDLCP)—, la ampliación del plazo de preaviso, el ofrecimiento de un contrato alternativo por el mismo proveedor, la prohibición de resolución cuando existan contratos vinculados, etc. Incluso fuera del régimen contractual pueden preverse legalmente mecanismos que coadyuven al usuario en caso de

⁴⁵ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁶ Fundamento de esta facultad de acuerdo con LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 540.

⁴⁷ Que justifica para los contratos basados en la confianza recíproca la validez de la extinción unilateral sin causa de acuerdo con la jurisprudencia más asentada como se señala en Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 247.

resolución del contrato marco. Igual que es obligatoria la existencia de comparadores de comisiones por los servicios más representativos vinculados a una cuenta de pago (art. 7.1 de la Directiva de cuentas de pago), podría establecerse también el deber para los Estados miembros de que dichos comparadores se extendiesen a los servicios de pago no basados en cuenta o que abarcasen no solo las comisiones sino también el resto de condiciones más significativas, pues ello ayudaría al usuario a encontrar un nuevo proveedor y servicio adecuado a sus necesidades en un breve plazo de tiempo tras el preaviso de resolución de su proveedor originario.

En cualquier caso, por ahora el régimen vigente permite pactar el reconocimiento del derecho del proveedor de servicios de pago a desistir del contrato, con la única condición de que preavise con al menos dos meses de antelación. Ya hemos indicado que el posible y frecuente incumplimiento es que no se respete dicho plazo. A pesar de que entonces, todos los actos realizados antes de que cumpla el plazo convenido⁴⁸ —como mínimo de dos meses— serán contrarios a una norma imperativa (art. 32 RDLSP) cuando el usuario sea consumidor o microempresa, no parece que pueda negársele efectividad extintiva a la comunicación de resolución. Ahora bien, igual que sucede, por ejemplo, en relación a la resolución del contrato de agencia, el proveedor deberá indemnizar al usuario por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la falta de preaviso (art. 1101 CC), y ello, con independencia de que el art. 32 RDLSP tenga carácter imperativo o dispositivo (si el usuario no es consumidor ni microempresa). A mi juicio, una correcta tutela de los intereses de los usuarios requiere que la propia ley prevea que, al menos cuando el art. 32 RDLSP deba aplicarse imperativamente, la consecuencia del incumplimiento del preaviso o de cualquier otra obligación en materia de resolución sea la ineficacia de la misma, en su caso, la retrotracción de la relación al momento previo a la notificación ineficaz y la indemnización de los daños y perjuicio causados al cliente, que convendría fijar objetivamente en una norma con rango de ley.

Cuando el contrato sea exclusivamente de información sobre cuentas o se trate de un contrato de operación de pago singular a distancia en el que se ha aplazado la fecha de recepción de la orden y el usuario sea un consumidor, habrán de aplicarse, en su caso, los arts. 10 y 11 LCDSFC. De acuerdo con el art. 10.3 LCDSFC, para que el ejercicio del derecho de desistimiento sea válido debe realizarse en plazo y en la forma convenida en el contrato, de lo contrario, aunque la norma no concreta la consecuencia que lleva aparejada este incumplimiento, cabe entender que no producirá efecto alguno.

⁴⁸ En especial, es habitual el bloqueo de las cuentas *vid.* BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2021*, p. 197.

De nuevo en este caso, el usuario quedará obligado a abonar la parte proporcional correspondiente al servicio efectivamente prestado y, en su caso, el proveedor a reembolsar las cantidades pagadas de más. El art. 11 LCDSFC señala que la obligación de pago del usuario debe cumplirse «a la mayor brevedad», mientras que para el proveedor se da un plazo de 30 días naturales, que es el mismo fijado para la obligación del consumidor de devolver las cantidades recibidas del proveedor («a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales»). Aunque, como se ha dicho, el ap. 4 no será aplicable a los contratos que aquí interesan, sí sirve como criterio de interpretación. La necesidad de reciprocidad de las obligaciones impuesta por el art. 87 TRLGDCU implica que esa «mayor brevedad» ha de entenderse extendida también a 30 días naturales, aunque explícitamente el ap. 1 no lo indique así. Si la entidad dispone de dicho plazo para devolver las cantidades pagadas de más por un servicio que finalmente no se prestó, también el consumidor debe disponer del mismo tiempo para abonar el que sí fue prestado.

También a este respecto será nula cualquier tipo de cláusula que establezca una «comisión por cancelación» o concepto equivalente. El segundo párrafo del art. 11.1 LCDSFC incluso prevé que el precio por la parte proporcional del servicio prestado no puede ser «de tal magnitud que equivalga a una penalización». La proporcionalidad del precio, igual que cualquier cuestión discutida, deberá ser probada por la entidad ya que sobre ella recae la carga de la prueba (art. 17 LCDSFC), si bien la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento corresponderá al consumidor de conformidad con las reglas generales y el propio tenor del art. 10 LCDSFC⁴⁹.

Como es lógico, a cualquiera de las partes se le podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que le incumban derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento de acuerdo con las reglas generales de contratación (art. 1124 CC).

⁴⁹ En este sentido se pronuncia también MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *op. cit.*, p. 205.