

TRANSFERENCIAS BANCARIAS INTRACOMUNITARIAS: REGULACIÓN SUSTANTIVA Y TRANSPARENCIA DE LAS RELACIONES ENTRE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y SUS CLIENTES, A PARTIR DE LA LEY 9/1999, DE 12 DE ABRIL

por M.^a Belén González Fernández

Universidad de Málaga

RESUMEN

La transferencia bancaria ha sido, hasta la publicación de la Ley 9/1999, de 12 de abril sobre transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea, una operación carente de regulación sustantiva en nuestro ordenamiento. Esto la ha convertido en una de las principales fuentes de discrepancias entre las entidades de crédito y sus clientes según se deriva de la Memoria que, cada año publica el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Con la Ley 9/1999, se cubre parcialmente este vacío legal, ya que sólo se regulan las transferencias de crédito entre entidades situadas en distintos Estados de la Unión Europea, realizadas en euros o divisas de algún Estado miembro y por un importe limitado a 50 000 euros. Aunque no pueda afirmarse abiertamente el carácter protector de esta Ley respecto a los usuarios de los servicios financieros, resulta evidente su preocupación por los intereses de éstos, ya que dispone, junto a las obligaciones de las entidades en la realización de transferencias «in-tracomunitanas», la norma básica sobre la transparencia que debe presidir la operación.

I. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES: NORMATIVA UNCITRAL, COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

Dentro de las clasificaciones que suelen establecerse en relación con las transferencias, nos encontramos con aquella que, atendiendo al ámbito geográfico en el que se desarrolla la operación distingue entre transferencias nacionales (que no superan los límites geográficos de un Estado) y transferencias internacionales (que sí los superan) (1). A su vez, desde un Estado perteneciente a la Unión Europea como es el nuestro, podríamos distinguir dentro de las transferencias internacionales, entre transferencias «intracomunitanas» (realizadas en el seno de la Unión entre entidades situadas en distintos Estados miembros) transferencias «transcomunitarias» (realizadas entre una entidad situada en un Estado miembro de la Unión y otra situada en un Estado no miembro) y transferencias «extracomunitanas» (realizadas entre entidades situadas en distintos Estados no miembros).

Las transferencias internacionales, en general, han sido objeto de regulación por la Ley Modelo UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito de 1992 (LM). Esta Ley Modelo es resultado de la constante preocupación de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por conseguir la unificación o al menos la armonización jurídica del sector de los pagos internacionales (2). En el caso de la transferencia, esa preocupación está especialmente justificada por la frecuente ausencia de normativas nacionales, la existencia de prácticas diversas para solucionar las cuestiones que la operación plantea y fundamentalmente, por la especial idoneidad de la transferencia como medio de pago en el comercio internacional (3). Ahora bien, como la de toda Ley.

(1) Este es uno de los criterios más frecuentemente utilizados. Pero también se emplean otros tales como el número de sujetos intervinientes en la operación (que permite diferenciar entre transferencias internas directas e indirectas) el procedimiento o la técnica empleada para la transmisión de los ordenes (que permite distinguir entre transferencias documentadas y electrónicas), etc. Pueden encontrarse clasificaciones en casi todos los estudios sobre la operación de transferencia. Véase a título de ejemplo VÁZQUEZ PENA M J «La transferencia bancaria de crédito» *Revista de Derecho y Comercio* 1998 pp 114 y ss. ALVARADO HERRERA L «Introducción al concepto de transferencia bancaria» *Cuadernos de Derecho y Comercio* 1995 núm. 18 pp 227 y ss.

(2) Otras pruebas de ello las constituyen la Guía Jurídica de la Comisión sobre transferencias electrónicas de fondos de 1987 o el Convenio de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales de 1988.

(3) Sobre el estado de la cuestión cuando se elabora la Ley Modelo UNCITRAL v. LOJENDIO OSBORNE I «La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito» *Revista de Derecho Mercantil* 1993 núm. 207 pp 95 y ss. CHECA MARTÍNEZ M «Las Transferencias de Crédito en el Derecho del Comercio Internacional», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1994, núm. 53, pp 109 y ss. ABASCAL ZAMORA J M, «La ley modelo de la CNUDMI —UNCITRAL— sobre transferencias internacionales de crédito», *Derecho de los Negocios*, 1993, núm. 39, p 14. Como excepción relevante de la ausencia de regulación se cita el Artículo 4A del Código de Comercio

Uniforme estadounidense, aprobado en 1989 Sobre el particular v PERALES VISCASILLAS, M P , «Transferencias bancarias Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL y Artículo 4A UCC», Derecho de los Negocios, 1998, núm. 88, pp 1 y ss.

(4) OLIVENCIA, M , «UNCITRAL Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI», Revista de Derecho Mercantil, 1993, núm. 207, p 18, señala que sena más exacta para referirse a la técnica de la ley modelo la expresión "modelo de ley" porque su texto tiene el valor de un ejemplo orientativo destinado a los legisladores nacionales, con la recomendación de que lo adopten como tal «modelo», pero sin vigencia ni efecto jurídico alguno.

(5) El propio título de la Ley Modelo excluye de su ámbito de aplicación las llamadas transferencias de «adeudo» o de «débito», en las que la iniciativa para la realización de la transferencia no parte del que transmite los fondos al beneficiario sino, precisamente, del que va a recibir el abono en su cuenta.

(6) Sobre las distintas opciones barajadas en la elaboración de la Ley Modelo respecto al tipo concreto de transferencia que debía ser objeto de regulación por la Comisión v LOJENDIO OSBORNE, I , «La ley modelo », op. cit, pp 99 y ss.

(7) La Ley Modelo, por tanto, recoge una concepción amplia de transferencia internacional, considerando como tal, incluso, aquella en la que la entidad del ordenante y la del beneficiario se encuentran situadas en el mismo Estado bastando que alguna de las entidades intermediarias lo esté en un Estado distinto Al respecto, v VÁZQUEZ PENA, M J , La transferencia bancaria , op. cit, p 316, LOJENDIO OSBORNE, I , «La ley modelo», op. cit, p 100, CHECA «Las Transferencias de Crédito », op. cit. p 125, ABASCAL ZAMORA, J M , «La ley modelo », op. cit, p 14.

(8) De un lado, la Directiva 97/5/CE señala expresamente que los problemas sistémicos en relación con las transferencias, tales como el carácter definitivo del pago, deben tratarse separadamente de las cuestiones que en ella se abordan (Considerando Quinto) Por otro, respecto a las cuestiones a las que si se hace referencia, en especial, respecto al plazo concedido a las entidades para la ejecución de las transferencias, se prevé la elaboración de un informe por parte de la Comisión a los dos años de la puesta en aplicación de la Directiva, que podrá ir acompañada de una propuesta de revisión de la misma (art 12).

Modelo, su finalidad consiste en ofrecer a los legisladores nacionales una propuesta de regulación que éstos podrán incorporar a sus ordenamientos internos, en sus mismos términos o con las modificaciones que estimen convenientes, pero que carece de todo efecto normativo (4).

Las transferencias reguladas por la Ley Modelo UNCITRAL son transferencias de «crédito» (5), documentadas o electrónicas, de cualquier cuantía y en cuya realización no será objeto de especial protección la condición de consumidor del ordenante y/o del beneficiario (6). La internacionalidad de estas transferencias vendrá determinada por el hecho de que dos entidades cualesquiera, de las que participen en el desarrollo de la operación, se encuentren situadas en Estados diferentes (art 1 LM) (7).

También en el seno de la Unión Europea las transferencias internacionales venían siendo objeto de un estudio específico que ha culminado, por el momento (8), con la aprobación de la Directiva 97/5/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (9). Esta Directiva, a través de su transposición a los distintos ordenamientos internos de los países miembros, conformará el marco normativo específico de las que hemos denominado transferencias intracomunitarias. Con ella se da un paso más en la realización del mercado interior, especialmente, en el ámbito de la liberalización de los movimientos de capitales.

La problemática de las transferencias intracomunitarias no difiere en sí de la del resto de las transferencias internacionales. Las cuestiones abordadas en la norma comunitaria (plazos de ejecución de la transferencia, responsabilidad de las entidades...) son, prácticamente, las mismas que las que trata la Ley Modelo, cuyas normas, sin duda, informan las de la Directiva (10). Ahora bien, esta última ha regulado un supuesto de transferencia internacional más reducido que el que se contempla en el texto elaborado por la UNCITRAL. En primer lugar, por lo que al criterio geográfico se refiere, la Directiva 97/5/CE regula, exclusivamente, las transferencias realizadas entre entidades situadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea. Además, la nota de internacionalidad, en este caso, no se dará por la intervención en la operación de dos entidades cualesquiera de distintos Estados miembros, sino que, expresamente, se requiere que sean la entidad del ordenante de la transferencia y la del beneficiario, las que se encuentren situadas en Estados miembros diferentes (art. 2/ Directiva 97/5/CE). En segundo lugar, las transferencias reguladas por la Directiva son transferencias de crédito (11) más modestas, con un importe limitado (50.000 euros) (12), realizadas en una moneda determinada (euros o divisas de los Estado miembros) y respecto de las que se prevé, especialmente, la intervención de particulares y pequeñas y medianas empresas (Considerando Segundo Directiva 97/5/CE), excluyéndose, de forma expresa, las transferencias ordenadas por sujetos profesionales del mercado financiero (art. 1 Directiva 97/5/CE) En este sentido, puede afirmarse que la Directiva revela un cierto carácter proteccionista respecto a los usuarios de los servicios financieros (13).

(9) Sobre el proceso de elaboración de la Directiva 97/5/CE, v AURIOLES MARTÍN, A, «La Directiva Comunitaria sobre transferencias bancarias transfronterizas», Derecho de los Negocios, 1997, núm. 85, pp 11 y ss, VÁZQUEZ PENA, M J, La transferencia bancaria..., op. cit, pp 323 y ss.

(10) Existen, no obstante, importantes ausencias en la Directiva, tales como la posible revocación de la orden de transferencia o la determinación de la conclusión de la operación. En este sentido, v PERALES VISCASILLAS, M P, «Transferencias bancarias...», op. cit p 5.

(11) Aunque en el caso de la Directiva 97/5/CE no existe una exclusión expresa de las transferencias de adeudo, el hecho de que sea el sujeto que quiere poner los fondos a disposición del beneficiario el que «directamente» da a su entidad la orden con la que se inicia la operación de transferencia, parece indicar que no se contemplan aquellas otras en las que las sumas transferidas son «recogidas» por la entidad de crédito receptora. En este sentido v AURIOLES MARTÍN, A, «La Directiva Comunitaria», op. cit, p 14, PERALES VISCASILLAS, M P, «Transferencias bancarias», op. cit, p 8.

(12) v PERALES VISCASILLAS, M P, «Transferencias bancarias», p 19, n 28, en la que, de forma resumida, se expone el iter seguido por la cuestión relativa a la cuantía de las transferencias que debían ser objeto de regulación por el legislador comunitario.

El legislador español por su parte, cumpliendo el mandato de su homónimo comunitario dentro del plazo establecido (14), ha aprobado la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea. Según la Exposición de Motivos de esta Ley 9/1999, estamos ante una norma de transposición parcial de la Directiva 97/5/CE, por la que se incorporan a nuestro ordenamiento interno, solamente, los preceptos comunitarios que requieren rango de Ley. Las restantes disposiciones de la Directiva se incorporarán a nuestro ordenamiento a través del desarrollo de la Ley 9/1999, para el que queda expresamente habilitado el Ministro de Economía y Hacienda, en el marco de lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) (15).

De esta forma, con la misma finalidad que la Directiva, es decir, tratando de establecer unas reglas que aseguren que los pagos intracomunitarios que efectúen los particulares o los pequeños y medianos empresarios puedan ser realizados de manera rápida, fiable y económica (16), la Ley 9/1999 prevé una serie de obligaciones mínimas que deberán cumplir las entidades participantes en la ejecución de transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea, concretando, también, las consecuencias jurídicas que se derivarán de su incumplimiento. Se trata de obligaciones relativas a los plazos de ejecución de la operación (arts. 5 y 6), la repercusión de los gastos originados por la transferencia (art. 7), el reembolso en caso de no ejecución (art. 8) y la información sobre las condiciones de la operación que debe facilitarse al usuario (art 4). Queda pendiente la concreción de las normas de transparencia a las que estarán sujetas las entidades cuando realicen este tipo de transferencia.

Con esa limitación y con las que se derivan de la propia noción legal de transferencia intracomunitaria recogida en la Ley 9/1999 (17), esta regulación suple parcialmente el vacío legal que existía hasta ahora en nuestro ordenamiento, provocado por la ausencia de normas sustantivas ordenadoras de las relaciones que surgen entre quienes participan en la realización de las transferencias (18). Precisamente, hasta la entrada en vigor de esta nueva Ley 9/1999, sólo contábamos con normas administrativas de disciplina bancaria, sobre transparencia de las operaciones realizadas por las entidades de crédito que, en ciertos aspectos, resultaban aplicables a las transferencias con carácter general (19). La norma básica en materia de transparencia es la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (CBE 8/1990) (20). De su contenido, pueden extraerse ciertas normas en relación con las operaciones de transferencia (21) En concreto las que se refieren a la libertad de las entidades de crédito para fijar las tarifas de gastos y comisiones repercutibles al cliente por la realización efectiva de la operación (norma tercera), a la publicidad y comunicación al cliente que respecto de esas tarifas debe realizar la entidad (normas tercera, quinta, sexta y novena), al deber de diligencia que debe observar la entidad al realizar la operación (norma cuarta) y a las reglas de valoración que deben aplicarse a la misma (norma cuarta y anexo IV) Estas normas de transparencia se verán afectadas por el desarrollo de la Ley 9/1999, pero, mientras éste no se lleve a cabo, habrá que seguir teniéndolas en cuenta.

(13) PERALES VISCASILLAS, M P, «Transferencias bancarias...», p 2, señala que el ánimo que subyace en toda la regulación que establece la Directiva 97/5/CE, es el de protección del consumidor o usuario de la transferencia.

(14) El plazo para la transposición finalizó el día 14 de agosto de 1999 (art 111 Directiva 97/5/CE).

(15) A la habilitación concedida por la LDIEC al Ministro de Economía y Hacienda, para desarrollar ciertas materias relacionadas con la actividad de las entidades de crédito, se refieren expresamente el artículo 4.3 y la Disposición Final Primera de la Ley 9/1999. Dicha habilitación se refiere, exclusivamente, a cuestiones de carácter instrumental, quedando excluida de la misma todo aspecto sustantivo o material susceptible de generar obligaciones de este carácter que no cuenten ya con una cobertura legal específica. En este sentido, v. FERNÁNDEZ, T. - R. en Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Fernández, J. - R. (dir), Madrid, 1991 pp. 161 y ss.; GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela su posición ordinal» en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil Homenaje a Evelio Verdera y Tuells, t. II, La Ley, Madrid 1994, pp. 881 y ss. En nuestro caso, la Ley 9/1999 ha transpuesto las obligaciones en materia de plazos, de seguimiento de las instrucciones del ordenante en la ejecución de la transferencia, de reembolso en caso de no ejecución y de información que deberá proporcionarse al usuario. Será la forma y los aspectos concretos sobre los que tenga que prestarse esa información lo que deba desarrollar el Ministro de Economía y Hacienda.

(16) V. en este sentido AURIOLES MARTÍN, A., «La Directiva Comunitaria» op. cit., op. 11.

(17) V. m.ª, III.

(18) Sobre la extraordinaria oportunidad que se le presentaba al legislador español para utilizar la Directiva 97/5/CE como marco de referencia de una regulación propia de la operación de transferencia bancaria, v. VÁZQUEZ PENA, M. J. La transferencia bancaria, op. cit., p. 326. En el mismo sentido, pero refiriéndose al marco ofrecido por la Ley Modelo UNCITRAL, v. LOJENDIO OSBORNE, I., «La ley modelo», op. cit., p. 101.

(19) En este sentido v. BONET SÁNCHEZ, J. I., «La transferencia bancaria» en Contratos bancarios y parabancarios, Nieto Carol, U. (dir), Lex Nova, Valladolid, 1998 p. 336. Sobre la eficacia de esta normativa v. GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales», op. cit., p. 892 y ss.

(20) Las normas sectoriales de transparencia tienen su base legal, actualmente, en el artículo 48.2 LDIEC, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para dictar normas destinadas a lograr la mayor transparencia posible en la contratación bancaria. En virtud de esas facultades se dictó la Orden Ministerial 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 y, en desarrollo de la misma, la CBE 8/1990. Esta última ha sufrido varias modificaciones desde su publicación.

II. EL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA Y LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES

Junto a las normas de transparencia, la OM de 12 de diciembre de 1989 (número Noveno) y la CBE 8/1990 (Capítulo II) contienen la regulación actual (22) de un importante instrumento para la protección de la clientela bancaria: el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE), unidad de trabajo incardinada en los Servicios Jurídicos del Banco emisor (23).

La función del SRBE es doble. Por un lado, debe tramitar y resolver las reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades de crédito en relación con las actuaciones de éstas que puedan dar lugar al quebrantamiento de las normas de disciplina, las buenas prácticas o los usos bancarios. Por otro, debe llevar a cabo una labor informativa, fundamentalmente, a través de la publicación de una Memoria anual en la que recoja los aspectos más conflictivos entre las entidades de crédito y sus clientes, así como su opinión acerca de los mismos.

(21) Un reciente análisis de su completo contenido en ANDREU MARTÍ, M. M., La protección del cliente bancario Tecnos Madrid 1998 pp. 119 y ss.; GIMÉNEZ VILLANUEVA, T. «La transparencia en la contratación bancaria» en Crédito al consumo y transparencia bancaria Nieto Carol U. (dir) Civitas Madrid 1998 pp. 673 y ss.

(22) Con anterioridad a la LDIEC la regulación a la que nos referimos se albergaba en la OM de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de los tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de Depósito y en la Circular del Banco de España 24/1987 de 21 de julio sobre organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones.

(23) Sobre el mismo v. ANDREU MARTÍ, M. M. La protección op. cit. pp. 187 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «Contratación bancaria y defensa de los consumidores El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España» en Derecho del Mercado Financiero Alonso Ureba A. y Martínez Simancas J. (dir) t. II vol. I Madrid 1994 pp. 67 y ss.; AURIOLES MARTÍN, A. «La protección de los usuarios de los servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones» La Ley 1991 3 pp. 892 y ss.; SÁNCHEZ MIGUEL, M. C. «La protección del usuario bancario a través del servicio de reclamaciones del Banco de España» Estudios sobre Consumo 1987 núm. 10 pp. 57ys.

La Memoria anual del SRBE se estructura en los siguientes cuatro apartados: un resumen estadístico de los expedientes tramitados, una exposición de los expedientes que finalizan con informe favorable al cliente, una exposición de criterios de interés general —entre los que encuentran los que el SRBE considera criterios de buena práctica bancaria— y, por último, un resumen de los expedientes que concluyen sin la emisión de informe por haberse producido el allanamiento de la entidad o el desistimiento del cliente. El segundo de estos apartados, a su vez, se divide por materias (operaciones activas, operaciones pasivas, tarjetas de crédito) en ocho grupos de casos.

El grupo número III está dedicado, exclusivamente, a las transferencias, lo que revela que se trata de una operación que constituye una de las principales fuentes de discrepancias entre las entidades y sus clientes. En este grupo, además, no es inusual encontrar un buen número de reclamaciones planteadas con motivo de operaciones de transferencia al extranjero.

Las cuestiones que mayoritariamente enfrentan a los clientes con las entidades de crédito en este tipo de operación son las siguientes.

a) Cobro de comisiones y gastos indebidos.

Se produce por ejemplo, cuando la entidad, unilateralmente y sin previo aviso, decide cobrar a un cliente comisiones por transferencias con el exterior que viene realizando de forma gratuita (24) o cuando no se justifica el cobro de gastos correspondientes a servicios o cargos efectuados por un tercero a la entidad (25), o bien, cuando existiendo efectivamente ese servicio o cargo del tercero y conociendo su existencia e importe, la entidad no previene de ello al cliente, descontándose los gastos de la cantidad que recibe el beneficiario de la transferencia (26) De singular relevancia son los casos en los que la entidad cobra una comisión que no corresponde a la operación efectivamente realizada, por calificar erróneamente como exterior una transferencia en la que, estando la entidad del ordenante y la del beneficiario en territorio español la moneda empleada no es la peseta (27).

(24) V Memoria del SRBE 1998 p 67.

(25) V Memoria del SRBE 1998 p 68 Memoria del SRBE 1995 p 67.

(26) V Memoria del SRBE 1997 p 67.

Este tipo de conductas son consideradas incorrectas por el SRBE, por ir contra las buenas prácticas bancarias, que exigen claridad y transparencia en el cobro de gastos y comisiones En alguno de estos casos, además se detecta la infracción de normas concretas de la CBE 8/1990 como las que exigen que los gastos repercutidos se refieran a servicios efectivamente prestados por la entidad (norma tercera ap 3) y específicamente determinados antes de realizar la operación (norma sexta, ap 6 g)

b) Falta de información.

Sin ajustarse a las normas de transparencia que, precisamente, tienen su fundamento en la información que se debe ofrecer al cliente tanto en la fase previa a la realización de la operación (norma tercera CBE 8/1990), como una vez realizada ésta (número Octavo de la OM), en ocasiones las entidades no informan al cliente sobre la efectiva realización de la transferencia (28) o incluso sobre las posibilidades reales de llevarla a cabo (29) Otras veces, simplemente, omiten cierta información sobre alguna de las condiciones en que se realiza la operación como es el importe en moneda extranjera y el tipo de cambio aplicado para la conversión en pesetas de una transferencia recibida del exterior (30).

c) Falta de diligencia en la tramitación de la transferencia.

La falta de diligencia de las entidades se pone de manifiesto en la cumplimentación errónea de la orden dada por el cliente (31) También, en aquellas otras formas de proceder que ocasionan una demora en la realización de la transferencia, por circunstancias tales como no verificar los datos facilitados por el cliente (32) o no avisar inmediatamente, si la entidad en cuestión actúa como intermediaria del hecho de no poder contactar con el beneficiario por insuficiencia de los datos consignados en la orden (33) Igualmente, las entidades no observan la diligencia debida cuando sin causa alguna demoran la ejecución (34) o el abono de una transferencia (35)

La CBE 8/1990 concreta el deber de las entidades de actuar con diligencia señalando que estas deberán efectuar las operaciones solicitadas por los clientes evitando demoras o retrasos innecesarios que puedan producirles perjuicios económicos (norma cuarta, ap 4).

d) Incumplimiento de las normas de valoración.

Las normas sobre fechas de valoración (norma cuarta, ap 2 ap 4 y anexo IV CBE 8/1990) establecen los límites máximos del desfase temporal permitido entre la orden de realizar la transferencia, o la recepción de la misma, y la correspondiente anotación contable de cargo o abono en la cuenta del cliente, con la finalidad de reducir al máximo el espacio de tiempo durante el cual los fondos se encuentran «ilocalizables» y, por tanto indisponibles, sin generar intereses para su titular. Al ser límites máximos, la entidad puede acordar con el cliente una fecha de valoración distinta que no supere esos límites máximos.

El SRBE no considera ajustado a las buenas prácticas bancarias la aplicación de la fecha valor reglamentariamente señalada, cuando se había pactado con el cliente una fecha diferente (36).

A estas y otras cuestiones aunque, como señalamos, referidas sólo a las transferencias intracomunitarias, trata de poner fin la Ley 9/1999 Veamos el supuesto concreto de transferencia internacional que en ella se recoge.

III. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE TRANSFERENCIA «INTRACOMUNITARIA» EN LA LEY 9/1999, DE 12 DE ABRIL

1. Elementos objetivos

Por transferencia «intracomunitaria» (recte, transferencia entre Estados miembros de la Unión Europea) habrá que entender la operación efectuada p 67 Memoria del SRBE 1996 p 59 por iniciativa de una persona física o jurídica a través de una entidad situada en España, o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o a través de una sucursal en territorio de la Unión de una entidad domiciliada fuera de él, destinada a acreditar una cantidad de dinero en una cuenta de la que pueda disponer el beneficiario, abierta en una entidad comunitaria o sucursal de entidad extracomunitaria, situada en otro Estado miembro de la Unión Europea, o situada en España cuando la transferencia provenga del exterior (art 1 °2 de la Ley 9/1999).

(27) V Memoria del SRBE 1997 Memoria del SRBE 1993 p

(28) (29) (30) (31) (32) (33)

V. Memoria del SRBE 1997 p.69 V.Memoria del SRBE 1997 p 70 V.Memoria del SRBE 1998 p 69 V.Memoria del SRBE 1998 p 70 V.Memoria del SRBE 1996 p V.Memoria del SRBE 1993 p 73

(34) V Memoria del SRBE 1997 p 69

(35) V Memoria del SRBE 1997 p 69 Memoria del SRBE 1993 pp 74

(36) V Memoria del SRBE 1996 p 62

La Ley 9/1999 no define la operación de transferencia, ni se manifiesta expresamente en relación a la debatida cuestión doctrinal sobre su naturaleza jurídica (37) Solamente señala los casos en que, por realizarse entre entidades sitas en distintos Estados de la Unión Europea, la operación quedará sometida a las reglas que en ella se establecen.

Como es sabido, desde la óptica del Derecho contractual bancario, la transferencia constituye uno de los supuestos típicos de operaciones neutras o de gestión que comienza con una orden (orden de transferencia) dada por el cliente (ordenante) a su entidad para que, con cargo a la disponibilidad monetaria existente a su favor, pague una determinada cantidad de dinero a otra persona (beneficiario), cliente de la misma o de otra entidad, con las consiguientes anotaciones de «cargo» y «abono» en sus respectivas cuentas (38) De esta forma, la transferencia resulta ser una operación materializada mediante apuntes contables que presupone la existencia de dos cuentas como requisitos esen ciales la cuenta de origen, en la que se realiza el cargo, y la de destino en la que se anota el abono correspondiente.

(37) La doctrina se enfrenta a esta cuestión desde dos posturas claramente diferenciadas de un lado las llamadas teorías unitarias tratan de elaborar una construcción única que permita explicar la articulación de cualquier tipo de transferencia. Así califica la operación en su conjunto como una cesión de crédito como un contrato con estipulación a favor de tercero y mayoritariamente como una delegación de deuda De otro mas recientemente la teoría disgregadora niega la posibilidad de reconducir el entramado de las relaciones que cada tipo de transferencia genera a una única figura jurídica aunque se observa que en todas ellas existe cierta conexión con el mandato comisión De hecho, a esta institucion recuerda la propia Ley 9/1999 cuando se refiere a la obligación de la entidad de efectuar la transferencia siguiendo las instrucciones del ordenante Un análisis pormenorizado de las distintas teorías en VÁZQUEZ PENA M J La transferencia bancaria op. cit pp 143 y ss BONET SÁNCHEZ J I < La transferencia » op. cit pp 335 y ss SEQUEIRA MARTÍN A < La transferencia bancaria de crédito» en Contratos banca nos García Villaverde R (dir) Civitas Madrid 1992 pp 498 y ss.

(38) La realización de las transferencias se suele incluir dentro de las operaciones que las entidades de crédito tienen que efectuar como con secuencia del servicio de caja que ofrecen a sus clientes por la apertura de sus cuentas. En este sentido v AURIOLLES MARTÍN A Contratos banca nos de gestión (I)» en Derecho Mercantil Jiménez Sánchez G J (coord.) t II Ariel 5 a edición corregida y puesta al día Barcelona 1999 p 495.

La transferencia que regula la Ley 9/1999 es una transferencia internacional de crédito (39), circunscrita a los límites geográficos de la Unión Europea, en la que será imprescindible que la entidad del ordenante y la del beneficiario se encuentren situadas en dos Estados miembros diferentes, siendo uno de ellos España.

Además, debe reunir los siguientes requisitos la moneda en que se efectúe debe ser el euro o alguna divisa de un Estado miembro de la Unión Europea, el importe máximo a transferir debe ser de 50 000 euros o su equivalente, conforme al tipo de cambio del día en que haya sido ordenada, y por último, la transferencia debe ser ejecutada mediante el abono en una cuenta de la que pueda disponer el beneficiario.

Respecto a la realización de transferencias en pesetas habrá que tener en cuenta las reglas establecidas por la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. Conforme a los artículos 3º y 4º1 de esta Ley 46/1998, a pesar de que desde el 1 de enero de 1999 la moneda de nuestro sistema monetario nacional es el euro, la peseta puede seguir siendo utilizada como unidad de cuenta del sistema monetario en todo instrumento jurídico, hasta el 31 de diciembre del año 2001. Por instrumento jurídico, según el artículo 2º1 habrá que entender, entre otros los instrumentos de pago distintos de los billetes y monedas. Desde el 1 de enero del año 2002 sin embargo, la utilización de la peseta no gozará de la protección del sistema monetario Incluso, se impone a los empleados y funcionarios públicos la obligación de advertir de esta circunstancia cuando, por razón de su profesión, oficio o cargo, tengan conocimiento de un nuevo instrumento jurídico en el que los importes exigibles se quisieren denominar en pesetas A pesar de ello, entre esa fecha y el 30 de junio del año 2002, los billetes y monedas denominados en pesetas podrán seguir siendo válidos como medio de pago (art 2.2) Llegado el mes de julio del año 2002, perderán definitivamente su valor como moneda de curso legal (40).

(39) Llegamos a esta conclusión por la misma razón que lo hicimos al analizar el tipo de transferencia que regula la Directiva 97/5/CE es decir por la exigencia de que sea el que transmite los fondos al beneficiario el que < directamente > de la orden con la que se inicia la operación (art 3 1 de la Ley 9/1999) No obstante el legislador español podía haber regulado en un mismo instrumento también las transferencias de adeudo.

(40) No obstante en los artículos 4 2 y 24 1 de la Ley 46/1998 esta previsto el posible acortamiento de este ultimo periodo llamado de doble circulación.

La fijación de un límite máximo en cuanto al importe del principal de la transferencia resulta de la transposición de la regla prevista en el artículo 1º de la Directiva 97/5/CE Esta medida aparece justificada en la norma comunitaria, que no en la española, por la toma en consideración de la «economía» de los particulares y de las pequeñas y medianas empresas, a quienes se pretende facilitar la realización de las transferencias transfronterizas (Considerandos Segundo y Séptimo) Con la fijación de ese tope se opta por la regulación separada de las transferencias de elevada cuantía (41).

El último requisito mencionado obedece no sólo al artículo 1º de la Ley 9/1999, sino también a la especificación que su Exposición de Motivos realiza en el párrafo cuarto, excluyendo de su ámbito de aplicación a las transferencias que no deban abonarse en cuenta. Ahora bien, habrá que recordar en este punto que, como señalamos la transferencia se realiza siempre a través del cargo en una cuenta y el abono en otra, es decir, mediante anotaciones contables. Sin embargo la noción de transferencia para el legislador español de 1999 parece ser más amplia, comprensiva también de órdenes con lugar de destino distinto de una cuenta bancaria Probablemente, lo que se está queriendo excluir del ámbito de aplicación de la Ley 9/1999 son otras operaciones similares a la transferencia pero que, entendemos, no deben identificarse con ella Nos referimos a las operaciones de giro bancario en las que la mediación del banco consiste en entregar o poner a disposición del destinatario en efectivo, en las oficinas de la entidad o en su propio domicilio, una cantidad de dinero que le ha sido entregada por su cliente o que ha cargado en la cuenta de éste (42).

(41) De todas formas en virtud de la habilitación que se concede al M rastro de Economía y Hacienda en la Disposición Final Primera de la Ley 9/1999 esta cuantía máxima podría ser modificada

(42) V en este sentido AURIOLÉS MARTÍN A < Contratos bancarios op. cit p 498 Para ALVARADO HERRERA L -Introducción al concepto op. cit pp 219yss las ordenes que en uno y otro caso el ordenante cursa a ja entidad son distintas La transferencia se inicia por una orden de transferencia en virtud de la cual el banco tiene que acreditar la suma estipulada en la cuenta del beneficiario Sin embargo el giro parte de una orden de pago en cumplimiento de la cual el banco debe entregar o poner a disposición de una persona determinada en efectivo la cantidad referida ALFARO ÁGUILA REAL J < Observaciones sobre la transferencia bancaria» Cuadernos de Derecho y Comercio 1997 núm. 17 p 34 distingue precisamente entre las transferencias y las ordenes de pago señalado que en estas ultimas el abono al beneficiario se haría directa mente en ventanilla y no en una cuenta Otros como VICENT CHULIA F Compendio Crítico de Derecho Mercantil t II José M a Bosch Editor Barcelona 1990 p 426 utilizan el termino transferencia en sentido amplio distinguiendo después la transferencia propiamente dicha de la que su pone una orden de pago cuando el beneficiario carece de cuenta etc. En definitiva aunque con diversa terminología parece claro que la doctrina distingue claramente las dos operaciones.

Más discutible sería la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 9/1999 de las denominadas en la práctica bancaria, transferencias por caja, en virtud de las cuales, el resultado típico de la transferencia se logra mediante el ingreso de dinero por ventanilla para abonar en la cuenta del beneficiario. En estos casos falta la cuenta bancaria de origen, bien porque no existe, bien porque el ordenante, siendo titular de una cuenta en la entidad de origen, no desea que la orden quede reflejada en la misma (43) A efectos de determinar si estas otras «transferencias» estarían incluidas en la Ley 9/1999 habría que averiguar, en primer lugar, si en ella se exige que la operación se realice siempre con cargo a una cuenta bancaria de la que sea titular el ordenante y, en definitiva, si se precisa en el ordenante la condición de cliente de la entidad, lo que analizaremos al estudiar su ámbito de aplicación subjetivo. En todo caso, su inclusión no haría si no incrementar la protección de los usuarios de los servicios financieros en relación a una operación en la que la finalidad —la acreditación de fondos en la cuenta del beneficiario— es exactamente la misma que en el caso de la transferencia entendida en sentido estricto (44).

2. Elementos subjetivos

Las transferencias entre Estados de la Unión Europea a los efectos de la Ley 9/1999, deberán ser realizadas con la intervención de, al menos, dos entidades. Éstas deberán pertenecer a alguna de las siguientes categorías: entidades de crédito o establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito que gestionan transferencias a recibir en el exterior o enviadas desde allí. Será imprescindible que una de ellas bien sea la del ordenante, bien la del beneficiario, esté situada en España.

Por entidad de crédito habrá que entender toda empresa que tenga por actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza (art 2º Ley 9/1999) (45).

(43) ALVARADO HERRERA L. «Introducción al concepto » op. cit p 221 señala que estas operaciones a las que denomina ordenes de abono no deben considerarse como auténticas transferencias justa mente por faltar en ellas el requisito esencial que representa la cuenta de origen.

(44) PERALES VISCASILLAS, M.P. "Transferencias bancanas " op. cit p 8 señala que de trasladar el concepto de transferencia de la Directiva 97/5/CE directamente a nuestro ordenamiento se produciría la subsunción en una sola categoría de lo que conocemos como transferencia giro bancario y orden de abono quedando todas estas figuras reguladas por un mismo instrumento. El legislador español sin embargo como señalamos ha optado por mantener la noción de transferencia en su sentido más restringido.

Para que la transferencia tenga la condición de operación efectuada entre Estados de la Unión Europea no será necesario que las entidades de crédito que intervengan estén domiciliadas en su territorio. Podrán tener el domicilio social fuera de él pero, en tal caso, deberán actuar a través de una sucursal que esté situada en el territorio de cualquier Estado miembro.

Por el hecho de que se requiera la intervención material de dos entidades no se excluye del ámbito de aplicación de la Ley 9/1999 el supuesto de las transferencias entre Estados de la Unión Europea de carácter interno, es decir, de aquellas en las que jurídicamente, la entidad de origen y la de destino son el mismo sujeto. Precisamente, en el artículo 2º de la Ley 9/1999 se señala que, las sucursales de una misma entidad que se encuentren situadas en Estados distintos, se considerarán como entidades distintas.

También alude expresamente la Ley 9/1999 a lo que será un caso frecuente en el ámbito de las transferencias entre cuentas abiertas en entidades situadas en distintos Estados, como es la realización de las transferencias de forma indirecta (46), con la participación de entidades intermediarias (art 2º 3). Por entidades intermediarias habrá que entender toda entidad de crédito que intervenga en la realización de la transferencia, como corresponsal de la entidad del ordenante o de la del destinatario, o de las de ambos. La Ley 9/1999 se refiere, exclusivamente a las entidades intermediarias que se encuentran situadas en territorio español. Sin embargo por la propia definición de transferencia entre Estados de la Unión Europea parece que deberá estar presente, también en territorio español, alguna de las entidades «principales».

Aunque la transferencia es una actividad típica de la operativa bancaria, la Ley 9/1999 contempla también aquellos casos en los que se lleva a cabo con la intervención de entidades distintas de las de crédito (47) En concreto, se refiere a la gestión de transferencias realizadas por los establecimientos abiertos al público para el cambio de moneda extranjera, que han sido regulados por el R D 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito.

Estos establecimientos son cambistas profesionales que con la autorización correspondiente del Banco de España y previa inscripción en el Registro administrativo habilitado al efecto, se dedican a la compra de billetes extranjeros o cheques de viajeros, con pago en pesetas (art 2 1 R D 2660/1998) y que también pueden obtener autorización para ocuparse de la venta de billetes extranjeros o de cheques de viajeros, con pago en pesetas u otros billetes de Banco extranjeros y de la gestión de transferencias con el exterior (art 2. 2 R D 2660/1998) (48) En este último supuesto deberán reunir ciertos requisitos de forma adicionales (art 42R D 2660/1998) tendrán que revestir la forma jurídica de la Sociedad Anónima inscrita en el Registro Mercantil; contar con un capital social mínimo, totalmente desembolsado y representado mediante acciones nominativas, de cincuenta o de trescientos millones de pesetas, en función de si las transferencias en las que pueden intervenir se deban realizar, exclusivamente, en concepto de gastos de estancias en el extranjero y remesas de trabajadores domiciliados en España, o de si pueden realizarse por conceptos distintos; y deben tener asegurada frente a terceros la responsabilidad civil que pudiera derivarse de su actividad. En cualquier caso, deberán contar con la reconocida honorabilidad comercial y profesional de quienes, de alguna forma, participan en el negocio (art. 4.1 R. D. 2660/1998) (49).

(45) Según se deriva de la remisión efectuada al artículo 1 1 del R D Leg 1298/1986 de 28 de jumo sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas con forme a la redacción dada por el artículo 39 3 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(46) Se habla de transferencia directa en los casos en que la operación se realiza entre cuentas abiertas en entidades distintas que mantienen entre si vínculos o cuentas mutuas de corresponsalía Respecto a la reía cion de corresponsalía en vrtud de la cual las entidades se obligan a prestarse reciprocamente una serie de servicios entre los que se inclu yen las transferencias v VÁZQUEZ PENA M J La transferencia bancaria op. cit pp 291 y ss SEQUEIRA MARTÍN A < La transferencia op. cit pp 531 y ss Por el contrario se habla de transferencia indirecta cuando no existiendo esa relación de corresponsalía entre las entidades distintas en las que se hallan las cuentas del ordenante y del beneficiario se recurre a la intervención de una tercera entidad intermediaria o a vanas con las que cada una de ellas respectivamente si mantiene relaciones de cuentas. Cabría también la posibilidad de que las entidades estuviesen asociadas a un sistema privado de comunicacion interbancaria como es el caso de la Society for Worldwide Interbank Financia! Telecommumca tion (SWIFT) Pero aun así seria necesaria la intervención de las entidades corresponsales como ha señalado CHECA MARTÍNEZ M «LasTransferencias de Crédito op. cit p 111.

(47) Se sigue también en este punto la previsión de la Directiva 97/5/CE que en su artículo 2 al definir la transferencia transfronteriza (apartado f) se refiere a la efectuada a través de una entidad y al definir el termino entidad (apartado d) engloba tanto a las entidades de crédito como a cualquier otra persona física o jurídica distinta de ellas que en el marco de sus actividades realice transferencias transfrontenzas No obstante como veremos en el ordenamiento jurídico español se excluye la posibilidad de que estas otras entidades que realizan transferencias entre Esta dos miembros de la Unión Europea sean personas físicas pues obligatoriamente deberán revestir la forma jurídica de sociedad anónima.

(48) En concreto se entiende por gestión de transferencias con el exte- rior conforme al artículo 2.3.b y c del R D 2660/1998 la gestión de la recepción de transferencias recibidas desde el exterior mediante la entrega a sus clientes de billetes españoles o extranjeros (¿giros?) o de cheques de cuenta corriente o mediante transferencias ordenadas desde cuenta de titularidad de los establecimientos de cambio de moneda con destino a cuentas bancarias de sus clientes y la gestión de transferencias enviadas al exterior contra entrega de su importe en efectivo en billetes españoles o extranjeros (¿giros?) o contra abono de su importe en cuentas bancarias titularidad de los establecimientos de cambio de moneda por parte de sus clientes (¿transferencias por caja?).

Ahora bien, independientemente de los procedimientos de comunicación que estos establecimientos utilicen con sus corresponsales en el exterior para la ejecución de las transferencias, se establece la obligación de que tales operaciones sean canalizadas siempre a través de cuentas abiertas en entidades de crédito operantes en España, en las que deberán reflejarse los correspondientes cargos y abonos (artículo 2.4 del R. D. 2660/1998). Por lo que se refiere al sujeto del que parte la iniciativa para la realización de la transferencia, el ordenante, según lo define el artículo 3.º1 de la Ley 9/1999, será toda persona física o jurídica que, en su calidad de usuario de servicios financieros, dé directamente a una entidad una instrucción incondicional, cualquiera que sea su forma, de ejecutar una transferencia entre Estados miembros de la Unión Europea para que los fondos correspondientes sean abonados en una cuenta del beneficiario.

Su calificación de usuario de los servicios financieros y, como consecuencia, el carácter tuitivo de esta Ley 9/1999, aparece reforzado por la exclusión expresa de su ámbito de aplicación de las transferencias ordenadas por entidades de crédito, establecimientos abiertos al público para el cambio de moneda extranjera, empresas de segu ros, instituciones de inversión colectiva y empresas de servicios de inversión (50).

(49) El volumen de actividad de este tipo de establecimientos, cuando no incluyan en su objeto social la realización de transferencias, puede verse considerablemente mermado tras la adopción del euro como moneda única de los países miembros de la Unión Europea. Los requisitos formales y de capital exigidos para la realización de transferencias son, sin embargo, demasiado severos para pensar en esta clase de operaciones como recurso alternativo al cambio de moneda que dejará de realizarse.

De su definición legal no se deduce, de forma clara, que deba tener la condición de cliente de la entidad a la que dirige la orden, como sí ocurre en el caso del beneficiario, respecto de la entidad en la que se han de acreditar los fondos. No nos parece que actuar como usuario de los servicios financieros implique, necesariamente, ser titular de una cuenta en la entidad, con carácter previo a la emisión de la orden de transferencia (51). A pesar de ello, esa relación de clientela se presume en el resto del articulado de la Ley 9/1999, previéndose el abono de indemnizaciones (art. 5) o la restitución de fondos de transferencias no ejecutadas, en cuenta a favor del ordenante (art. 8.4) e, incluso, utilizándose directamente el término cliente (art. 8.5).

El beneficiario, por su parte, será la persona física o jurídica designada por el ordenante como destinatario final de los fondos transferidos. Podrá ser un tercero con el que mantenga cualquier tipo de relación que, en cualquier caso, permanecerá siempre ajena a la transferencia, o podrá ser él mismo (art. 3.3) (52) Para el beneficiario sí se requiere expresamente la condición de cliente respecto de la entidad de destino. Si no es titular de la cuenta en la que se anota el abono de los fondos, al menos, sí deberá tener poder de disposición sobre los mismos (art. 3.2).

IV. OBLIGACIONES MÍNIMAS DE LAS ENTIDADES EN LA REALIZACIÓN DE TRANSFERENCIAS INTRACOMUNITARIAS

La Ley 9/1999 impone a las entidades que intervienen en la realización de transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea una serie de obligaciones para garantizar a los usuarios unos mínimos de celeridad y fiabilidad de la operación. Esas obligaciones se refieren, básicamente, al cumplimiento de los plazos voluntaria o legalmente estipulados (53) y al seguimiento de las instrucciones recibidas del ordenante, fundamentalmente en lo relativo al cargo de los gastos que implique la transferencia.

(50) En definitiva, la Ley 9/1999 parece estar prevista, aunque no se diga expresamente como en el caso de la Directiva 97/5/CE, para los particulares y las pequeñas y medianas empresas. Sobre la asimilación de los pequeños empresarios a los particulares a efectos de su inclusión en la noción legal de consumidor o usuario v. ANDREU MARTÍ, M. A. M., *La protección*, op. cit., pp. 41 y ss.

(51) AURIOLLES MARTÍN, A., «La Directiva Comunitaria», op. cit., p. 14, se refiere a esta cuestión, en relación con los artículos 2.º, 3.º y 8.º de la Directiva 97/5/CE, señalando que, si bien no es necesaria tal condición con carácter previo, sí que se adquirirá en fase de ejecución de la transferencia.

(52) No se excluye en este caso, de forma expresa, la posibilidad de que se trate de uno de los protagonistas «profesionales» del mercado financiero.

Lógicamente de todas esas obligaciones podrán eximirse las entidades en los supuestos de fuerza mayor, entendiendo portales, aquellos en los que el incumplimiento se deba a circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada (54). De la obligación concreta de indemnizar al ordenante por retraso en la acreditación de los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario, prevista en el artículo 5.º y de la de resarcir al beneficiario por retraso en practicar el abono correspondiente en su cuenta, prevista en el artículo 6.º, quedarán exentas, además, cuando puedan demostrar que dichos retrasos son imputables al ordenante o al beneficiario, respectivamente (art. 9 Ley 9/1999).

1. Realización de la transferencia en plazo.

Conforme al artículo 5.º de la Ley 9/1999, la entidad del ordenante debe realizar la transferencia en el plazo que haya acordado con éste. Para el caso de que no se hubiese convenido un plazo, se conceden a la entidad cinco días laborables bancarios (55), contados desde el día siguiente a la fecha de aceptación de la orden de transferencia, para acreditar los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario. Por fecha de aceptación se entiende aquella en la que se reúnen todas las condiciones necesarias para poder ejecutar la orden, es decir, la fecha en la que se han proporcionado todos los datos exigidos por la entidad y en la que existe cobertura financiera suficiente (56).

Salvo que la entidad pueda demostrar que ha solicitado al cliente información o condiciones adicionales se presumirá que esas circunstancias se dan, como muy tarde al día hábil siguiente de haber sido impartida la orden. A partir de entonces la entidad del ordenante cuenta con cinco días —durante los cuales quizá deba producirse la intervención de entidades intermediarias— para que los fondos lleguen a ser acreditados en la entidad del beneficiario. Esta regla deja un margen de actuación a la entidad del ordenante que sin embargo, teniendo en cuenta la CBE (norma cuarta, ap 4, in fine) se verá restringido pues, conforme a ella, la entidad tendría la obligación de cursar la orden, a más tardar, el día hábil siguiente a su recepción.

(53) Como veremos la Ley 9/1999 prevé un máximo de seis días des de que puede ejecutarse la orden de transferencia para que los fondos sean abonados en la cuenta del beneficiario. Entendemos que convencionalmente lo correcto ser a la reducción de dicho plazo.

(54) Esta definición de fuerza mayor es por indicación de la propia Directiva 97/5/CE (Considerando Decimotercero) la misma que figura en el artículo 4 6 b II de la Directiva 90/324/CEE del Consejo de 13 de junio de 1990 relativa a los Viajes Combinados las Vacaciones Combinadas y los Circuitos Combinados. Como señala AURIOLES MARTÍN A.

La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje. Revista de Derecho Mercantil 1992 núm. 206 p 855 dicha definición se inspira en los criterios mantenidos por la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia en sentencias como la de 5 de febrero de 1987 recaída en el asunto Denkavit—Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia 1987 2 pp 565 y ss.

(55) La Disposición Final Primera de la Ley 9/1999 en la labor de desarrollo que encomienda al Ministro de Economía y Hacienda se refiere expresamente al dictado de normas en las que se defina el término día laborable bancario. La CBE 8/1990 en su anexo IV señala que la consideración de los sábados como días hábiles o inhábiles deberá estar en función de la clase de operación de que se trate. Si su formalización hubiese de retrasarse por imperativos ajenos a la entidad será día inhábil. En los restantes casos en que la operación pueda formalizarse en el día será considerado hábil. Respecto a esta cuestión ha tenido ocasión de manifestarse el SRBE v Memoria 1993 p 51 señalando que los días inhábiles deben serlo tanto para realizar abonos como para realizar cargos en las cuentas de sus clientes.

(56) La expresión cobertura financiera suficiente es la misma que utiliza la Directiva 97/5/CE en su artículo 2 / al referirse a uno de los datos de terminantes de la fecha de aceptación. Lo que se precisa en definitiva es que el ordenante realice la correspondiente provisión de fondos a la entidad que va a ejecutar la orden. Tal provisión puede proceder de los fondos con que este contase o bien del adelanto que le ofrezca la entidad. En este segundo caso es cuando parece más correcto hablar de cobertura financiera. Al respecto v AURIOLES MARTÍN A. <La Directiva Comunitaria...> op. cit., p. 16.

(57) Esta es la forma en la que se ha concretado en nuestro ordenamiento el tipo de interés de referencia al que alude la Directiva 97/5/CE en su artículo 2k y que entendemos deberá aplicarse sobre el importe a transferir sin deducción de los gastos correspondientes.

En el supuesto de cumplimiento tardío de esta obligación, por no haberse respetado los plazos mencionados el ordenante deberá ser indemnizado por su entidad —aunque no sea la responsable directa del retraso— en los términos expresados en el apartado segundo del mismo artículo 5°. La cantidad a abonar como indemnización será el interés legal del dinero multiplicado por 1,25 (57), calculado sobre el importe de la transferencia y aplicado al período de tiempo transcurrido entre el término del plazo convenido o, en su defecto, el legalmente señalado para la acreditación de los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario y la fecha en que efectivamente se produzca dicha acreditación.

La misma indemnización e, independientemente de la anterior, deberá cualquier entidad intermediaria a la entidad del ordenante cuando el retraso en la ejecución de la transferencia entre Estados de la Unión Europea le sea imputable a ella.

Estas indemnizaciones no excluyen cualquier otra que por daños y perjuicios pudiera reclamar un cliente a su entidad, ni tampoco los derechos que pudieran corresponder a la propia entidad.

La entidad del beneficiario, conforme al artículo 6° de la Ley 9/1999, tiene también obligación de poner a disposición de su cliente los fondos resultantes de la transferencia dentro del plazo que hubiera convenido con él. Para el caso de que no se haya acordado plazo, se prevé igualmente una regla supletoria. La puesta a disposición deberá realizarse, a más tardar, el día laborable bancario siguiente a la acreditación de los fondos en la cuenta de la entidad. Esta fecha coincide con la que la CBE 8/1990 establece para la valoración del abono en la cuenta del beneficiario (norma cuarta, ap 2, in fine). El retraso en el cumplimiento de esta obligación trae consigo para ella el deber de indemnizar a su cliente. La indemnización consistirá en el abono del interés legal del dinero multiplicado por 1,25 calculado sobre el importe de la transferencia y aplicado al período transcurrido entre el término del plazo convenido para la puesta a disposición de los fondos o, en su defecto, el legalmente señalado y la fecha en que efectivamente se realice el abono en la cuenta del beneficiario.

También en este caso se señala el carácter no excluyente de esta indemnización respecto a la que, por daños y perjuicios, pudiera reclamar el cliente a su entidad o respecto a los derechos que pudieran corresponder a ésta.

2. Realización de la transferencia conforme a las instrucciones del ordenante.

Una vez aceptada la orden de transferencia, la entidad del ordenante deberá ejecutarla por su importe total (transferencia our), a no ser que el ordenante hubiese dispuesto que los gastos inherentes a ella debían correr, total (transferencia ben) o parcialmente (transferencia share), por cuenta del beneficiario (58). En este último caso la entidad del ordenante deberá comunicar tal circunstancia al resto de entidades intervinientes en la operación. La misma obligación incumbe a la entidad del beneficiario y a las intermediarias situadas en España, salvo que hubiesen recibido las comunicaciones mencionadas (art 7 Ley 9/1999).

(58) En relación con la clasificación de las transferencias intracomunitarias en función de la asignación de gastos que disponga el ordenante se presupone como en el caso de la Directiva 97/5/CE el carácter our de las mismas. En este sentido v AURIOLLES MARTÍN A «La Directiva Comunitaria...» op. cit., p. 17.

Es importante señalar que, el hecho de que los gastos de la transferencia entre Estados miembros de la Unión Europea los asuma el ordenante, no excluye que la entidad del beneficiario, conforme a la práctica que sea habitual, pueda facturar a su cliente los gastos relativos a la gestión de su cuenta. Pero, como bien señala la Ley 9/1999 (art 7 1 m fine), no puede la entidad del beneficiario aprovechar esa facturación para incumplir su obligación de abonar en la cuenta de su cliente, en concepto de la transferencia recibida, el importe total de los fondos enviados por la entidad del ordenante o, en su caso por la intermediaria, circunstancia que, en muchos casos, es la causa del mayor coste de estas operaciones cuando tienen carácter transfronterizo.

Si la entidad del ordenante incumple esta obligación deduciendo indebidamente algún gasto de la suma a transferir, estará obligada, a petición del ordenante, a asumir los costes de una nueva transferencia a favor del beneficiario por el importe indebidamente deducido, o bien, a abonar dicho importe al ordenante. Si es una entidad intermediaria situada en España la que incumple esta obligación, le corresponderá a ella transferir a su costa lo indebidamente deducido, a favor de la entidad del ordenante o, a solicitud de ésta, a favor del beneficiario. Si la entidad de este último es la que no siguió las instrucciones recibidas, será ésta la que, a su costa, deba abonar al beneficiario el importe de la transferencia que no debió deducir.

Todas estas previsiones se establecen en la Ley 9/1999, de nuevo, sin perjuicio de las indemnizaciones que, por daños y perjuicios, pudieran corresponder al cliente y sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder a las entidades participantes en la operación.

3. Reembolso en caso de no ejecución

Por último, se dedica el artículo 8 ° de la Ley 9/1999 a los supuestos en los que el incumplimiento de las entidades intervinientes conlleva la no ejecución de la orden de transferencia. En primer lugar, se refiere a la posibilidad de que, después de que la orden de transferencia haya sido aceptada por la entidad del ordenante, los fondos correspondientes no sean acreditados en la cuenta de la entidad del beneficiario (art 8 1). Ante una situación como ésta, el ordenante, transcurrido el plazo de acreditación convencional o legalmente establecido (cinco días), puede solicitar de su entidad que le reembolse el importe de la transferencia, el interés legal del dinero multiplicado por 1,25, calculado sobre el importe de la transferencia y aplicado al periodo transcurrido entre la fecha de la orden de transferencia y la fecha del crédito y los gastos relativos a la transferencia ordenada que hubiese satisfecho.

La entidad tendrá obligación de poner estos importes a disposición del ordenante, hasta el límite máximo de 12 500 euros (59) y en el plazo de catorce días laborables bancarios siguientes a la fecha en que el ordenante haya presentado su solicitud, a no ser que, en esos días se realice el abono correspondiente en la cuenta de la entidad del beneficiario. En tal caso, entendemos que corresponderá al ordenante sólo la indemnización por retraso en la acreditación de los fondos prevista en el artículo 5 °.

Paralelamente, no se prevé el supuesto de que la transferencia no se ultime debido a que la entidad del beneficiario no llegue a poner a disposición de su cliente los fondos que ha recibido para el. No consideramos que pueda subsumirse siempre esta hipótesis en la del retraso, pues podría darse el caso de que, tras la reclamación del cliente por no haberle sido abonados los fondos, la puesta a disposición extemporánea por parte de la entidad del beneficiario, resultase inútil a éste o al propio ordenante.

Si la causa de que la transferencia no sea ultimada radica en algún error u omisión en las instrucciones dadas por el ordenante a su entidad o en la falta de ejecución por parte de una entidad intermediaria expresamente elegida por el ordenante (art 8 4), la entidad de éste y cualquier otra que interviniese como intermediaria, sólo tendrán obligación de procurar, en la medida de lo posible, que se efectúe el reembolso del importe de la transferencia Si lo recupera la entidad del ordenante, estará obligada a acreditarlo a éste pero no sólo no tendrá que reembolsarle los gastos e intereses correspondientes, sino que, además, podrá deducirle los gastos ocasionados por dicha recuperación.

(59) También se prevé la posible modificación de esta cantidad máxi- ma en la Disposición Final Primera de la Ley 9/1999

En el caso de que la transferencia, debiendo ser abonada en España no llegara a ultimarse a causa de la falta de ejecución por parte de una entidad intermediaria elegida por la entidad del beneficiario (art 8 3), será esta última la que, en el plazo de catorce días laborables bancarios desde que se lo solicite su cliente deberá poner a su disposición fondos por un importe máximo de 12 500 euros. Lógicamente, el beneficiario no podrá formular la solicitud hasta que no haya transcurrido el plazo en el que la transferencia le debía haber sido abonada en su cuenta.

En cualquier caso la Ley 9/1999 impone la obligación de efectuar el reembolso del importe de la transferencia, más los intereses y los gastos señalados a todas las entidades intermediarias situadas en España que hubieran aceptado participar en la operación y hubiesen recibido los fondos correspondientes (art 8 2). El reembolso, con cuyo coste deberán correr, tendrán que realizarlo a favor de la entidad del ordenante o de la que según el caso, les hubiese impartido las instrucciones, previa solicitud de ésta. Si hubiesen transferido los fondos a la entidad del beneficiario o a otra entidad intermediaria que les hubiese sido indicada tendrán que reclamar a éstas tales fondos para poder efectuar el reintegro.

Como en el supuesto anterior, también la responsabilidad de las entidades intermediarias se aligera cuando la transferencia no llega a ultimarse a causa de algún error u omisión en las instrucciones que hubiesen recibido En estos casos únicamente tendrán que procurar que, en la medida de lo posible, se efectúe el reembolso del importe de la transferencia.

Además del reembolso, ordenante y beneficiario podrán reclamar las indemnizaciones por daños y perjuicio que entendieren corresponderle. En concreto, se hace referencia a la posibilidad de reclamar el resto del importe de la transferencia no cubierto con la cantidad de los 12 500 euros (art 8 5). Tampoco se excluye, por supuesto la posibilidad de que las entidades puedan ejercitar otros derechos que les correspondiesen.

V. TRANSPARENCIA INFORMATIVA DE LAS TRANSFERENCIAS INTRACOMUNITARIAS

Las normas de transparencia de la contratación bancaria tienen como finalidad asegurar el correcto funcionamiento del mercado financiero, dotando a éste de elementos que favorecen la libre competencia entre quienes forman parte de él Pero, indirectamente, producen también el efecto de proteger los intereses de los usuarios de los servicios que se ofrecen en dicho sector del mercado (60).

De la Ley 9/1999 tampoco puede predicarse abiertamente el carácter de norma proteccionista, aunque, también de forma indirecta puede llegar a tener ese efecto De hecho, como ya se ha señalado, regula transferencias intracomunitarias de escasa cuantía que normalmente serán realizadas por particulares o pequeños y medianos empresarios establece el conjunto de las obligaciones mínimas de las entidades respecto a sus clientes y, además, se preocupa por la transparencia en la realización de la transferencia.

En concreto pendiente de mayor concreción por parte del Ministro de Economía y Hacienda, en el artículo 4 ° de la Ley 9/1999 se recoge la regla básica sobre la transparencia que debe presidir la realización de las operaciones de transferencia entre Estados miembros de la Unión Europea Esa regla implica que los usuarios puedan conocer con claridad antes de ordenar la operación, en qué condiciones (plazos, costes) le ofrece la entidad la realización de la transferencia Asimismo supone que una vez ejecutada o recibida la transferencia, los usuarios tengan la posibilidad de saber en que condiciones ha sido efectivamente realizada y cual ha sido el resultado de la misma (61) Para ello, se prevé la puesta a su disposición por parte de la entidad de información relativa a las circunstancias mencionadas, en términos fácilmente comprensibles

En las normas sobre transparencia recogidas en la Directiva (arts. 3 y 4), que sirven de referencia para lo que supondrá el posterior desarrollo de la Ley, se concretan los puntos sobre los que se deberá aportar la información y la forma en que podrá ofrecerse (por escrito o en su caso por vía electrónica), diferenciándose también entre los momentos previo y posterior a la realización de la transferencia. Algunos de ellos tienen ya concreción en nuestro ordenamiento, en la CBE 8/1990

(60) Como ha señalado ANDREU MARTÍ M a M La protección op. cit., p 112 las normas sobre transparencia son cada vez mas normas destinadas a la protección de la clientela bancaria hasta el punto de que in cluso permitirían en ciertos casos la identificación de esta con la noción legal de consumidores o usuarios.

(61) Utilizamos expresamente el termino usuario en lugar del de cliente que es el que en este caso concreto se emplea en la Ley 9/1999 por que como hemos señalado no nos parece que sea imprescindible la previa relación de clientela.

Por lo que se refiere a la fase previa, la normativa comunitaria señala que las entidades deberán facilitar información, al menos, sobre los siguientes extremos de la operación de transferencia.

a) Plazo necesario para que los fondos que se ordenen transferir sean acreditados en la cuenta de la entidad del beneficiario, indicando claramente el dies a quo correspondiente La CBE 8/1990 no se refiere al plazo de acreditación, sino a aquél en que se debe cursar la orden recibida Este plazo concluirá el día hábil siguiente a la recepción de la orden —dies a quo— (norma cuarta ap 4, m fine).

b) Plazo necesario para que los fondos acredita dos en la cuenta de la entidad, al recibir una transferencia, sean abonados en la cuenta del beneficiario. La CBE 8/1990 no concreta este plazo, aun que sí se refiere a la fecha de valoración del abono en la cuenta del beneficiario (norma cuarta, ap 2, m fine) De todas formas, establece el deber general al margen de la aplicación puntual de las normas de valoración de aplicar la máxima diligencia en facilitar la disponibilidad de fondos al cliente, poniendo todos los medios necesarios para abonar su cuenta sin demora ni retraso (norma cuarta, ap 4).

c) Modalidades de cálculo de todos los costes que deberá pagar el cliente a la entidad, incluidos, en su caso, los porcentajes Respecto a la información sobre los costes de la operación la CBE 8/1990 establece que las tarifas que las entidades libremente establezcan deberán recogerse en un folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela (norma tercera, ap 4) cuya existencia y disponibilidad se hará constar en el tablón de anuncios de la entidad de forma que invite a su consulta (norma quinta, ap 1 c)

d) Fecha valor aplicada por la entidad, en su caso Al respecto, la CBE 8/1990 señala que el cargo que origina la transferencia debe valorarse con la fecha del día de la orden Si la transferencia se ordena por correo, se entenderá por fecha de la orden la de recepción en la entidad (norma cuarta, anexo IV) Por su parte, el abono en la cuenta del cliente habiéndose recibido la transferencia desde una entidad situada en el extranjero o, desde una sucursal de la entidad del beneficiario en el extranjero se valorará no más tarde del día hábil siguiente a la fecha en que el importe de la operación haya sido, a su vez, abonado en la entidad del beneficiario (norma cuarta, ap. 2, in fine).

e) Tipos de cambio de referencia utilizados. Recientemente se ha incorporado a la CBE 8/1990, la norma primera bis relativa a la publicación de los tipos de cambio de determinadas operaciones. En concreto, impone a las entidades de crédito el deber de publicar los tipos de conversión de las monedas integradas en el euro que aplicarán, como únicos, a cualquier operación entre esas monedas (norma primera bis, ap. 3).

f) Vías de reclamación y recursos a disposición del cliente para solventar las posibles discrepancias con la entidad y modalidades de acceso a las mismas. Lógicamente, los clientes podrán plantear sus quejas ante el SRBE, cumpliendo con el trámite previo de presentar la reclamación ante el Defensor del Cliente en la entidad de que se trate (Capítulo II CBE 8/1990).

Con posterioridad a la ejecución o a la recepción de la transferencia, la entidad deberá poner a disposición del cliente, como mínimo y, salvo que éste renuncie expresamente a ello, la siguiente información: los datos que permitan identificar la transferencia, su importe inicial, el importe de todos los gastos y comisiones a cargo del cliente, la fecha valor aplicada por la entidad y el tipo de cambio empleado, en su caso. En este caso, es la OM de 12 de diciembre de 1989 la que prevé que, en cada liquidación que la entidad practique por la realización de una transferencia, deba entregar al cliente un documento en el que se expresen con claridad las comisiones y gastos aplicados, así como cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda calcular el coste efectivo de la operación (número Octavo).

Mientras no se produzca la transposición completa de la norma comunitaria, esta detallada exposición que contiene la Directiva 97/5/CE y los criterios previstos en nuestra normativa interna sobre transparencia de las operaciones bancarias deben tenerse presentes al valorar la suficiencia de la información prestada por las entidades a los usuarios en caso de surgir alguna discrepancia entre ellos.

Por último, además de la regla básica sobre la información, la ley española incluye entre las normas de transparencia, la primera de las obligaciones mínimas que la Directiva impone a las entidades en materia de transferencias transfronterizas. Nos referimos al deber de comprometerse respecto al plazo de ejecución y a los costes de la operación cuando, por las características de la transferencia, lo solicite el cliente (62).

(62) La Directiva 97/5/CE impone esta misma obligación a las entidades excepto cuando no deseen entablar relaciones con un cliente (art 5) A pesar de la utilización del término «cliente», esta afirmación nos vuelve a situar ante la posibilidad de que entre el sujeto que se dirige a una entidad para ordenar la transferencia y dicha entidad, no exista una previa relación de clientela (transferencias por caja), pues, de lo contrario, existiendo fondos en la cuenta del ordenante, la entidad debe ejecutar siempre la orden que recibe.

Colaboradores

MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ
Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Málaga. Actualmente es profesora Ayudante en el área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado Especial de la Universidad de Málaga.

MANUEL CUADRADO GARCÍA
Es Profesor Ayudante de Comercialización e Investigación de Mercados en el departamento de Dirección de Empresas Juan José Renau Piqueras de la Universidad de Valencia.

ALEJANDRO MOLLÁ DESCALS
Es Catedrático de Comercialización e Investigación de Mercados en el Departamento de Economía y Empresa de la Universidad de Castilla-La Mancha.

SUSANA NAVAS NAVARRO
Es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, donde actualmente ejerce la docencia como Profesora Titular de Derecho civil.

ICIAR CORDERO CUTILLAS
Es Doctora en Derecho por la Universidad Jaime I de Castellón, de la que es Profesora de Derecho Civil.