

6 SELECCIÓN DE INFORMES Y CONSULTAS

ÍNDICE

6.1 INFORMES 149

6.1.1	Fraude por Internet	149
6.1.2	Deficiencias en la formalización de las operaciones. Avals	150
6.1.3	Asimetrías informativas	151
6.1.4	Derecho de desistimiento	152
6.1.5	Reclamación de deudas pendientes	153
6.1.6	Disposiciones fraudulentas con tarjetas en poder del titular	154
6.1.7	Compensación por riesgo de tipo de interés	155
6.1.8	Comisiones por transferencias realizadas entre cuentas abiertas en España	156
6.1.9	Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés	157
6.1.10	Facultades del albacea	159
6.1.11	Billete falso	160

6.2 CONSULTAS 160

6 SELECCIÓN DE INFORMES Y CONSULTAS

6.1 INFORMES

6.1.1 FRAUDE POR INTERNET

Han sido numerosos los expedientes de reclamación en los que se han denunciado, ante este Servicio de Reclamaciones, adeudos por transferencias sin la autorización ni el consentimiento del titular de la cuenta, pues, según estos, habían sido ordenadas por terceros no autorizados a través de Internet.

Los criterios que al respecto venía aplicando este Servicio, y que están publicados en sus últimas Memorias, quedaron superados en el caso de los clientes personas físicas, tras la publicación de la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, pues, a partir de su entrada en vigor —el 4.12.2009—, se delimitaron, con el carácter de estatuto legal irrenunciable, las consecuencias jurídicas de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, fijándose las responsabilidades tanto del usuario como del proveedor de servicios de pago cuando el primero niega la autoría de las operaciones.

Así pues, cuando en estas transferencias el titular de la cuenta no reconoce su autoría en los hechos ni la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia¹, su entidad deberá reembolsarle de inmediato los fondos detraídos, salvo que pueda acreditar que aquel actuó de manera fraudulenta o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones de custodia citadas. Y ello, con independencia de que la entidad pueda llevar a cabo, una vez efectuado el reembolso, las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

Por el contrario, cuando, de alguna u otra manera, la parte reclamante reconoce que permitió el acceso a sus claves a un tercero, de quien en ese momento no sospechaba que fuera diferente de la entidad (i. e., 201014689), el Servicio de Reclamaciones debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno acerca de la cuestión planteada, debiendo los interesados someter la presente controversia, si así lo estiman oportuno, a los tribunales de justicia, únicos órganos facultados para ordenar la práctica y apreciación de los medios de prueba necesarios para fijar con carácter previo el modo en que acontecieron los hechos y evaluar, en su justa medida, el grado de diligencia empleado por todas las partes en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, estableciendo las consecuencias que deban derivarse para las partes.

En estos casos, tampoco suele ser habitual que se aporten evidencias sobre el mal funcionamiento de los mecanismos de seguridad y autenticación que tuviera implantados la entidad para los usuarios de la banca electrónica, a efectos de considerar que no eran adecuados al nivel del riesgo que conlleva esta forma de operar, si bien cabe advertir:

1 Artículo 27, Obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago. El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

- Utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización; en particular, en cuanto reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto, y
- en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, en cuanto tenga conocimiento de ello.

- Que este Servicio no tiene ni los conocimientos ni la competencia precisa para valorarlas, en su caso.
- Que, permanentemente, las entidades deben actualizar, complementar y, en definitiva, incrementar sus mecanismos de seguridad y autenticación, a la vista del incremento de este tipo de fraude entre la clientela, y de los cada vez más sofisticados medios utilizados por los delincuentes para cometer los fraudes.

Distinta opinión mereció a este Servicio un caso en el que la entidad, una vez solicitada la baja del servicio de banca electrónica, no anuló de forma automática ni las claves de acceso al mismo ni las tarjetas de coordenadas que permiten operar a través de este canal, sin que pudiera admitirse la alegación que realizó en ese momento de que dicha «facilidad no está pensada para casos de fraude», máxime cuando la «activación» de dicho servicio puede realizarse simplemente con la utilización de dichas claves y tarjeta de coordenadas, sin más vacilaciones. En cualquier caso, hubiera sido exigible que la entidad informara de manera inequívoca a su cliente de que la baja del servicio no implica la anulación de sus claves y tarjeta de coordenadas, y que podía reactivar el servicio con ellas.

6.1.2 DEFICIENCIAS
EN LA FORMALIZACIÓN
DE LAS OPERACIONES.
AVALES

En el expediente 201004941, el reclamante denunció, entre otras cosas, el pago de un aval por la entidad avalista, que otorgó para garantizar, ante la mercantil adquirente, determinadas obligaciones del reclamante y otros, como transmitentes, derivadas de una escritura pública de compraventa de participaciones sociales. La entidad, por su parte, alegó que el citado aval estaba otorgado a primer requerimiento y que, en el mismo, se hacía constar expresamente que la entidad avalista «no podrá oponerse al pago por causa alguna», por todo lo cual era inexcusable su pago al beneficiario.

El núcleo de la reclamación radicaba en la disparidad entre el aval previsto en la escritura de compraventa de participaciones sociales y el efectivamente emitido por la entidad avalista reclamada. Resolver esta cuestión hubiera requerido tener acceso a una copia de la escritura citada, que, sin embargo, no fue aportada por ninguna de las partes, por lo que, ante el silencio de la entidad en relación con la versión del reclamante, tuvo que darse por buena esta, para continuar con la tramitación del expediente. Según la misma, en la escritura se establecía que «[l]os VENDEDORES entregarán [...] para la cobertura de posibles contingencias (ya sean fiscales, laborales u otras cualesquiera conexas a las mismas que sean anteriores a la fecha de elevación a público del presente contrato), un Aval bancario otorgado por Banco de primer orden [...]». Por su parte, el texto del aval es del siguiente tenor: «La Caja [...] avala [...] en garantía del pago de las eventuales indemnizaciones que los avalados debieran satisfacer a [...] en virtud de lo establecido en la Escritura Pública de Compraventa de participaciones sociales de [...]». Pero es que, además, se advirtieron ciertas deficiencias desde el punto de vista técnico-jurídico, que representaron otro supuesto más de malas prácticas en el que ha incurrido la entidad avalista reclamada, a saber:

- El texto del aval utilizó el término «Banco» en vez de «Caja» para referirse a la entidad avalista.
- Aunque se califica como aval «a primer requerimiento», su texto prevé que el beneficiario, para reclamar su ejecución, habrá de «proporcionar escrito en el que manifieste haber formulado reclamación a cualquiera de los avalados [...] y que la misma no ha sido atendida».

- La garantía expresa que la entidad avala «solidariamente, de manera irrevocable e incondicional, con expresa renuncia a los beneficios de excusión, orden y división», y, sin embargo, se configura como una garantía «autónoma» o «independiente», al establecer taxativamente en su párrafo tercero que el avalista se compromete a pagar a requerimiento del beneficiario «y no podrá oponerse al pago por causa alguna», declaración que, precisamente, ha servido de base para que la entidad avalista haya procedido a satisfacer el aval al beneficiario y a defender la procedencia de tal actuación.
- La fórmula genérica utilizada en el aval para describir las obligaciones garantizadas («las eventuales indemnizaciones» que los avalados deban satisfacer al beneficiario en virtud de lo establecido en la escritura de compraventa) plantea problemas interpretativos sobre su contenido y alcance, que, a falta de acuerdo entre las partes, requerirán la intervención judicial.

Este Servicio consideró que no parecía que la entidad reclamada, que no formuló alegación alguna al respecto, se hubiera ajustado a las buenas prácticas financieras al otorgar un aval tan diferente del pactado por su ordenante en la escritura que formalizaba la relación jurídica objeto de garantía. Y ello, sin perjuicio de que no consten en el expediente las instrucciones del avalado a la entidad para la emisión del aval, si es que las hubo, pues hay que recordar que este Servicio viene formulando a las entidades de crédito, como emisoras de avales y garantías, la recomendación de que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a los avalados y a los beneficiarios de la naturaleza y efectos de la garantía emitida en cada caso, de modo que unos y otros puedan conocer con la mayor precisión posible el alcance de sus derechos y obligaciones en relación con la garantía otorgada².

Ahora bien, lo anterior no obsta para no olvidar que el reclamante no pareció haberse opuesto a los términos del aval otorgado por la entidad hasta el momento en que se requirió su ejecución por el beneficiario, y que aceptó expresamente dichos términos, reproducidos en el contrato de contragarantía, intervenido por fedatario público.

Tampoco supone una valoración, más allá de considerarla en sus aspectos formales y desde el punto de vista de este Servicio; el pago del aval en sí no se considera procedente, dados los términos en que está redactado, pues la valoración de la expresada falta de concreción de las obligaciones garantizadas, la determinación de la naturaleza del aval en presencia y la valoración del alcance y extensión del consentimiento del avalado y de sus actos propios trascienden del área de competencias de este Servicio y requerirán el conocimiento y enjuiciamiento de los tribunales de justicia.

6.1.3 ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

En el expediente 201002817, la mercantil reclamante discrepa con la aplicación, por parte de la entidad reclamada, de una cláusula suelo, de cuya existencia señala que no fue informada en ningún momento y que, además, considera abusiva.

Antes de proceder a emitir opinión, este Servicio de Reclamaciones indicó a la reclamante que la atribución y calificación del carácter abusivo de una cláusula contractual, al

² El ámbito de competencia de este Servicio se extiende al aspecto formal de la actuación de las entidades como avalistas y bajo el prisma de la observancia de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros, sin perjuicio de que la valoración e interpretación últimas del contenido del aval y de las obligaciones de avalista y avalado pertenecen al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado y, por ende, deben ser encomendadas a los tribunales de justicia.

amparo de lo dispuesto en la normativa contenida en la Ley 44/2006 (y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), que es normativa de consumo, corresponde sancionarlo a las autoridades específicamente competentes en esa materia, o genéricamente a los órganos jurisdiccionales de la Administración de Justicia.

Por otra parte, se señaló que, siendo de conocimiento público³ el criterio aplicable por este Servicio respecto de este tipo de cláusulas, la valoración que se ha de realizar de las mismas, tanto desde el punto de vista de la normativa aplicable como de las buenas prácticas financieras que resultan exigibles a las entidades como profesionales en la materia, necesariamente ha de diferir según el tipo de operación de financiación y de contraparte con que nos encontremos. Por ello, y como excepción a la regla general, este Servicio considera que, cuando la parte contratante sea una mercantil, debe presumirse que ha estado en condiciones de conocer con anterioridad a la firma de la operación todas las condiciones financieras de la misma, incluida la controvertida cláusula suelo.

A mayor abundamiento, esta es la línea seguida en nuestro ordenamiento jurídico por la normativa de transparencia de los servicios financieros. En tal sentido, este Servicio comparte la justificación de la necesidad, con carácter general y sin perjuicio de la libertad de contratación, de la normativa de transparencia financiera en los términos en que la misma se recoge en la Orden de transparencia en las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago⁴, cuando afirma que la existencia de asimetrías informativas entre las dos partes que concurren en los mercados de servicios financieros es un fenómeno común que puede generar importantes desajustes en el funcionamiento de estos mercados, y que, habitualmente, son los consumidores los que sufren la desventaja informativa y los que, por tanto, necesitan de una protección adicional para que sus intereses económicos queden protegidos, y para que, en definitiva, el mercado opere de manera correcta⁵.

Consecuentemente, para este tipo de prestatarios no cabría hacer extensible a la entidad la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información previa exigidos en los préstamos hipotecarios a particulares.

6.1.4 DERECHO DE DESISTIMIENTO

En el expediente 201004802, el reclamante pretende —y no consigue— de su entidad el ejercicio del derecho de desistimiento establecido en el artículo 68 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por este motivo, solicita de este Servicio que inste a la entidad a que permita el ejercicio de este derecho, máxime teniendo en cuenta que el contrato del que pretende desistir es una póliza de afianzamiento que supuestamente cubre operaciones ya garantizadas con anterioridad.

³ Véanse páginas 115 y siguientes de la Memoria del Servicio de Reclamaciones correspondiente al ejercicio 2009, a la que se puede acceder a través del siguiente enlace:

http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Buenas_practicas.pdf.

De manera resumida, lo que allí se recoge es que las entidades, en estos casos, y desde el punto de vista de la transparencia que les es exigible, deben poder acreditar que los clientes conocían la existencia de la cláusula con anterioridad a la firma de los documentos contractuales, y ello con independencia del importe del préstamo y de la forma en que se facilite esa información.

⁴ Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio.

⁵ De hecho, el ámbito de aplicación de la misma establece que «cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, esta orden».

El artículo 47 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007 establece que las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica, y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.

En consecuencia, la pretensión del reclamante excede claramente las competencias de este Servicio de Reclamaciones, correspondiendo pronunciarse sobre tal extremo a las autoridades competentes en la materia de consumo.

No obstante, y teniendo en cuenta que la entidad, entre otros asuntos, alega que los criterios de riesgos forman parte de la política discrecional de la actuación del banco, no habiendo aceptado en este asunto levantar la garantía concedida por el reclamante para operaciones formalizadas con anterioridad a la recepción de su burofax, se recordó que, desde el punto de vista estrictamente bancario:

- el artículo 1255 del Código Civil señala que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»;
- las decisiones que adoptan libremente las entidades de crédito respecto a la concesión o denegación de facilidades crediticias o la modificación de las condiciones previamente acordadas se incardinan en lo que viene a denominarse como su «política comercial y de asunción de riesgos», excediendo, en principio, su fiscalización de las competencias del Banco de España —que no interviene, por tanto, en dichas decisiones—, al enmarcarse en el ámbito discrecional de actuación de las mismas, que se basa en el principio de libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico y que permite a las entidades de crédito seleccionar libremente a sus clientes de activo y, en general, gestionar de manera autónoma su asunción de riesgos directos.

6.1.5 RECLAMACIÓN DE DEUDAS PENDIENTES

Como ya se recogiera en la Memoria del Servicio de Reclamaciones correspondiente al ejercicio 2007, ha de reiterarse una vez más que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus créditos, por lo que las entidades mantienen con ellos la obligación ineludible de que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa, que quebrantaría las buenas prácticas y usos bancarios. En este mismo sentido, y con base en los principios de claridad y transparencia que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, es recomendable que, cuando estas efectúen los seguimientos periódicos de las posiciones impagadas, se aseguren de comunicar y requerir las mismas a sus titulares, para evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe el conocimiento que puedan tener de sus deudas, pues no han sido pocos los reclamantes que denuncian haberse visto sorprendidos por la reclamación de una deuda que hace tiempo consideraron extinguida o de la que no tenían noticia.

A este respecto, recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 17 de enero de 2011, consideró que hubo un retraso desleal en la demanda de la deuda pendiente, dado el significativo lapso temporal transcurrido desde la adjudicación del inmueble hipotecado (1994) hasta la presentación de la citada demanda (2008), en absoluto silencio de la relación jurídica. Y, al respecto, reitera lo expuesto en sentencia de 24 de octubre de 2008 de que «la doctrina del retraso desleal no deja de ser una aplicación

concreta o una manifestación específica de la más general doctrina del abuso de derecho», remitiéndose a lo recogido, a su vez, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005, en la que se señala

«que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 del Código Civil».

6.1.6 DISPOSICIONES
FRAUDULENTAS CON
TARJETAS EN PODER DEL
TITULAR

Tras la entrada en vigor de la Ley de Servicios de Pago, ha debido modificarse el criterio que hasta la fecha venía aplicando el Servicio de Reclamaciones en estos casos, pues la citada norma estipula un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y usuarios de servicios de pago tal que, para las operaciones de pago en las que el usuario del servicio no reconozca su autoría en los hechos, ni pueda acreditarse una falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia —como ocurre en los supuestos en los que el reclamante afirma que la tarjeta ha estado siempre en su poder—, el proveedor de servicios de pago ha de proceder al reembolso inmediato del total del importe de las operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente.

En consecuencia, en opinión de este Servicio, no resultaría aplicable la responsabilidad del ordenante para las operaciones de pago no autorizadas cuando estas resulten de la utilización de un instrumento de pago «extraviado o sustraído», que la citada Ley fija en 150 euros, pues la misma no contempla, salvo mejor opinión de los tribunales de justicia, el supuesto de copia del instrumento de pago, en el que, obviamente, no existe una pérdida de la posesión del mismo.

Así pues, únicamente en aquellos supuestos en los que la entidad pueda acreditar que el ordenante actuó de manera fraudulenta, o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben en tanto que usuario del servicio de pago, como son:

- utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, y,
- en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, en cuanto tenga conocimiento de lo ocurrido,

este Servicio entiende que la entidad podrá excepcionar su pago.

Y todo ello, con independencia de que la entidad pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investigaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

Como ejemplo de aplicación de este nuevo criterio, en los expedientes R201008516 y R201008232, se consideró que la actuación de la entidad reclamada fue contraria a las buenas prácticas y usos financieros, no solo por no haber acreditado documentalmente la ejecución de dichas operaciones mediante los correspondientes registros, sino en la medida que no devolvió a su cliente el importe íntegro de las operaciones de pago cuya autorización no reconoció.

6.1.7 COMPENSACIÓN POR RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

En estos casos, y como siempre que se cuestiona alguna cláusula de las incorporadas en los contratos suscritos por las entidades, se recuerda que el Servicio de Reclamaciones únicamente es competente para valorar la adecuación de aquellas a la normativa de transparencia vigente en la fecha, así como a los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes, que reiteradamente han sido publicados y dados a conocer por esta institución.

Así pues, lo que diferencia estos supuestos del resto de los analizados es la característica del cargo. Por ello, debe recordarse que la citada compensación solo puede adeudarse, de estar pactada, a los préstamos y créditos con riesgo de tipo de interés —es decir, fijos o con una periodicidad de revisión del tipo aplicable superior a la anual—, cuyo tipo de interés se encuentre, en el momento de la cancelación o subrogación, por encima del de mercado. En consecuencia, solo podrá adeudarse si la cancelación genera una pérdida de capital para la entidad, y podrá pactarse como un porcentaje fijo, o directamente como el importe que, en su caso, genere la pérdida, debiendo preverse, en este supuesto, la compensación simétrica al prestatario si se generara una ganancia de capital para la entidad. A la vista de lo anterior, se considera contrario a las buenas prácticas bancarias:

- Que la entidad no justifique al reclamante, de pedirlo este, que, con motivo de la cancelación anticipada de su préstamo hipotecario, existía una pérdida de capital para la entidad, sino que únicamente acredite este extremo una vez presentadas las alegaciones ante este Servicio, lo cual, a pesar de que el cálculo facilitado fuera correcto, merece un pronunciamiento desfavorable, pues tal proceder es claramente contrario a la transparencia a la que está obligada para con sus clientes, máxime cuando, de haberse facilitado a tiempo, hubiera evitado que su cliente presentara reclamación ante este Servicio (201013839).
- Que, abundando en lo anterior, aunque se observe de la simple comparación entre el tipo de interés vigente en el préstamo y la tasa de rentabilidad interna de la deuda pública que el primero es superior a la segunda, no implicaría per se la existencia de pérdida de capital. Consecuentemente, la entidad reclamada se apartaría de las buenas prácticas bancarias de no acreditar la existencia de pérdida de capital, con arreglo a lo establecido en la normativa en vigor (201010672).
- Que la entidad adeude simultáneamente una comisión por cancelación anticipada del préstamo y una compensación por riesgo de tipo de interés, pues la propia Ley 41/2007, de 7 de diciembre, lo prohíbe expresamente. Y se considera una mala práctica bancaria, aunque retroceda su importe, si este se abona una vez presentada la reclamación ante este Servicio (201006239).

Han sido varios los supuestos en los que los reclamantes denuncian el cobro de comisiones por transferencias entre cuentas abiertas en España como si de una transferencia al exterior se tratara.

En uno de los casos vistos (201013916), la entidad reclamada alegó, en defensa de su actuación, que se trataba de cuentas de «no residentes», por lo que debían ser consideradas «cuentas internacionales». En consecuencia, las transferencias enviadas o recibidas desde las mismas tenían esta consideración. Lo anterior, consideraba, se agravaría por el hecho de que la entidad emisora de la transferencia tuviera su residencia en el extranjero, por lo que el hecho de haberla emitido desde una cuenta de esta entidad en España obedecería únicamente a un intento de burlar la verdadera naturaleza comunitaria y no nacional del referido pago. Añadía que, de ser la operación posterior a la entrada en vigor del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo CE/924/2009, relativo a los pagos efectuados dentro de la Unión Europea, para conocer las comisiones repercutibles en su caso, habría que estar al importe de la transferencia, pues:

- si fuera inferior a los 50.000 euros, las comisiones a aplicar serían iguales a las cobradas por las transferencias nacionales de igual cuantía y en la misma moneda;
- de ser superior, se aplicaría la que figurara en tarifas, que se encontraba en todas las oficinas de la entidad, así como en el sitio web de la entidad.

Con independencia de la fecha en que se hubiera formalizado la operación, este Servicio consideró que no puede conceptuarse, como hace la entidad, como una «transferencia con el exterior», al tener su origen y destino en España. Y ello, con independencia de las repercusiones que, a efectos fiscales o de declaración a Balanza de Pagos, pudiera tener si la operación fuera superior a 50.000 euros y se efectuara con no residentes.

Además, tampoco tenía encaje en la definición que la propia entidad recoge en sus tarifas de comisiones y gastos repercutibles, en donde se señala lo siguiente:

«Se entenderá por transferencia con el exterior toda aquella operación efectuada por iniciativa de una persona física o jurídica con el fin de que se entregue una cantidad de dinero al beneficiario de la misma, cualquiera que sea la forma en que se prevea la recepción o entrega de los fondos y siempre que el ordenante, en el caso de transferencias ordenadas, o el beneficiario, en el caso de las transferencias recibidas, entregue o reciba los fondos en España, y el correspondiente beneficiario u ordenante esté situado en Estados terceros, incluidos los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (formado por los países de la Unión Europea más Liechtenstein, Noruega e Islandia)».

En otros supuestos (201010807), la entidad fundamenta sus alegaciones en que el cliente fue informado telefónicamente de las comisiones que conllevaba la operación y que coinciden con las registradas en las tarifas de la entidad, siendo, por lo demás, acordes con las repercutidas por otras entidades por operaciones de transferencias en moneda extranjera dentro del territorio nacional. Añaden, además, en contestación al carácter abusivo de la controvertida comisión denunciado por el reclamante, que no infringen el principio de proporcionalidad.

Este Servicio consideró que tampoco en este caso la transferencia en divisas dentro del territorio nacional podía conceptuarse, como hacía la entidad, como una «transferencia

con el exterior», y ello por cuanto la misma, con independencia de que se realice en divisas, tiene su origen y destino en España, circunstancia que no puede obviarse.

Por este motivo, y al igual que ocurría en el caso comentado ut supra, tampoco tenía encaje en la definición que la propia entidad recoge en la rúbrica «Transferencias con el exterior», de sus tarifas de comisiones y gastos repercutibles, pues la Nota 1 de dicho epígrafe indica lo siguiente:

«Nota 1. Definición de transferencia con el exterior

Se entenderá por transferencia con el exterior toda aquella operación efectuada por iniciativa de una persona física o jurídica con el fin de que se entregue una cantidad de dinero al beneficiario de la misma, cualquiera que sea la forma en que se prevea la recepción o entrega de los fondos y siempre que el ordenante, en el caso de transferencias ordenadas, o el beneficiario, en el caso de las transferencias recibidas, entregue o reciba los fondos en España, y el correspondiente beneficiario u ordenante esté situado en Estados terceros, incluidos los de la Unión Europea».

En definitiva, en todos los casos vistos en los que los argumentos de las entidades podían desmontarse por este Servicio, tal como se ha descrito en este punto, se consideró que la entidad reclamada no ajustó su actuación a las exigencias que demandan las buenas prácticas y usos financieros, al repercutir a su cliente el importe de una comisión contemplada para las transferencias con el exterior, presupuesto que no se corresponde con la transferencia emitida, obviando que esta tiene su origen y su destino en España.

6.1.9 INSTRUMENTOS DE
COBERTURA DEL RIESGO
DE TIPO DE INTERÉS

Como se explica en detalle en el capítulo de «Criterios específicos» (véase apartado 5.1.3), el Servicio de Reclamaciones del Banco de España resulta competente para la resolución de aquellas reclamaciones que se refieran a este tipo de productos, siempre que exista una vinculación entre ellos y un producto o productos bancarios concretos, siendo, por lo tanto, productos accesorios de estos. Dicha vinculación puede ser establecida en los propios documentos contractuales, por reconocimiento de las partes, o bien porque pueda deducirse de la existencia de plena coincidencia entre elementos esenciales de los contratos u otros elementos de juicio existentes que permitan determinarla.

El Servicio ha apreciado la existencia de una deficiente comercialización del producto en aquellos casos en que se han aportado evidencias documentales que han acreditado que la información suministrada durante la comercialización del producto fue deficiente. Así, por ejemplo, en el expediente 201008615, en la documentación aportada al expediente por la entidad, figura la grabación de una conversación en que se ofrecen algunas de las características del producto y se procede a su contratación. En la misma, la interlocutora señalaba al reclamante que iban a cerrar telefónicamente la cobertura, y que, posteriormente, se le haría llegar una copia del contrato para que lo firmaran tranquilamente, señalando también los términos de la operación [nacional contratado, fecha de inicio, fecha de finalización, periodicidad de liquidación (mensual) y estructura de tipos de interés de la permuta]. En opinión de este Servicio, de la conversación mantenida no quedaba acreditado que la parte reclamante hubiera recibido toda la información necesaria para la adecuada comprensión del funcionamiento del producto, de modo que pudiera, de esta manera, prestar su consentimiento tras haber valorado todos los riesgos. Así, en la conversación telefónica no se explicó la posibilidad o no de una cancelación anticipada del producto, las consecuencias de la misma, que llevaría asociada una liquidación (a consecuencia de

la venta de la operación en el mercado), que podría ser positiva o negativa en función de la evolución de los tipos, así como tampoco las consecuencias de una cancelación anticipada, total o parcial, de la financiación que cubre. Por ello, el proceder de la entidad reclamada respecto a la información ofrecida sobre el producto se consideró apartado de las exigencias de las buenas prácticas bancarias.

Asimismo, el Servicio apreció malas prácticas bancarias por defecto en la comercialización de este tipo de productos en aquellos casos en que, habiéndose firmado el derivado de forma simultánea —o con pocos días de diferencia— a una operación de préstamo hipotecario objeto de cobertura, no se incluyó en la oferta vinculante o documento similar el ofrecimiento del instrumento de cobertura con descripción de sus características, en función de la obligación legal impuesta por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, en su artículo decimonoveno. El Servicio de Reclamaciones viene considerando, además, que, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias, este requerimiento de entrega de oferta vinculante o documento análogo debe extenderse a todas aquellas ofertas de condiciones financieras que las entidades deben entregar a sus clientes, aunque no exista la obligación legal que establece la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de entrega de la oferta vinculante, por tratarse de préstamos de importe superior a 150.000 euros. Así, por ejemplo, en el 201010754, en el que la cobertura se suscribió solo 10 días después de la firma del préstamo hipotecario asociado, el Servicio consideró que la entidad no se había ajustado a las buenas prácticas bancarias, en la medida en que, si el producto de cobertura fue ofrecido con motivo de la formalización de una ampliación del préstamo hipotecario suscrito por el reclamante, las buenas prácticas bancarias, en aras de dicho criterio de máxima transparencia informativa, habrían exigido que la entidad dejara constancia de todas las condiciones negociadas con su cliente con anterioridad a la firma de la escritura modificativa del préstamo, entre las que se debería encontrar el producto de cobertura ofrecido, junto con sus características principales; no consta acreditado que la entidad lo hiciera.

En lo que se refiere a la formalización del derivado, las entidades deben aportar la documentación contractual debidamente firmada por su cliente. Si se hiciera referencia en el documento de orden de contratación del derivado o de confirmación de la misma a las condiciones generales —por ejemplo, recogidas en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)—, la entidad debe acreditar haber entregado a su cliente dicho contrato, mediante la firma del mismo. El Servicio se ha pronunciado en contra de la actuación de la entidad en aquellos casos en que la misma no pudo acreditar la entrega del CMOF con carácter previo o simultáneo a la formalización del producto de cobertura. Así lo ha reconocido en el expediente 201008615, en el que la entidad señaló que, dada la remisión expresa al CMOF de la AEB en la confirmación de *swap* firmada, no es necesaria la firma de dicho contrato marco por el reclamante, argumento con el que este Servicio discrepa, al venir exigiendo la firma de dicho contrato marco en todas aquellas permutas financieras cuya finalidad sea la de dar cobertura a financiaciones a tipo variable, dada la naturaleza bancaria de dichos *swaps*, y la exigencia de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria, aplicable al caso —Orden de 12/12/89 y Circular n.º 8/1990—, de que sea entregada al cliente copia firmada por representantes de la entidad de todos los documentos contractuales que suscriba, sin que, por tanto, quepan admitirse remisiones expresas a documentos que no han sido rubricados por el cliente. Además, este Servicio no puede obviar que el único documento en el que se recogía el posible coste de cancelación de la cobertura era el CMOF al que el documento de confirmación se remitía, pero cuya firma y entrega a la parte reclamante no se acreditó en el expediente. Respecto a la ade-

cucción del producto de cobertura a los objetivos de aseguramiento frente a posibles subidas de los tipos de interés, bajo la óptica de la Ley 36/2003, el Servicio ha venido considerando que, para entender que los productos contratados son adecuados a los objetivos perseguidos por la normativa que ha servido de base para su comercialización, hay que tener en cuenta el efecto financiero conjunto de mantener el derivado y el producto de financiación al que se encuentre vinculado, de modo que, o bien sea similar a haber contratado un préstamo a tipo de interés fijo, o un préstamo con límites a la variación de tipos de interés (techo), eliminando así, total o parcialmente, la incertidumbre del cliente sobre la repercusión que una subida de tipos pueda tener sobre el coste de su financiación, o bien, ante subidas del tipo de interés, se reduzca el importe conjunto, agregando la cuota del préstamo y el cobro resultante del contrato derivado, que tendría que pagar el cliente si no existiese dicho límite. Así, el Servicio ha emitido un pronunciamiento contrario en aquellos casos en que el producto de financiación cubierto por el producto derivado tuviese un límite inferior a la variabilidad del tipo de interés, ya que la existencia de un suelo impide que el cliente pueda compensar las bajadas del EURIBOR por debajo de dicho nivel. Así, mientras que el suelo afectaría al tipo de interés mínimo a pagar por el cliente en el préstamo vinculado, la entidad no se vería afectada por él y no tendría que satisfacer en la permuta ningún interés mínimo, sino exclusivamente el tipo de referencia cuando este fuera menor.

El Servicio, sin embargo, no ha emitido pronunciamiento contrario en aquellos casos en que la entidad acreditó fehacientemente que había reliquidado las cuotas correspondientes, eliminando dicho límite y habiendo asumido, además, el compromiso de no aplicar el suelo durante la vigencia del producto de cobertura.

6.1.10 FACULTADES DEL ALBACEA

En el expediente 201001709, la entidad cargó en la cuenta de titularidad única de la reclamante, y sin su conocimiento, firma ni autorización, un cheque bancario por importe de 5.389,33 euros. La entidad reclamada explica que el cheque fue solicitado por la albacea de la causante, en uso de las amplias facultades de disposición y pago de la herencia que ostentaba como tal, y correspondía al pago de su retribución como tal albacea. Dicha retribución consistía en el 5 % del caudal hereditario, no solo por aplicación del Derecho de sucesiones de Cataluña vigente, sino también por la previsión expresa de esa retribución contenida en la escritura de aceptación de herencia, precisándose, asimismo, en dicho instrumento público que las sumas correspondientes a este y a los otros pagos por adjudicaciones hereditarias se harían «efectivas de las cuentas relacionadas [en la escritura], cuando [la entidad] entregue las mismas a las herederas y legatarias [...]».

A reserva de que se trataba de cuestiones que se adentran en el ámbito de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho privado (por añadidura, foral, en el presente caso), y que, consecuentemente, exceden de las atribuciones de este Servicio, se estimaron los alegatos de fondo de la entidad reclamada en relación con la legitimidad de la retribución de la albacea y con la procedencia del pago de la misma, así como respecto a las facultades de dicha albacea con respecto a los bienes hereditarios, entre ellas, la de administrar los mismos, incluso una vez adjudicados, hasta que sean puestos en posesión de los herederos y legatarios.

Ahora bien, en cuanto al adeudo concreto en una determinada cuenta del cheque bancario que instrumentaba el pago de la mencionada retribución de la albacea, las conclusiones, a partir de los datos y documentos obrantes en el expediente, resultan forzosamente distintas, básicamente por la falta de coincidencia entre el número identificador de la cuenta efectivamente receptora de dicho cargo que aparece en los escritos de la reclamante y en los documentos bancarios aportados al expediente, de un lado, y el de la

cuenta teóricamente receptora de ese adeudo que figura, al efecto, en la antes referida escritura de aceptación de herencia, de otro. Esa disparidad, sobre la que las dos partes guardan absoluto silencio, revelaría, en la hipótesis más favorable, que la cuenta de cargo fue la identificada escriturariamente como formando parte del caudal relicto, reconvertida con nueva numeración al ser puesta a disposición de la heredera universal, esto es, de la reclamante —lo que hubiera exigido una explicación por parte de la entidad—, o, en el peor de los casos, que la entidad actuó unilateralmente, produciendo un cargo legítimo, pero en una cuenta equivocada, esto es, en una cuenta de que era titular la heredera universal, pero que, como tal cuenta, nada tenía que ver con la sucesión hereditaria abierta.

6.1.11 BILLETE FALSO

Tanto en aquellos supuestos en los que se reclama por la retención de billetes por parte de entidades de crédito sobre la base de su presunta falsificación (2010004961), como en los que se acusa a la entidad de haber facilitado los mismos (201001613, 201003075, 201005000...), el Servicio de Reclamaciones recuerda que corresponde al Banco de España⁶, entre otras funciones, retirar de la circulación los billetes y monedas falsos denominados en euros, para lo cual cualquier entidad que participe en la manipulación y entrega al público de billetes y monedas a título profesional deberá entregarle⁷ todos los billetes y monedas en euros que haya recibido y cuya falsedad le conste o pueda suponer fundadamente, debiendo entregar los mismos sin demora a las autoridades competentes.

El billete o moneda retenida es enviado, junto con un formulario en el que se recogen sus datos identificativos (número de serie, etc.), y los relativos a la persona que lo portaba, al Banco de España, donde se inicia un procedimiento de peritación, primero, y de eventual investigación policial por la Brigada de Investigación del Banco de España, después.

De no ser falso, el Departamento de Emisión y Caja del Banco de España cursa la orden de abono correspondiente, para que el particular al que le fue retenido el billete pueda retirar el importe del mismo en las ventanillas de pago de esta entidad. De resultar falso, no procede devolución alguna.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que este Servicio emite un informe al reclamante ciñéndose exclusivamente a la documentación aportada al expediente, cuando existen discrepancias no documentadas entre las partes acerca de si el billete o moneda falsa fue facilitado por la entidad reclamada, con motivo, normalmente, de un reintegro efectuado por el que reclama, o si, por el contrario, su procedencia fue otra diferente, este Servicio de Reclamaciones carece de competencia para alcanzar pronunciamiento alguno, ya que, a falta de acreditación documental sobre lo ocurrido, supondría hacer prevalecer una versión en detrimento de la otra, debiendo acudir las partes, si lo estiman oportuno, a los tribunales de justicia, únicos que, a través de la práctica de los medios de prueba necesarios, podrán tanto determinar lo realmente sucedido como pronunciarse sobre la diligencia empleada por todos los sujetos intervinientes en este asunto en el cumplimiento de sus obligaciones.

6.2 Consultas

CONSULTA

Acabo de encontrar en casa un talón de una entidad, a mi nombre, con un importe en pesetas y del año 2001. He preguntado en mi oficina habitual y me comentan que la cuenta vinculada a ese talón está activa y con fondos. El problema es que no recuerdo quién

⁶ Artículo 72 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁷ Artículo sexto del Reglamento (CE) n.º 1338/2001, del Consejo, de 28 de junio de 2001, por el que se definen las medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación.

es la persona que me extendió el talón, en su día. Según mi oficina habitual, no me pueden pagar ese talón. Haciendo otras investigaciones, y preguntando a conocidos, me comentan que la entidad debería pagarlo, haciendo una conversión de pesetas a euros.

¿Se han encontrado en alguna ocasión con un caso similar? ¿Como debería proceder?
¿Realmente caducan los talones?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le indicamos que, de conformidad con la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiara y del Cheque, una vez expirados los plazos legales de presentación del cheque para su cobro (15, 20 o 60 días siguientes al del libramiento, dependiendo del lugar de emisión), el cheque podría ser revocado.

Ello, no obstante, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiara y del Cheque, «si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración del plazo».

Dado que el cheque está denominado en pesetas, cabe destacar el artículo 142 de la referida Ley, que reconoce que, «si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada por causa no imputable al deudor, este entregará el valor en pesetas de la suma expresada en el cheque, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día de la fecha de presentación».

A estos efectos, y teniendo en cuenta que la Ley 46/1998, sobre introducción del euro, reconoció que, desde el 1 de enero de 1999, la moneda del sistema monetario nacional es el euro, la sustitución de la peseta por el euro no podrá ser considerada, en ningún caso, como un hecho jurídico con efectos modificativos, extintivos, revocatorios, rescisorios o resolutorios en el cumplimiento de las obligaciones, tal y como reconoce el artículo 10 de la referida norma. Así, «las referencias contenidas en cualquier instrumento jurídico a importes monetarios en pesetas tendrán la misma validez y eficacia, ya se expresen en pesetas o en euros» (art. 7).

Por todo lo anterior, cabría concluir que el abono del cheque denominado en pesetas, una vez presentado al cobro, siempre que no hubiera sido revocado y hubiera fondos en la cuenta, podría ser abonado previa la correspondiente conversión (mediante la aplicación del tipo fijo adoptado irreversiblemente por el Consejo de la Comunidad Europea).

CONSULTA

La empresa en la que ostento el cargo de administrador compra en Asia un producto siderúrgico que abona en USD a través de crédito documentario emitido por una determinada entidad. A la hora de pagar en euros, el banco aplica un cambio totalmente aleatorio, que no coincide con el oficial. Preguntado el banco respecto al criterio que utiliza y el motivo de no aplicar el cambio oficial, no obtenemos respuesta. Habida cuenta que las continuas compras ascienden a 250.000 USD, el diferencial resultante es totalmente abusivo. Es por lo que necesitamos saber sobre la existencia de alguna normativa o regulación del asunto que nos concierne.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le informamos de que los tipos de cambio son libres. Esto es, las entidades bancarias y los establecimientos de cambio de moneda pueden aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros. A tal efecto, la Circular del Banco de España 8/1990, sobre

Transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su Norma Primera bis, referente a la publicación de los tipos de cambio de determinadas operaciones, establece lo siguiente:

«1. Las entidades de crédito que realicen con su clientela operaciones de compra-venta de divisas de países no integrados en la Unión Económica y Monetaria contra euros o pesetas deberán publicar los tipos mínimos de compra y máximos de venta o, en su caso, los tipos únicos que aplicarán cuando su importe no exceda de 3.000 euros.

Estos tipos también serán de aplicación a las operaciones de compraventa de esas divisas derivadas de órdenes de transferencia de divisas al extranjero, cuando los importes no excedan de la cantidad señalada en el párrafo anterior.

[...].».

En otro orden de cosas, podrá consultar los tipos de cambio oficiales publicados por el Banco Central Europeo en el enlace que le facilitamos del sitio web del Banco de España: http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tc_1_1.pdf.

Dicho esto, los principios reguladores que deben regir la relación de las entidades con sus clientes son la transparencia y la claridad, de forma que, en todo momento, estos puedan conocer los motivos de la actuación de las entidades hacia ellos.

CONSULTA

Emitimos un pagaré para un proveedor con vencimiento a 20 de junio de 2010, domingo. El 21 de junio, lunes, hacemos una transferencia OMF que cubre de sobra el importe de dicho pagaré, y que queda ingresada el mismo día. El banco hace el cargo del pagaré antes de la entrada de la OMF, y devuelve el pagaré por incorriente. ¿Puede hacerlo?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le indicamos que ello dependerá de la disponibilidad de los fondos transferidos a través de la OMF, disponibilidad que, a su vez, viene determinada por los plazos concretos de ejecución de la orden de transferencia.

La normativa acerca de los plazos de ejecución de las operaciones de pago y su fecha valor viene recogida en la Ley 16/2009, de 14 de noviembre, de Servicios de Pago. En concreto, la misma determina que el momento de recepción de la orden de transferencia será cuando esta sea recibida por la entidad del ordenante, y, si fuera día inhábil, el siguiente día hábil. Puede, incluso, establecerse —con conocimiento del ordenante— una hora máxima diaria, transcurrida la cual se considerará recibida el siguiente día hábil. La valoración del cargo en la cuenta del ordenante no será anterior al momento del adeudo en dicha cuenta.

Cuando se trate de operaciones en euros, y tanto la entidad del ordenante como la del beneficiario estén en la Unión Europea, la entidad del ordenante, tras recibir dicha orden, se asegurará de que el importe transferido es abonado en la cuenta de la entidad del beneficiario, como máximo, al final del día hábil siguiente. No obstante, conforme recoge la Disposición transitoria primera de la Ley 16/2009, hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su entidad podrán acordar un plazo no superior a dos días hábiles, en el caso de operaciones originadas y recibidas en España, y a tres días, para el resto. Todos los plazos mencionados pueden prolongarse en un día hábil para las operaciones iniciadas en papel.

Los fondos se abonarán en la cuenta del beneficiario el día hábil en que se abonaron en la cuenta de su entidad, con valoración de esa misma fecha, estando inmediatamente a disposición del beneficiario.

En todo caso, los plazos de ejecución de las operaciones deben ser comunicados por la entidad al usuario, de conformidad con lo fijado por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, tanto en contratos marco como en operaciones singulares.

Puede consultar la nueva Ley de en nuestro sitio web, realizando una búsqueda en la base de datos de legislación financiera, en la sección de Normativa, o bien, a través de los siguientes enlaces:

<http://app.bde.es/clf/leyes.jsp?id=86633&tipoEnt=0>

<http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/14/pdfs/BOE-A-2009-18118.pdf>

CONSULTA

Desearía conocer la normativa para conocer la aplicación de los días de disponibilidad, en los ingresos de talones conformados y cheques bancarios en la misma entidad que los emite; todas las entidades aplican la valoración del día del ingreso, pero, en algunas, el importe no está disponible hasta el tercer día hábil posterior al ingreso.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le informamos de que la «fecha valor», también conocida como «fecha de operación», se refiere al momento (fecha efectiva) a partir del cual comienza a generar intereses un abono en una cuenta corriente, o cuando deja de generarlos un adeudo.

A este respecto, hay ciertas disposiciones normativas, caso de las dictadas por la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, que fijan la fecha de valoración de las operaciones, así como la fecha de disponibilidad de los fondos objeto de las mismas.

Así, el abono en cuenta por un ingreso en efectivo realizado por un consumidor será valorado el mismo día del ingreso, o, como máximo, un día más tarde, si la operación no la realiza un consumidor. En estos casos (ingreso en efectivo), el consumidor podrá disponer del importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. En los casos de no consumidores, se podrá establecer la disponibilidad del importe, como máximo, al día hábil siguiente al de la recepción de los fondos — artículo 42 de la Ley de Servicios de Pago—. En los abonos o adeudos en cuentas abiertas en entidades (transferencias), la fecha valor del abono en la cuenta del beneficiario no será posterior al día hábil en que el importe se abonó en la cuenta de su entidad. El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. A su vez, recordemos que la valoración del adeudo en cuenta al ordenante no será anterior al momento en que el importe se carga en dicha cuenta — artículo 43 de la Ley de Servicios de Pago—.

Cuando se trate de cheques u operaciones sujetas a condición suspensiva, habrá que esperar al abono en firme en la cuenta de la entidad (Disposición Adicional de la Ley 16/2009).

CONSULTA Ruego me informen si mi entidad bancaria puede cobrarme comisiones de mantenimiento por una c/c vinculada a la hipoteca de un inmueble, siendo la finalidad de dicha cuenta —única y exclusivamente— el pago mensual del crédito hipotecario.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO En contestación a su escrito, le informamos de que este Servicio de Reclamaciones considera que no corresponde a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración cuando las cuentas se mantienen, con la finalidad de ser utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito, o para dar servicio a un préstamo hipotecario:

- por imposición de la entidad, pues conduciría al absurdo de que el cliente pague por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, siendo claramente contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios, o
- por voluntad del interesado, pues la comisión carecería de excusa. No obstante, si las entidades negaran la gratuidad a este canal de pago, podrían alternatively habilitar cualquier otro procedimiento para que los prestatarios pudieran hacer los pagos sin coste alguno (como transferencia a una cuenta habilitada a tal fin, domiciliación en cuentas abiertas en otra entidad, etc.). De no ser así, deberían informar del coste a soportar en el momento de la contratación.

CONSULTA En una cláusula de un préstamo hipotecario firmado ante notario, el cálculo de los intereses devengados se realiza sobre la base de cálculo de 360 días/año, y la fórmula para calcular los intereses devengados es ($i=C \times r \times t / 36.000$), donde t = días efectivamente transcurridos. En los meses con 31 días, la entidad financiera toma 31 para el valor del tiempo, lo que conlleva que, al final del año, el banco cobre 5 o 6 días más de intereses. ¿Es esto legal? ¿Se podría reclamar?

Si la base de cálculo son 360 días, ¿no deben ser todos los meses como si tuviesen 30 días?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO En contestación a su consulta, le informamos de que, según el criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, cada entidad puede elegir aplicar el año comercial o el natural en las operaciones de préstamo que oferte, si bien debe venir claramente especificado en el documento contractual cuál es el año elegido para el cálculo de los intereses, incluyéndose para ello la fórmula utilizada para dicho cálculo —en cuyo denominador figurará 360 o 365— para que el cliente pueda comprobar en cada liquidación que el cálculo efectuado por la entidad se ha ajustado a lo pactado contractualmente.

Y ello es así porque el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras, y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, y recogido en las Memorias del Servicio de Reclamaciones, en las que se advertía, no obstante, que su validez actual, dado que carece de razón técnica, debía ser debatida, en su caso, por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos.

En cualquier caso, hay un elemento, en general, que permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o tasa anual equivalente,

que, en igualdad de condiciones y tipo de interés aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo.

CONSULTA

Mi consulta es referente a una entidad que no me facilita un extracto de movimientos desde la fecha de fallecimiento de mi padre hasta ahora (sí me han facilitado certificado de saldo al fallecimiento), y yo, como legataria, creo que tengo derecho a saber lo que pasa en esa cuenta, ya que hay unos ingresos por alquileres los cuales no sé si se están haciendo o no; en su negativa por escrito me dicen textualmente: «debemos indicarle que el citado extracto de movimientos le será entregado una vez nos acredite que ha aceptado la herencia y, si la solicitud nos la realiza después de la escritura de adjudicación de herencia, sea adjudicataria de la citada cuenta». Lo que sí me han facilitado es un extracto de una fecha en la que creo que, al estar vivo mi padre, podía hacer lo que le diera la gana.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito le informamos de que, en caso de fallecimiento del titular de una cuenta, la entidad, antes de proceder a la entrega de los fondos, cambiar de titularidad la misma o facilitar cualquier tipo de información —posiciones que mantuviera el causante a la fecha de fallecimiento, movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento, saldos, etc.—, debe asegurarse de que quienes acuden a ellas en condición de herederos ostentan tal condición, mediante la solicitud de copia del testamento —o de la declaración de herederos abintestato— y de la aceptación y partición de la herencia, a efectos de determinar a quién debe atribuirse. A este respecto, las entidades han de ser extremadamente diligentes en el cumplimiento de estas formalidades, tanto para proteger los intereses de los coherederos que pudieran verse perjudicados por disposiciones indebidas del caudal hereditario como para evitar, en el caso de que los herederos no acrediten el pago o la exención del impuesto de sucesiones y donaciones, hacer frente al abono del mismo en su calidad de responsables subsidiarios.

Por tanto, las entidades han de facilitar a los herederos la información que les sea requerida, siempre que estos acrediten su condición; se reconoce, con carácter general y con las salvedades que efectuaremos, el derecho del heredero a obtener información, sin que dicha petición de información tenga que estar amparada, siempre y en todos los casos, por una resolución judicial, ya que no puede obviarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»; por otro lado, dicho derecho ha de ser matizado, ya que el reconocimiento de este derecho no puede dar lugar, en modo alguno, a admitir peticiones desproporcionadas, en las que la pretensión de los herederos sea efectuar una auditoría de la relación entre la entidad de crédito y el causante a lo largo de un período amplio de tiempo, exigiendo a la entidad que vuelva a rendir cuentas de las operaciones efectuadas.

Por último, habría que añadir otro matiz, ya que, si se tratase de cuentas de titularidad plural, cuando existe oposición expresa del/de los cotitular/es supérstite/s de la cuenta a que se facilite cualquier tipo de información sobre los movimientos anteriores al fallecimiento, debe conjugarse el derecho de información del heredero con el deber de secreto de la entidad y la protección de datos de carácter personal consagrada en nuestra legislación, por lo que la negativa de las entidades a facilitar dicha información a los herederos, sin que medie un pronunciamiento judicial, no puede considerarse arbitraria, sino que obedece a la prudencia y cautela con la que deben actuar estas en supuestos en los que pueden entrar en colisión los derechos de distintos sujetos —herederos, otros cotitulares y terceros—.

CONSULTA En cuanto al tipo de interés que se puede aplicar para el pago aplazado en las tarjetas de crédito, ¿puede superar el TAE 2,5 veces el precio oficial del dinero, para operaciones de consumidores?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO En contestación a su escrito, le informamos con carácter general de lo siguiente:

En primer lugar, que las entidades tienen libertad para decidir los tipos de interés que aplican a las operaciones que contratan, tal como está establecido expresamente por el artículo primero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, cuando prevé que «(l)os tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualesquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten».

En segundo lugar, que deberá estar a lo previsto al respecto en el contrato de tarjeta de crédito que formalizó con su entidad, puesto que los contratos obligan de acuerdo con las cláusulas recogidas en ellos, ya que, conforme con lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, «(l)as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», y, además, el artículo 1255 del mismo texto legal prevé que «(l)os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público».

En este sentido, no existe ninguna limitación a dicha libertad, con la única excepción de los descubiertos en cuenta corriente con consumidores, respecto de los que la Ley sí pone un límite máximo (artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo⁸), consistente en que la comisión percibida, junto con los intereses, no podrá dar lugar a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

CONSULTA He ido dos veces a un mismo banco con un cheque al portador y me niegan el cobro en efectivo de dichos cheques, argumentando que se trata de una norma interna de ellos que para todo cheque superior a 150,00 euros tengo que ir a la oficina que me corresponde. La segunda vez, he puesto una hoja de reclamaciones.

Mis pregunta es: ¿es esto legal?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO En contestación a su escrito, le informamos de que las normas que regulan el lugar de pago de los cheques [básicamente los artículos 106, n.º 4, y 107 de la Ley 19/1985, de 16 de julio (BOE del 19), Cambiaria y del Cheque] establecen que, a falta de indicación especial, el lugar designado en el cheque junto al nombre del librado se reputará lugar de pago del mismo, por lo que ninguna sucursal distinta de la indicada en el mismo tiene la obligación legal de pagar en efectivo el cheque, no estimándose mala práctica la negativa a su pago, o el hecho de percibir una comisión por su pago en oficina distinta de la librada.

Hay que tener en cuenta que pagar un cheque por ventanilla en oficina distinta a aquella en la que el firmante tiene cuenta abierta implica un riesgo, al no poder comprobar que su firma coincide con la del titular de la cuenta, medida de seguridad necesaria para evitar pagos de documentos a un tenedor ilegítimo o que no hayan sido regularmente emitidos.

⁸ En la actualidad, recogido en el artículo 20.4 de la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Si el cheque es librado contra la misma sucursal, esta debe atenderlo, sin perjuicio de la posibilidad de que el cobrador venga obligado a cobrarlo a través de la cuenta, cuando ponga la mención «para abonar en cuenta» o similar.

CONSULTA

Buenas tardes, con el cambio de director me han cobrado en mi entidad financiera una serie de comisiones que hasta ahora no se me cobraban; concretamente: mantenimiento TPV, mantenimiento cuenta corriente y cuota por acceso a Internet. Ante este hecho, y debido a la nula voluntad de arreglo por parte del director de la entidad financiera, procedí a cancelar la cuenta. Mi sorpresa viene por el hecho que no me retroceden las comisiones cobradas. Mi pregunta es: teniendo en cuenta que las comisiones hacen referencia al período de octubre 2010-septiembre 2011 (son anuales), ¿no es correcto que me devuelvan la parte proporcional no consumida?

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le informamos de que los derechos y obligaciones de las partes de un contrato son los pactados en el documento suscrito al formalizar la operación. En este sentido, las partes deben estar al contenido de lo estipulado en el contrato, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», y, además, el artículo 1255 del mismo texto legal prevé que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Además, le informamos de que, en principio, no suele ser habitual el cobro de comisión por cancelación de cuentas. Las comisiones como esta deberían preverse en el contrato de cuenta y en el folleto de tarifas que la entidad tiene registrado en el Banco de España, que usted puede consultar en

http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/tarifas_comisiones/comisiones.html.

En todo caso, no recogiendo otra cosa en el contrato, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España viene manteniendo que, en principio, solo procedería cobrar la parte proporcional de la comisión de mantenimiento correspondiente a la parte consumida del período de liquidación pactado para la comisión, aparte, en su caso, de la comisión de administración que procediera en función del número de apuntes no exentos practicados en la cuenta desde la última liquidación. La liquidación correspondiente debería practicarse en el momento de la cancelación de la cuenta.

CONSULTA

Desearía que me informaran del plazo legal existente para la devolución de un recibo ya pagado a través de una cuenta bancaria. También, si existe una ampliación de más de tres años a este plazo, y en función de qué circunstancias se puede dar.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO

En contestación a su escrito, le indicamos que la nueva Ley de Servicios de Pago 16/2009, de 4 de diciembre de 2009, regula expresamente el derecho de los clientes a dar orden de devolución de adeudos domiciliados.

La norma distingue dos plazos para dar la orden de devolución, que se aplican en función de si el cargo en cuenta estaba o no previamente autorizado.

- 1 Si no estaba autorizado, cuando el cliente tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente,

deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada a la entidad, a fin de poder obtener rectificación de esta, y, salvo en los casos en los que la entidad no le hubiera proporcionado —o no hubiera hecho accesible al usuario— la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del apunte (se puede pactar un plazo inferior si el usuario no fuera consumidor, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado).

2 Si el adeudo estaba previamente autorizado, la Ley indica que el cliente tendrá derecho a la devolución de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

- Cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
- dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente, teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición de la entidad, el cliente deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones.

Ahora bien, el cliente y la entidad podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a la devolución de adeudos domiciliados incluso cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente.

El plazo máximo para dar esta orden de devolución es de ocho semanas, contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en la cuenta del cliente.

En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, la entidad deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando, en este caso, los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

Puede consultar la nueva Ley de Servicios de Pago en nuestro sitio web, realizando una búsqueda en la base de datos de legislación financiera, en la sección de Normativa, o bien a través de los siguientes enlaces:

<http://app.bde.es/clf/leyes.jsp?id=86633&tipoEnt=0>

<http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/14/pdfs/BOE-A-2009-18118.pdf>