

149
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

HACIA UNA REGLAMENTACION
UNIFORME DE LA TRANSFERENCIA
INTERNACIONAL DE CREDITO



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

PAULO DIEZ GARGARI

México, D.F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**Al Buen Dios,
con temor y temblor.**

**A Jorge Díez González Cossío,
hombre de singular talento
y buen poeta.**

**A Paola, Paulo y Fernanda,
por quienes vivo y muero.**

**"Lo que fue, eso será;
lo que se hizo, eso se hará.
Nada nuevo hay bajo el sol."**

Ecleciastés 1,9.

PRÓLOGO

"Y decimos, porque la realidad es mayor, cosas indiferentes."

Jorge Luis Borges

El título de este ensayo, "*Hacia una reglamentación uniforme de la transferencia internacional de crédito*," es el último vestigio de un sueño no cumplido de su autor.

El plan original de la obra incluía un capítulo preliminar sobre el concepto, la naturaleza jurídica y la estructura básica de las transferencias de crédito. Otro más sobre la muy escasa y no siempre atinada reglamentación de tales transferencias en distintos países, entre ellos el nuestro, por supuesto, y muy particularmente los Estados Unidos de América, que es actualmente el único Estado que cuenta con un ordenamiento jurídico que regula en forma integral los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia de crédito. Un capítulo más debía tratar sobre la necesidad de reglamentar de manera uniforme el fenómeno de la transferencia de crédito, en vista de su vocación siempre interestatal o internacional, así como sobre los intentos unificadores de diversos organismos regionales e internacionales en esta materia. La obra así soñada debía concluir con el estudio de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre transferencias internacionales de crédito, que sería el tema principal alrededor del cual girarían, como satélites, los otros temas antes mencionados.

Mis limitaciones personales y el tiempo, fundamentalmente, me obligaron a restringir los alcances de este sueño malogrado, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Finalmente, mi torpe y estéril pensamiento jurídico no pudo sino urdir algunas líneas, cuyo mérito desconozco, sobre lo que debió ser sólo un capítulo del proyecto inicial, a saber: el estudio de la Ley Modelo antes mencionada.

Desoyendo el sabio y desinteresado consejo de personas con mayor experiencia y conocimientos jurídicos, que en repetidas ocasiones me sugirieron no abordar el estudio de este documento de una manera integral, sino dedicar mis esfuerzos a tratar con mucha mayor profundidad el estudio de un tema específico, decidí simplemente hacer un planteamiento general del asunto, con el propósito

fundamental de divulgar en México el contenido de la Ley Modelo y de hacer ver la necesidad que existe a nivel mundial de una reglamentación adecuada en esta materia.

Reconozco, pues, que más de algún tema no habrá sido estudiado con el cuidado y el rigor que merecía.

No deja de sorprender el escaso interés mostrado por la doctrina jurídica, tanto nacional como extranjera, por analizar con el detenimiento debido el régimen jurídico de la transferencia de crédito, que constituye hoy en día el medio de pago de obligaciones dinerarias más importante.¹ Ello me obligó a utilizar en la investigación, fundamentalmente, el método exegético. La adopción de este método permite, es cierto, una mayor libertad en la interpretación; sin embargo, es necesario reconocerlo, el margen de error en dicha interpretación es mucho mayor, toda vez que no existe un marco de referencia doctrinal contra el cual poder comparar las conclusiones alcanzadas.

El estudio realizado no se agota en el mero análisis del texto de la Ley Modelo sino que, cuando me fue posible y lo creí conveniente, se hizo extensivo a las disposiciones relativas de la legislación norteamericana (el Artículo 4A del Código de Comercio Uniforme), los Lineamientos de la Cámara de Comercio Internacional sobre transferencias internacionales interbancarias de fondos y compensación y la Circular 2022/95 emitida el 21 de noviembre de 1995 por el Banco de México.

En más de una ocasión, debí hacer referencia a la teoría general de las obligaciones y al derecho cambiario nacional, principalmente para resaltar la insuficiencia de sus soluciones en relación con el tema que nos ocupa.

A pesar de que la extensión lógica de este trabajo no corresponde a la extensión lógica de su título, decidí no modificar este último, de tal manera que quedara constancia cabal de mi vano pero sincero empeño de realizar un estudio exhaustivo del tema, aunque con ello no haya hecho otra cosa sino dejar constancia de mis múltiples y notorias limitaciones. Además, pensé que de esa manera podría conservar vivo el recuerdo de lo que fue mi promesa original, asumiendo el compromiso de cumplirla a la mayor brevedad y en la primera oportunidad que tuviere.

Antes de poner fin a este prólogo, deseo manifestar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que me brindaron su consejo y apoyo para la realización de este estudio, muy especialmente al maestro Víctor Carlos García Moreno y al maestro José María Abascal Zamora.

¹ Solamente en los Estados Unidos de América, el monto promedio de los recursos transferidos cada día a través de los dos sistemas de transferencias de fondos en operación en dicho país, supera los 2 trillones de dólares.

Si este trabajo puede servir a otro, aunque sea solamente para no transitar por los equivocados senderos recorridos por quien esto escribe, su autor habrá recibido justa recompensa.

Más probable, sin embargo, es que el destino inmediato de estas torpes reflexiones sea el implacable olvido, en cuyo caso habré de asumir personalmente las palabras tristemente hermosas de un poeta mayor de nuestros días: "poeta menor, la meta es el olvido y tú has llegado primero."

PAULO DIEZ GARGARI

Ciudad Universitaria, abril de 1996.

CAPÍTULO I

**LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE
TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO**

A. Introducción a la Ley Modelo

1. Origen

La Ley Modelo fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "Comisión"),² en su vigésimo quinto período de sesiones, celebrado en la ciudad de Nueva York del 4 al 22 de mayo de 1992.

En dicho período de sesiones,³ estuvieron representados los siguientes Estados, miembros de la Comisión: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bulgaria, Camerún, Canadá, Costa Rica, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán, Italia, Japón, Kenia, Marruecos, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Unida de Tanzania, Singapur, Sudán, Tailandia, Uganda y Uruguay.

Además asistieron, en calidad de observadores, representantes de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Belarús, Brasil, Colombia, Costa de Marfil, Cuba, Chipre, Filipinas, Finlandia, Gabón, Ghana, Haití, Indonesia, Islas Marshall, Libia, Letonia, Malta, Namibia, Holanda, Pakistán, Paraguay, Perú, República de Corea, Rumania, Vaticano, Senegal, Suecia, Suiza, Swazilandia, Túnez, Turquía, Venezuela y Vietnam.

Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Fondo Monetario Internacional, Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, Comunidad Europea, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Federación Bancaria Europea, Asociación Interamericana de Colegios de Abogados, Cámara de Comercio Internacional y Comité Marítimo Internacional.

La Comisión fue presidida por el Lic. José María Abascal Zamora, representante de México ante la Comisión.

El trabajo de la Comisión en relación con las transferencias de fondos, sin embargo, se remonta hasta el año de 1972, en el que por primera vez se hizo notar que el reciente desarrollo de los medios electrónicos de pago estaba

² La Comisión es comúnmente conocida como UNCITRAL (por sus siglas en inglés) o CNUDMI (por sus siglas en español); sin embargo, en este trabajo nos referiremos a ella simplemente como la "Comisión".

³ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo quinto período de sesiones, Nueva York, 1992, Suplemento No. 17 (A/47/17).

provocando cambios significativos en las prácticas bancarias internacionales y se sugirió que la Comisión se ocupara de estos temas.⁴

Felsenfeld⁵ señala que los orígenes del esfuerzo internacional para legislar en esta materia son difíciles de precisar y que dicho esfuerzo bien pudo empezar en 1972, cuando se expresó en la Comisión la conveniencia de ocuparse de estos asuntos o en 1977, con un Simposio sobre Pagos Internacionales celebrado en la ciudad de Washington, D.C.

En el año de 1978 (año en que se promulga en los Estados Unidos de América la Ley sobre Transferencias Electrónicas de Fondos), la Secretaría sometió a la consideración de la Comisión una nota que trataba de algunas cuestiones jurídicas relacionadas con las transferencias electrónicas de fondos, en la que, además, sugería que el tema fuera incluido dentro del programa de trabajo de la Comisión. Idéntica sugerencia hizo a la Comisión la delegación de los Estados Unidos de América. La sugerencia fue aceptada por la Comisión, aunque, según Bergsten, no se dió al tema ninguna prioridad.⁶

En el año de 1979, la Secretaría y el Grupo de Trabajo sobre Títulos de Crédito Internacionales enviaron a los bancos centrales y a algunas otras organizaciones, un cuestionario cuyo objeto era tratar de obtener información sobre los sistemas de transferencias de fondos y de determinar los principios legales básicos que los regulaban. Bergsten hace notar que, como medio de obtener la información deseada, el cuestionario fue un fracaso.⁷

Sin embargo, este aparente fracaso dejó en claro el profundo desconocimiento imperante en todo el mundo en relación con los aspectos jurídicos de las transferencias de fondos.

En su décimo quinto período de sesiones, celebrado en 1982, la Comisión pidió a la Secretaría que iniciara la elaboración de una Guía Jurídica sobre transferencias electrónicas de fondos.⁸

"El objeto de la Guía Jurídica era identificar las cuestiones legales, describir los diferentes puntos de vista, señalando las ventajas y desventajas de cada uno y sugiriendo soluciones alternativas."⁹

⁴ Official Records of the General Assembly, Twenty Seventh Session, Supplement No. 17 (A/8717).

⁵ Felsenfeld, Carl, *Strange bedfellows for electronic funds transfers: proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL Model Law*, Alabama Law Review, 1991, Vol. 42:2:723, p. 729.

⁶ Bergsten, Eric, *A payments law for the world: UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers*, en *Payment Systems of the World*, Edited by Robert C. Effros, Oceana Publications, Inc., New York, London, Rome, p. 411

⁷ Bergsten, op. cit., p. 412.

⁸ UNCITRAL, *The United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations Publications, Sales No. E.86.V.6, p.43.

⁹ Bergsten, op. cit., p. 412.

La Comisión autorizó la publicación de la Guía Jurídica en el año de 1986, durante su décimo noveno período de sesiones.

En ese mismo año, la Comisión decidió iniciar el proceso de elaboración de unas Reglas Modelo sobre transferencias electrónicas de fondos, tarea que fue encomendada al Grupo de Trabajo sobre Títulos de Crédito Internacionales, que a partir de entonces fue identificado como Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales (el "Grupo de Trabajo").

La Comisión inició la preparación de las Reglas Modelo con el propósito de reducir los conflictos entre las distintas reglas legales aplicables a las transferencias internacionales de crédito.¹⁰ En realidad, pienso que el propósito principal de la Comisión fue el colmar un vacío legal a nivel mundial (en ese entonces el vacío existía aún en los Estados Unidos de América), más que tratar de reducir posibles conflictos entre ordenamientos jurídicos inexistentes. Evidentemente, al colmar este vacío legal por medio de un texto uniforme que podría ser adoptado por los distintos Estados, el objetivo principal de la Comisión también se alcanzaría, a través de la unificación del tratamiento que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales dieran a las transferencias de fondos.

El Grupo de Trabajo se reunió por primera vez para considerar este tema en la ciudad de Viena del 2 al 13 de noviembre de 1987 y sostuvo un total de 7 reuniones, la última de las cuales se llevó a cabo en 1990, cuando el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de Ley Modelo, que sería presentado a la Comisión para su consideración final. El primer período de sesiones del Grupo de Trabajo en relación con este tema, corresponde en realidad el décimo sexto período de sesiones de dicho Grupo de Trabajo, según el orden seguido por la Comisión. Sin embargo, para efectos de este trabajo, tomaremos ese décimo sexto período de sesiones como el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Posteriormente, la Comisión dedicaría dos períodos de sesiones (el vigésimo cuarto y vigésimo quinto en el orden de la Comisión; el primero y segundo para efectos de este trabajo), a analizar el proyecto elaborado por el Grupo de Trabajo, aprobando el texto definitivo de la Ley Modelo el 15 de mayo de 1992.

En la resolución de la Comisión que aprobó el texto de la Ley Modelo,¹¹ la Comisión pidió al Secretario General de las Naciones Unidas que transmitiera el texto de la Ley Modelo a los gobiernos de los distintos Estados, así como a otras organizaciones interesadas y recomendó a todos los Estados que dieran la

¹⁰Electronic Funds Transfers: Note by the Secretariat (A/CN.9/WG.IV/WP.35). UNCITRAL Yearbook 1988, p. 36

¹¹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo quinto período de sesiones, Nueva York, 1992, Suplemento No. 17 (A/47/17), p.22

debida consideración a dicha Ley "cuando sancionen o reformen sus leyes" (recomendación que el Banco de México parece haber ignorado hasta la fecha), "habida cuenta de la necesidad contemporánea de uniformar el derecho aplicable a las transferencias internacionales de crédito".

2. Descripción general de su contenido

La Ley Modelo comprende un total de 19 artículos y 3 notas al pie de página, relativas una al conflicto de leyes, otra a las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores y la última a los efectos que sobre el cumplimiento de la obligación subyacente tiene la aceptación de una orden de pago por parte del banco del beneficiario.

Huelga decir que la inclusión de estas notas al pie de página constituye una solución poco técnica y menos elegante a determinados problemas, respecto de los cuales no se logró en la Comisión un consenso importante como para regularlos, como pareciera indicar la buena técnica jurídica, en el articulado de la Ley Modelo.

Estas notas al pie de página constituyen meras sugerencias (como si todo el texto de la Ley Modelo no fuera, a final de cuentas, algo más que una mera sugerencia) o llamadas de atención a las legislaturas de aquellos Estados que deseen adoptar la Ley Modelo como su ley nacional. En nuestra opinión, no debieron incorporarse como notas al texto de la Ley. En todo caso, hubiera sido más propio iniciar el texto de la Ley Modelo con un preámbulo en el que se hicieran éste y otro tipo de sugerencias y advertencias a los destinatarios de la Ley Modelo. En síntesis, esta solución de la Comisión nos parece del todo inapropiada.

El articulado de la Ley Modelo se divide en cuatro capítulos.

El capítulo primero, "Disposiciones generales", comprende los primeros cuatro artículos de la Ley Modelo, en los que se establece el ámbito de aplicación de este ordenamiento legal, se definen los términos más importantes y se establece la posibilidad de que las partes modifiquen sus disposiciones libremente, mediante acuerdo, excepto en los casos en que la propia Ley Modelo disponga lo contrario.

Cabe mencionar que las notas al pie de página relativas al conflicto de leyes y la protección de los consumidores, quedan incluidas dentro de este capítulo.

El capítulo segundo, "Obligaciones de las partes", es el capítulo más extenso de la Ley Modelo¹² y comprende los artículos 5 a 12. Este es, sin duda, un capítulo de suma importancia dentro de la Ley Modelo, pues como bien apunta Abascal Zamora,¹³ la materia principal de la Ley Modelo son precisamente los derechos y obligaciones de las partes en las órdenes de pago, así como -agregaríamos nosotros- la responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

En este capítulo se establecen las obligaciones del expedidor, de los bancos receptores que no sean el banco del beneficiario y del propio banco del beneficiario. Se establecen, asimismo, la forma en que el expedidor debe pagar el importe de la orden de pago a su banco receptor; la forma en que un banco receptor y el banco del beneficiario deben aceptar o rechazar una orden de pago, así como la forma y plazos en que las órdenes de pago podrán ser revocadas.

El capítulo tercero, "Consecuencias de las transferencias de crédito fallidas, erróneas o tardías", comprende los artículos 13 a 18 y establece el deber de asistencia que tiene todo banco receptor frente al iniciador y frente a cada banco intermediario subsecuente en la transferencia de crédito (el deber del "buen samaritano", según la expresión afortunada de Patrikis, Baxter y Bhalal),¹⁴ así como el deber de reembolso (una de las disposiciones más importantes de la Ley Modelo, junto con la relativa a la responsabilidad de los bancos receptores) que tiene el banco del iniciador frente al iniciador, en caso de que la transferencia de crédito no se hubiere completado.

En este capítulo se regulan también la obligación de todo banco receptor que hubiere emitido una orden de pago por un monto menor al de la orden de pago recibida, consistente en emitir una nueva orden de pago por la diferencia.

Se establece el derecho de cualquier banco receptor que hubiere emitido una orden de pago por un importe superior al importe de la orden de pago recibida, para recuperar la diferencia directamente del beneficiario.

La disposición relativa a la responsabilidad de los bancos en una transferencia que, como señalamos anteriormente, es una de las disposiciones más importantes de la Ley Modelo, también queda incluida en este capítulo.

¹² Lojendio Osborne, *La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito*, Revista de Derecho Mercantil, Número 207, Enero-Marzo 1993, Madrid, p. 104, señala que la "Ley Modelo dedica su capítulo más extenso a regular las obligaciones de las partes."

¹³ Abascal Zamora, José María, *Breve resumen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito*, p. 1. (Inédito).

¹⁴ Patrikis, Ernest, Baxter and Bhalal, *Wire transfers. A guide to U.S. and international laws governing funds transfers*, Bankers Publishing Company, Probus Publishing Company, Chicago, Illinois, Cambridge, England, 1993, p. 298.

Finalmente, se establece el principio de la exclusividad de las acciones previstas en la Ley Modelo.

El capítulo cuarto, "Conclusión de la transferencia de crédito", establece el momento en que se completa la transferencia y las consecuencias que se derivan de este hecho. Trata también de las consecuencias en relación con la obligación subyacente, aunque esto último, como ya vimos, lo hace en una nota al pie de página.

3. Participación de México

Cabe resaltar el importante papel que en la elaboración de la Ley Modelo tuvo la delegación mexicana ante la Comisión, representada por el Lic. José María Abascal Zamora, quien presidió todos los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y, finalmente, el período de sesiones de la Comisión en la que el texto de la Ley Modelo fue aprobado.

No es en modo alguno una sorpresa el que nuestro país tenga una participación destacada en las labores de la Comisión tendientes a armonizar y unificar el derecho internacional.

En este sentido, debe recordarse que el Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en una conferencia diplomática internacional celebrada en la ciudad de Viena, del 10 de marzo al 11 de abril de 1980, en vigor en nuestro país desde el 1° de enero de 1989, fue presidido por el maestro Jorge Barrera Graf.

Asimismo, cabe recordar que el maestro Roberto Mantilla Molina, quien encabezaba la delegación mexicana ante la Conferencia mencionada en el párrafo anterior, presidió la Segunda Comisión de la llamada Conferencia de Viena.¹⁵

¹⁵ Adame Goddard, Jorge, *Estudios sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 14.

B. La Ley Modelo en el Derecho Mexicano

1. La transferencia de crédito como acto de comercio

a) Las transferencias de crédito realizadas por bancos

Si, como veremos más adelante, las órdenes de pago que integran una transferencia de crédito regida por la Ley Modelo sólo pueden ser "ejecutadas"¹⁶ por bancos¹⁷ o por aquellas otras entidades que en el curso normal de sus negocios ejecutan órdenes de pago, entonces la transferencia de crédito puede válidamente considerarse, a la luz del derecho mexicano, como un acto de comercio. Particularmente, podría considerarse como un acto en serie o en masa celebrado por empresas, a saber: las instituciones de crédito y aquellas otras empresas que, en el curso ordinario de sus negocios ejecutan órdenes de pago.

Por lo que se refiere a las transferencias realizadas por instituciones de crédito, no cabe duda alguna acerca de su mercantilidad, toda vez que que la fracción XIV del artículo 75 de nuestro Código de Comercio reputa actos de comercio a las operaciones de bancos y la fracción XIV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito ("LIC") incluye dentro del catálogo de operaciones que dichas instituciones pueden realizar, aquellas consistentes en efectuar pagos por cuenta de sus clientes.

b) Las transferencias de crédito realizadas por entidades que en el curso normal de sus negocios ejecutan órdenes de pago

Ahora bien, respecto de aquellas transferencias realizadas por entidades distintas de las instituciones de crédito, este carácter mercantil no se manifiesta de manera tan evidente.

Es verdad que, en un intento por hacer coincidir este tipo de transferencias con alguno de los supuestos previstos por el Artículo 75 del Código de Comercio, podríamos acogernos a lo dispuesto por la fracción XIX del mismo, que considera actos mercantiles las "remesas"¹⁸ de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas.

¹⁶ Por "ejecución", según lo dispuesto por el inciso l) del artículo 2 de la Ley Modelo, "en cuanto se aplique a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, se entenderá la emisión de una orden de pago destinada a cumplir la orden de pago recibida por el banco receptor."

¹⁷ El vocablo "banco" será utilizado en este trabajo, siempre que se refiera al derecho positivo mexicano, como sinónimo de "institución de crédito."

¹⁸ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Madrid, 1992, Vigésima primera edición, p. 1252, la "remisión que se hace de una cosa (en este caso "dinero") de una parte a otra."

Es verdad que esta remisión de dinero de una parte a otra entre toda clase de personas tiene ciertas semejanzas con la transferencia de crédito; sin embargo, este criterio nos parece insuficiente para catalogar como actos mercantiles a las transferencias de crédito realizadas por entidades que no sean bancos, entre otros, por los siguientes motivos:

a) en sentido estricto, el objeto de una transferencia de crédito no está constituido por "dinero" en el sentido generalmente atribuido a este término,¹⁹ sino más bien por lo que ha dado en llamarse "dinero bancario" o "moneda escritural"²⁰ y que, en opinión de Mann,²¹ sólo es dinero, por regla general, cuando se cuenta con el consentimiento expreso o tácito del acreedor; y

b) la disposición citada exige que las remesas se realicen entre plazas distintas, es decir, entre poblaciones distintas según el empleo más generalizado de la palabra "plaza",²² con lo que, aun suponiendo que pudiéramos válidamente aplicar el término "remesas" a las transferencias de crédito, quedarían excluidos aquellos segmentos de una misma transferencia que se realizaran entre instituciones situadas en la misma plaza.

Ante la clara insuficiencia de este criterio, la mercantilidad de estas transferencias tendrá que buscarse en otro sitio; por ejemplo, en el carácter de "empresas" de quienes las celebran y en el hecho de que el tipo de actos que nos ocupa generalmente son realizados por esas empresas en serie o en masa y no como actos aislados. Es verdad que ninguna de las fracciones del artículo 75 del Código de Comercio se refiere específicamente a los actos celebrados por aquellas empresas que en el curso normal de sus negocios ejecutan órdenes de pago; sin embargo, "hoy es doctrina dominante la de que es indiferente la especial modalidad de la empresa, ya que cualquiera que ésta sea determina la mercantilidad de los actos que la tienen como fin".²³

¹⁹ Correa Bonet, José, *Las deudas de dinero*, Edit. Civitas, Madrid, 1981, p. 227. Este autor, citado por Vázquez Pando en su obra *Derecho Monetario Mexicano*, define el dinero como "un bien jurídico sancionado normativamente por una comunidad social, en cuanto moneda que se instituye como una unidad de cuenta con poder adquisitivo y que es instrumento de cambio y medio de pago en las relaciones patrimoniales."

²⁰ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Derecho Monetario Mexicano*, Harla, México, 1991, p. 14. Este autor parece considerar como dinero la moneda escritural. Para una discusión más amplia del tema, véase *infra*, p. 186.

²¹ F. A. Mann, *El aspecto legal del dinero*, Banco de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 31.

²² "Población en que se hacen operaciones considerables de comercio al por mayor y principalmente de giro." *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Madrid, 1992, Vigésima primera edición, p. 1151. Nos parece que este es el significado más comúnmente atribuido al término en el ámbito bancario nacional. En este sentido, debe tomarse en consideración que más de alguna de las instituciones de crédito que actualmente operan en el país, llama a los depósitos entre una población y otra que realizan sus clientes, depósitos "inter-plazas".

²³ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Vigésimosexta edición, p. 74.

Cabe señalar en este sentido, que Barrera Graf considera precisamente como actos de empresa "las transferencias de fondos por medios electrónicos".²⁴

Tomando como referencia la clasificación de los actos de comercio que hace Mantilla Molina, podríamos concluir que las transferencias de crédito son actos principales de comercio, cuya mercantilidad está condicionada por el carácter de los sujetos que participan en la misma, bien sea como instituciones de crédito o como empresas que en el curso normal de sus operaciones ejecutan órdenes de pago en serie o en masa. A este respecto, debe hacerse notar que Mantilla Molina no considera a las operaciones bancarias ni a los actos de empresa como actos de mercantilidad condicionada por los sujetos que los celebran, sino más bien por el fin o motivo del acto.²⁵

Sin embargo, la modesta opinión de quien esto escribe difiere de la del maestro, en cuanto que considera más apropiado catalogar a estos actos -como lo hace Barrera Graf²⁶ como actos de mercantilidad condicionada por los sujetos que los celebran o como "actos mercantiles por el sujeto", para utilizar la terminología empleada por éste último.

Habiendo establecido que la transferencia de crédito debe considerarse como acto de comercio a la luz del derecho mexicano, podemos válidamente concluir que, en caso de que nuestro país llegara a adoptar el texto de la Ley Modelo como derecho nacional, ésta formaría parte del derecho mercantil nacional aunque -tal como sucede con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías-²⁷ formaría una parte muy peculiar de ese derecho, toda vez que no sería aplicable, en principio, a las transferencias realizadas por mexicanos en territorio nacional, sino a aquellas transferencias en las que por lo menos uno de los bancos participantes estuviera situado en un Estado extranjero.

2. La transferencia de crédito como operación bancaria y de crédito

a) Las operaciones bancarias

Hemos dicho ya en otro lugar, con base en un criterio exclusivamente jurídico positivo, que las operaciones de bancos, entre las que presumiblemente se encuentran aquellas por virtud de las cuales una institución de crédito realiza

²⁴ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 75.

²⁵ Mantilla Molina, op. cit., p. 75

²⁶ Barrera Graf, op. cit., p. 76.

²⁷ Adame Goddard, op. cit., p. 18.

pagos por cuenta de sus clientes,²⁸ son actos de comercio, atento a lo dispuesto por la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio.

Sin embargo, parece que este criterio jurídico positivo no nos es de gran ayuda para contestar sensatamente a la pregunta ¿qué es una operación bancaria?

En efecto, la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico positivo al interrogante planteado en el párrafo anterior, pareciera limitarse a establecer que son operaciones bancarias las operaciones que, de conformidad con la legislación aplicable, los bancos están autorizados a celebrar.

La insuficiencia de esta respuesta radica, según Rodríguez Rodríguez, en el hecho de que "el concepto de banco ha de ser definido en función del de operaciones de bancos y no a la inversa."²⁹

Además, según lo dispuesto por el artículo 46 y otros artículos relevantes de la propia LIC, las instituciones de crédito están autorizadas para celebrar una gran cantidad de operaciones cuya realización no es exclusiva de dichas instituciones, sino que pueden también ser celebradas por otro tipo de personas (v.g., aceptar préstamos y créditos, emitir obligaciones subordinadas, constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior, otorgar préstamos o créditos, celebrar reportos, entre otras) e, incluso, están facultadas para realizar operaciones que nadie en su sano juicio consideraría operaciones bancarias o de crédito (v.g. desempeñar el cargo de albacea).

Pensamos que lo expuesto en el párrafo anterior nos permite válidamente concluir que no todas las operaciones que las instituciones de crédito están autorizadas a realizar por la LIC son siempre y necesariamente "operaciones bancarias", al menos no operaciones exclusivamente bancarias. De ser así, tendremos que encontrar otro criterio que nos permita identificar a la transferencia de crédito como una verdadera operación bancaria.

Para estos efectos, el criterio histórico, es decir, aquel que permitiría derivar el carácter bancario de ciertas operaciones, del hecho de que las mismas hubieran sido realizadas por los bancos en épocas anteriores, podría resultar parcialmente útil pero no del todo suficiente, toda vez que este criterio "arrojaría resultados totalmente distintos en las diferentes épocas"³⁰ y en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales vigentes en esas épocas.

²⁸ Fracción XIV del artículo 46 de la LIC.

²⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, Séptima edición, p. 9.

³⁰ Rodríguez Rodríguez, op. cit., p. 9.

Otro criterio que podría tomarse en consideración para tratar de escudriñar la naturaleza jurídica de las operaciones bancarias, sería el que se deriva de la definición que da el artículo 2° de la LIC, del servicio de banca y crédito, en los siguientes términos: "Para efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados."

Así, podría decirse que una operación determinada adquiere el carácter de bancaria cuando es realizada por una institución de crédito en la prestación del servicio de banca y crédito. Sin embargo, este criterio resulta de tal manera restrictivo, que sólo quedarían incluidas dentro del concepto de operaciones bancarias aquellas operaciones por virtud de las cuales los bancos captan recursos del público (y en este caso sólo en el mercado nacional) y aquellas otras por virtud de las cuales los bancos otorgan préstamos o garantías en favor de sus clientes. Al mismo tiempo, quedarían excluidas operaciones que tradicionalmente han sido consideradas como operaciones bancarias en nuestro derecho positivo, como el depósito bancario de títulos o las operaciones de fideicomiso, por ejemplo, que ciertamente no tienen una relación muy estrecha con la prestación del servicio de banca y crédito, tal como el mismo es definido por el artículo 2 de la LIC. Por tal motivo, nos vemos obligados a desecharlo.

En este sentido, debe tenerse presente que la definición del servicio de banca y crédito que propone la LIC no pretende, ni con mucho, abarcar en su totalidad el universo de operaciones que comprenden dicho servicio, sino simplemente establecer un aspecto de dicho servicio (probablemente el más importante), a efecto de prohibir que cualquier otra persona que no sea un banco pueda prestarlo y a efecto de establecer las sanciones correspondientes, en caso de incumplimiento.

Así, de lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo en cuestión, se desprende la posibilidad de que otros intermediarios financieros realicen operaciones que también los bancos están facultados a celebrar (con la excepción de la recepción de depósitos irregulares de dinero en cuentas de cheques); sin embargo, estas operaciones no son consideradas por esa ley como "operaciones de banca y crédito". Es decir, parecería que la LIC considera como operaciones de banca y crédito única y exclusivamente a aquellas operaciones que sólo pueden ser celebradas por instituciones de crédito.

Buena parte de la doctrina, sin embargo, se inclina a considerar que no es posible inferir o extraer, del orden jurídico positivo actual, un conjunto de notas o características propias que nos permita identificar con facilidad a las llamadas operaciones bancarias y, menos aún, que a partir del mismo podamos llegar a una definición satisfactoria del término "operación bancaria".

En este mismo orden de ideas, Garrigues sostiene que "no es posible actualmente fijar un catálogo de operaciones bancarias y, menos todavía, encontrar una definición totalizadora."³¹ Para este autor, las operaciones de banca son los actos jurídicos que establecen una relación profesional entre el banco y los que con él contratan, criterio que si bien limita el número de actos jurídicos que podrían quedar incluidos dentro del término operación bancaria, en virtud del requisito de la "profesionalidad" de la relación, resulta insuficiente en cuanto que no señala en qué consiste esta profesionalidad.

Dávalos Mejía considera operaciones (o contratos) de crédito bancarios aquellos "en cuya perfección, cualquiera que sea el papel que jueguen, es necesaria, a *fortiori legis*, la participación de un banco o de una organización auxiliar de crédito."³²

La opinión de este autor contiene dos grandes aciertos, una omisión grave y un error. El primero de los aciertos consiste en considerar a la operación bancaria como una especie del género operación de crédito, con lo que se limita de manera importante la extensión del término operación bancaria.³³ Es decir, no todas las operaciones que los bancos celebran son operaciones bancarias, sino sólo aquellas que son consideradas operaciones de crédito, cuestión de la que habremos de ocuparnos en el siguiente apartado de este trabajo.

El segundo acierto consiste en la introducción del requisito legal de la participación necesaria (a *fortiori legis*) de un banco, lo que nos permitiría concluir que no todas las operaciones que los bancos están autorizados a celebrar son operaciones bancarias, sino sólo aquellas respecto de las cuales la ley exige la participación necesaria de un banco.

Lamentablemente, este autor no va más allá del análisis jurídico positivo, para tratar de encontrar las características que debe reunir una operación de crédito para que el legislador decida exigir, necesariamente, la participación de una institución de crédito. En esto consiste la omisión.

Finalmente, el error consiste en la desafortunada referencia a las organizaciones auxiliares del crédito, en vista de lo dispuesto por el artículo 2° de la LIC a propósito de las operaciones que celebren estas organizaciones y otros intermediarios financieros, las cuales "no se consideran operaciones de banca y crédito."

³¹ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, Novena edición, p. 160.

³² Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, Tomo II: Derecho bancario y contratos de crédito, Harle, México, 1992, p. 252.

³³ En el mismo sentido, Rodríguez Rodríguez, op. cit., p.17, quien considera a la operación bancaria como "la operación de crédito realizada por una empresa bancaria, es decir, en masa y con carácter profesional."

Nos permitimos adherirnos a las opiniones de Rodríguez Rodríguez y Dávalos Mejía, en el sentido de que sólo las operaciones de crédito que no puedan ser realizadas sino por instituciones de crédito, deben ser consideradas como operaciones bancarias.

Así, el que una operación de crédito sea o no considerada como operación bancaria es una cuestión que debe ser resuelta, en última instancia, por el derecho positivo. Ahora bien, creemos que una buena técnica legislativa llevaría a nuestro legislador a exigir que una operación de crédito determinada sólo pueda ser realizada por instituciones de crédito, en aquellos casos en que la protección de los intereses del público requiera necesariamente la participación de instituciones de acreditada solvencia, como se supone que son nuestras instituciones de crédito, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la LIC.

Desgraciadamente, al día de hoy, la supuesta solvencia de la mayoría de las instituciones de crédito que integran el sistema bancario mexicano, no pasa de ser una declaración de buena voluntad de nuestro legislador, que resulta, en la mayoría de los casos, francamente contradictoria de la realidad.

En efecto, en la gran mayoría de los países civilizados, las instituciones de crédito se consideran como instituciones de acreditada solvencia (sin que sea necesario declararlo formalmente en la ley), no porque la ley así lo diga, sino por factores tales como: la estricta supervisión que mantienen sobre estas instituciones las autoridades financieras, los requisitos de capitalización con que deben cumplir las mismas, la profesionalidad y probada capacidad de sus cuadros directivos, etc.

Así, podemos concluir que una operación bancaria es aquella operación de crédito que, por disposición legal, sólo puede ser celebrada por instituciones de crédito en tanto instituciones de acreditada solvencia, como medida protectora de los intereses del público.

En referencia específica a nuestro tema de estudio, el carácter de operación bancaria de la transferencia de crédito, dependerá de que el legislador, en su momento, decida (como pensamos que debería hacerlo) que las mismas sólo pueden ser realizadas por instituciones de crédito. La afirmación anterior sería válida siempre y cuando pueda determinarse que la transferencia de crédito cumple los requisitos necesarios para ser considerada como operación de crédito. De ser así, la ley que en su momento llegara a promulgarse para regular las transferencias de crédito, formaría parte integrante del derecho bancario mexicano, independientemente de su ubicación topográfica, dentro o fuera de la LIC.

Sin embargo, parece poco probable que esto suceda, toda vez que ello contravendría lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley del Banco de México, que

faculta a ese banco central para "regular el servicio de transferencias de fondos a través de instituciones de crédito y de *otras empresas que lo presten de manera profesional*," lo que claramente da a entender que existe la posibilidad de que estas operaciones se celebren por otras instituciones distintas a los bancos. En virtud de que la Ley del Banco de México es una ley reglamentaria de la Constitución, es decir, que emana directa y materialmente de ella, la validez de una disposición contenida en una norma secundaria contraviniendo el texto de aquella, sería cuando menos cuestionable. De aceptarse lo anterior, la transferencia tendría que ser considerada, en el mejor de los casos, como una simple operación de crédito, pero no como una operación exclusivamente bancaria.

A pesar de que la disposición citada en el párrafo anterior parece no dejar duda respecto a la posible participación de otras entidades en el negocio de la transferencia de crédito, la Circular 2022/95 (la "Circular") emitida por el Banco de México el 21 de noviembre de 1995, por virtud de la cual se regula la operación del Sistema de Pagos Electrónicos de Uso Ampliado ("SPEUA"), con mucha mejor técnica jurídica (que no legislativa, aunque muchas veces esta actividad del Banco de México más parece legislativa que reglamentaria) que la Ley de Banco de México, restringe la participación en el SPEUA únicamente a las Instituciones de crédito.

Finalmente, cabe mencionar que, según la opinión de Garrigues,³⁴ la transferencia de fondos es una operación bancaria de mediación; aunque, como sabemos, la significación atribuida por este autor al término "operación bancaria" difiere profundamente de la significación atribuida al mismo por quien esto escribe. En éste, como en tantos otros casos, seguramente la razón le asistirá al otro, es decir, al maestro.

b) Las operaciones de crédito

En uno de sus múltiples significados, la palabra "operación" puede tomarse como sinónimo de negociación o realización de acciones comerciales.³⁵

En este sentido, pensamos que su empleo en el derecho positivo mexicano se encuentra, hasta cierto punto, justificado.

Sin embargo, no pocos autores arremeten contra el uso de tal vocablo por parte de nuestro legislador.

³⁴ Garrigues, Joaquín, op. cit., p. 186.

³⁵ Diccionario de la Lengua Española, p. 1048

Cervantes Ahumada, por ejemplo, señala que el término "operación de crédito" no es muy propio y que debería designarse al fenómeno al que pretende aplicársele, como "negocio de crédito".³⁶

En un sentido un tanto parecido, Dávalos Mejía, quien niega toda significación jurídica al término bajo estudio, considera que "las operaciones de crédito no son, técnicamente, operaciones sino contratos."³⁷

A pesar de que pueden existir argumentos sólidos para criticar el uso de la expresión "operación de crédito", en este trabajo habremos de seguir utilizándola, pues es el concepto adoptado por nuestro derecho vigente y porque, además, la significación jurídica del término parece bien conocida para la mayoría de la doctrina mexicana, de modo que no existe peligro de que su empleo pueda dar lugar a confusiones no deseadas.

Por su parte, la etimología de la palabra "crédito" se halla en el vocablo latino *creditum*, que significa "tener confianza, tener fé en algo."³⁸

En efecto, en una de sus múltiples acepciones, crédito significa "la opinión que goza una persona de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga."³⁹

De manera que, en su significado etimológico, crédito puede tomarse como sinónimo de la confianza que tiene el acreedor en que su deudor cumplirá puntualmente los deberes jurídicos asumidos frente a dicho acreedor.

En su acepción jurídica más general, la palabra crédito se emplea como sinónimo de derecho personal, es decir, como "el aspecto activo de la relación jurídica que calificamos como obligación,"⁴⁰ por virtud de la cual el acreedor o *creditor*, "que es alguien que tiene confianza (*credere*) en algún beneficio futuro,"⁴¹ está facultado para exigir del deudor el cumplimiento de un hecho, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, crédito "es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra,

³⁶ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Editorial Herrero, S.A. de C.V., México, 1984, Décima cuarta edición, p. 215

³⁷ *Op. cit.*, p. 249

³⁸ Acosta Romero, Miguel, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, Cuarta edición, p. 527.

³⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, p. 418.

⁴⁰ Margadant S., Guillermo F., *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1986, Décima cuarta edición, p. 306.

⁴¹ Margadant, *op. cit.*, p. 306.

para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado y generalmente con el pego de una cantidad por el uso de los mismos."⁴²

Según Astudillo Ursúa (quien sigue en esta materia las Ideas de Arwed Koch) "hay un acto de crédito cuando en el intercambio falta la simultaneidad entre la prestación y la contraprestación; y a una prestación económica presente, corresponde una contraprestación económica futura."⁴³

Es importante señalar que el objeto de la prestación y la contraprestación en una operación de crédito no necesariamente debe ser dinero sino que pueden ser otros bienes o, incluso, servicios.

Tradicionalmente se han considerado como elementos del crédito la falta de simultaneidad entre la prestación y la contraprestación, así como la confianza, aunque como bien se ha hecho notar, puede haber confianza sin crédito (v.g. el fideicomiso) y crédito sin confianza (v.g. créditos con garantías reales o personales).

Analicemos ahora la transferencia de crédito a la luz de las consideraciones anteriores.

Evidentemente, en toda transferencia de crédito falta la simultaneidad entre la prestación (pago del importe de una orden de pego por parte del expedidor en favor de su banco receptor) y la contraprestación (la ejecución de la orden de pego por parte de dicho banco receptor).

Esto puede ser así de dos maneras: a) que el expedidor pague a su banco receptor el monto de la orden de pego y este último la ejecute en un momento posterior; y b) que el banco receptor ejecute la orden de pago sin haber recibido el pago de su expedidor, situación esta última más común que la primera.

Es verdad que el período de tiempo que normalmente transcurre entre un acontecimiento y otro es muy corto (un día o menos). Sin embargo esto no es razón suficiente para negar a la transferencia de crédito un carácter crediticio. Sobre todo si se considera que una de las operaciones de crédito por excelencia, a saber: el depósito irregular de dinero, puede constituirse y con mucha frecuencia se constituye con vencimiento a la vista, es decir, sin plazo. Y nadie en su sano juicio se atrevería a negar que este depósito sea una operación de crédito.

⁴² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 772.

⁴³ Astudillo Ursúa, Pedro, *Los títulos de crédito*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, Segunda edición, p. 5.

Además, conviene recordar que es hoy práctica común en la mayoría de los sistemas financieros de países medianamente desarrollados, el que sus participantes se otorguen créditos que muchas veces deben ser pagados por el acreditado en unas cuantas horas, a fin de permitir a dicho acreditado cubrir los sobregiros que registre con su banco central.

En operaciones con monedas extranjeras en las que por lo general las partes están situadas en Estados con diferentes horarios, esta falta de simultaneidad es más evidente, produciendo el riesgo de crédito consistente en que alguna de las partes no reciba el pago debido, en caso de insolvencia o falta de liquidez de su contraparte, misma que puede sobrevenir precisamente en ese lapso de tiempo.

Este tipo de riesgo es conocido en el ámbito financiero internacional como riesgo "Herstatt".⁴⁴ El nombre asignado a este peculiar tipo de riesgo, deriva del Bankhaus Herstatt, un banco alemán muy activo en el mercado de compraventa de divisas, que fue puesto en liquidación por las autoridades financieras de ese país, produciendo entre otras muchas consecuencias el que Bankhaus Herstatt suspendiera a partir de ese momento todos sus pagos. Esta suspensión de pagos ocurrió una vez que el sistema interbancario de transferencias de fondos en Alemania había cerrado, de modo que todos sus pagos en marcos alemanes fueron realizados y recibidos, pero sus obligaciones en dólares, que debían ser liquidadas a través de Chips (el pago definitivo en este sistema ocurre a las 18:00 horas, tiempo de Nueva York) no pudieron liquidarse. En consecuencia, algunas contrapartes del Bankhaus Herstatt sufrieron pérdidas considerables.⁴⁵

Otro buen ejemplo de este tipo de riesgo, aunque en este caso derivado de un mal funcionamiento de sus equipos de cómputo, es el del sobregiro por casi 30,000 millones de dólares que en un sólo día registró el Banco de Nueva York en su cuenta con el Banco de la Reserva Federal de Nueva York. El 21 de noviembre de 1985, el sistema de cómputo del Banco de Nueva York dejó de funcionar, después de haber transmitido una serie de órdenes de compra de valores gubernamentales. Las órdenes de compra fueron recibidas por sus destinatarios, quienes, contra el envío de los valores, comenzaron a cargar contra la cuenta del Banco de Nueva York en la Reserva Federal. Sin embargo, el Banco de Nueva York no pudo recibir los fondos que sus clientes trataban de enviarle mediante transferencias de crédito para que hiciera el pago de esos valores. El resultado fue un sobregiro en un sólo día por poco más de la cuarta parte de la deuda externa de nuestro país y la posibilidad de provocar una falta de liquidez

⁴⁴ Van den Bergh, Paul and John M. Veale, *Payment system risk and risk management*, In *The payment system: design, management and supervision*, Edited by Bruce J. Summers, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1994, p. 81.

⁴⁵ Van den Bergh, Paul and John M. Veale, *op. cit.*, p. 105.

generalizada en el sistema que pudo haber conducido a muchos otros bancos a no poder cumplir con sus obligaciones.⁴⁶

Cabe mencionar que este tipo de riesgo en una transferencia (es decir, el riesgo de que alguna de las partes no reciba el pago que le es debido) existe no sólo cuando el banco receptor ejecuta la orden de pago sin haber recibido los fondos correspondientes, sino también cuando el expedidor paga a su banco receptor antes de que éste ejecute la orden de pago, pues entonces el expedidor corre el riesgo de que su banco no cumpla.

Por lo que se refiere a la confianza, creemos que no hace falta recalcar que uno de los elementos esenciales de las transferencias de crédito es precisamente la confianza que los usuarios de dicho servicio tienen en la solvencia de las instituciones a través de las cuales envían grandes cantidades de dinero.

Hay quien considera que el interés es otro elemento esencial del crédito; sin embargo, diferimos de esa opinión en virtud de que, actualmente, con mucha frecuencia los bancos centrales otorgan a las instituciones bancarias capacidad para registrar sobregiros durante el día en las cuentas que mantienen con dichos bancos centrales (es decir, les otorgan crédito), en muchas ocasiones sin cobrarles intereses si dichos sobregiros son cubiertos antes del cierre de operaciones del mismo día. Además, en operaciones típicamente crediticias, como la apertura de crédito por aval, los intereses no llegan a generarse si el acreditante nunca tiene que efectuar el pago de su garantía, cobrándose únicamente una comisión por el otorgamiento de dicha garantía.

Por lo que se refiere a la transferencia de crédito, si el banco receptor ejecuta la orden de pago dentro del plazo señalado en la misma, no está obligado a pagar intereses. Sin embargo, en caso de mora, sí debe hacerlo.

Generalmente, no se cobra un interés por la transferencia, sino una comisión, pues el uso de los fondos, si acaso se tiene, es por períodos muy limitados de tiempo. Sin embargo, la obligación de pagar intereses puede surgir en dos circunstancias:

a) si el banco receptor ejecuta la orden de pago sin haber recibido el pago de su expedidor, en cuyo caso es el expedidor quien deberá pagar intereses al banco receptor; y

b) si el banco receptor no ejecuta en tiempo una orden de pago, habiendo tenido fondos disponibles, en cuyo caso es el propio banco receptor el que deberá pagar intereses.

⁴⁶ Effros, Robert C., *A banker's primer on the law of electronic funds transfers*, The Banking Law Journal, Volume 105, Number 6, November-December, 1988, p. 539.

Cabe mencionar, sin embargo, que la Ley Modelo sólo se ocupa del caso de demora por parte del banco receptor en la ejecución de la orden de pago de su expedidor y no del caso en que el banco receptor ejecuta la orden de pago sin haber recibido el pago correspondiente de su expedidor.

En nuestro derecho positivo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ("LGTOC") es la encargada de regular las "operaciones de crédito". Sin embargo, este ordenamiento jurídico no define (como no lo hace ningún otro en nuestro derecho vigente) lo que es una operación de crédito, ni señala cuáles sean los elementos esenciales que permitan distinguir a una operación de crédito de otra operación cualesquiera.

Es más, nos parece válido afirmar que la LGTOC no regula todas las operaciones de crédito, lo que se desprende de la redacción del párrafo final de su artículo 1° y de su artículo 4°. En efecto, el primero de los preceptos mencionados establece que "las operaciones de crédito que esta ley (esta ley precisamente y no otra) reglamenta, son actos de comercio".

La referencia expresa a "esta ley" en el precepto citado parece ser un indicio claro de que la voluntad del legislador en este sentido fue la de sólo regular unas cuantas y no el universo completo de las operaciones de crédito.

Este argumento se ve reforzado por el artículo 4° de la misma ley, que establece que "en las operaciones de crédito que esta ley (una vez más "esta ley" y no otra cualquiera) reglamenta, se presume que los codeudores se obligan solidariamente."

Queda claro, pues, que la LGTOC no regula a las operaciones de crédito en general, sino sólo a aquellas expresamente incorporadas al texto de la misma.

Lo que no resulta tan claro como lo anterior es cuál haya sido el criterio utilizado por el legislador para distinguir una operación de crédito de otra operación de naturaleza distinta y cuál la razón que lo animó a seleccionar sólo algunas de dichas operaciones de crédito para que fueran reguladas por la LGTOC.

Por lo que se refiere al primer cuestionamiento, parece que dicho criterio, de haber existido, nunca quedó plasmado de modo objetivo en ninguna parte. Ciertamente, ni el texto de la LGTOC ni su Exposición de Motivos resultan de mucha ayuda en este sentido, pues como señala Rodríguez Rodríguez, "la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (*sic*), en su Exposición de Motivos, habla de operaciones de crédito y de derecho bancario como elementos de contenido conocido, pero sin especificarlo".⁴⁷

⁴⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, séptima edición, p. 10.

Ante la insuficiencia del criterio legal, que pareciera limitarse a decir: operaciones de crédito son, entre otras, las reguladas como tales por la LGTOC, la respuesta a la pregunta qué es una operación de crédito, debe buscarse en otro lugar.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano,⁴⁸ "la operación de crédito es un negocio jurídico por el cual el acreedor (acreditante) transfiere un valor económico al deudor (acreditado) y este se compromete a reintegrarlo en el plazo convenido. A la prestación presente del acreditante debe corresponder la *contrapartida*, prestación futura del acreditado."

Esta definición concuerda con la propuesta por el maestro Cervantes Ahumada, quien considera al negocio de crédito (impropiamente llamado, en su opinión, operación de crédito) como aquel negocio jurídico en el que "el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslada al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido."⁴⁹

Ambas definiciones hablan de la transferencia de un valor económico y no de la transmisión de la propiedad de dinero o títulos, como hacen Rodríguez Rodríguez,⁵⁰ Koch⁵¹ y Garrigues,⁵² entre otros.

Consideramos apropiada la exclusión del concepto de propiedad de la noción jurídica de operación de crédito. Sin embargo, nos parece que su sustitución por el concepto de valor económico no resulta del todo afortunada, pues dicho concepto tiene poca, si no es que ninguna, significación jurídica.

Ante la falta de un criterio jurídico que nos permita determinar con precisión el momento en que una operación cualesquiera adquiere el carácter de operación de crédito, nos vemos obligados a afirmar, con palabras de Cervantes Ahumada, que "la operación de crédito, en sentido estricto, es un negocio jurídico en que el crédito (como fenómeno cuyas principales características han quedado ya establecidas) existe."

⁴⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, p. 2273.

⁴⁹ Cervantes Ahumada, op. cit., p. 214.

⁵⁰ "La operación de crédito se caracteriza por implicar una transmisión actual de la propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la *contrapartida* se realice tiempo después por el deudor." Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, vigésima edición, p. 54

⁵¹ "Se entiende por operación de crédito la cesión remunerada y en propiedad de un capital por parte del acreedor, y por parte del deudor la aceptación del capital, con la obligación de abonar los intereses pactados, más el capital." Koch, Arwed, *El crédito en el Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, págs. 20, 21 y 22. (Citado por Astudillo Ursúa).

⁵² "La transmisión de la propiedad en una operación de crédito puede ser actual, como en el mutuo, o potencial, como en la apertura de crédito." Garrigues, op. cit., p. 162.

Esto que podría parecer una verdad a todas luces evidente, no resulta válida en todos los casos. En efecto, la LGTOC no se limita a regular como operaciones de crédito aquellas operaciones en las que el crédito exista, sino que regula también algunas otras operaciones en las cuales este elemento no existe o no se manifiesta con la misma claridad, como sucede con el fideicomiso o el depósito en almacenas generales de depósito.

Si al promulgar la ley que deba regir las transferencias de crédito el legislador decide que su celebración es facultad exclusiva de una Institución de crédito, la cuestión se simplifica, pues dicha ley formaría parte integrante del derecho bancario nacional, independientemente de que quedara o no incluida dentro de la LIC.

Ahora bien, si la actividad bajo estudio no se restringe a los bancos sino que incluye también a otras entidades, lo propio sería regular a las transferencias de crédito como operaciones de crédito, sea que estuvieran o no sujetas a la LGTOC.

De quedar reguladas por dicha ley, la transferencia de crédito dejaría de ser un acto de comercio de mercantilidad condicionada por el sujeto, para volverse un acto absolutamente mercantil,⁵³ es decir, "que siempre y necesariamente estará regida por el derecho mercantil,"⁵⁴ atento a lo dispuesto por el párrafo final del artículo 1° de la LGTOC.

Finalmente, debe tomarse en consideración el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, la transferencia tiene en sus dos extremos, sendas operaciones de crédito, a saber: un depósito irregular de dinero constituido por el expedidor con su banco y otro constituido por el beneficiario con su banco.

Aunque es verdad que la Ley Modelo no exige que el expedidor sea cuentahabiente de su banco ni que el beneficiario lo sea del suyo, el numeral 3.3 de la Circular prohíbe a las Instituciones Participantes tramitar a través del SPEUA órdenes de pago que les sean solicitadas por personas distintas a sus cuentahabientes, y establece la obligación del banco del beneficiario de aceptar dicha orden de pago sólo cuando dicha Institución Participante le lleve al beneficiario una cuenta de depósito de dinero a la vista, es decir, una cuenta de cheques.

⁵³ Astudillo Ursúa, op. cit., p.4.

⁵⁴ Mantilla Molina, op. cit., p.

3. La Ley Modelo: derecho formalmente nacional; materialmente internacional

Si se decide adoptar en nuestro país el texto de la Ley Modelo tal como fue aprobado por la Comisión, es decir, limitando su ámbito de aplicación a las transferencias internacionales de crédito, la ley que en su momento llegara a promulgarse para regular este fenómeno sería, formal y topográficamente, derecho mexicano. Sin embargo, en virtud de que la misma pretendería regular única y exclusivamente las transferencias de crédito consideradas internacionales, dicha ley sería, materialmente, un derecho internacional o, mejor, de aplicación supranacional.

Lo anterior obliga a plantearse el problema relativo a la autonomía de dicha ley frente al derecho mexicano (del cual, irónicamente, formaría parte). Este problema de la autonomía de la Ley Modelo no sólo frente al derecho mexicano sino, en general, frente a todos los derechos nacionales, puede plantearse a través de las siguientes interrogantes: a) ¿cómo debe interpretarse la Ley Modelo?; y b) ¿qué normas se aplicarán supletoriamente en caso de lagunas en dicha Ley Modelo?

Respecto a la forma en que deben interpretarse las disposiciones de la Ley Modelo, la misma no señala nada expresamente, aunque hubiera sido muy útil que la misma hubiera incorporado un artículo similar al párrafo primero del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que a la letra dice:

"En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la unificación en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fé en el comercio internacional."

Esta fue precisamente la sugerencia del gobierno mexicano a la Comisión,⁵⁵ misma que no fue finalmente atendida pues se consideró que una disposición semejante podría muy bien incluirse en el texto de una convención internacional, pero que parecía poco apropiada para una ley modelo que, a final de cuentas, debía ser aprobada por los poderes legislativos de los distintos Estados.

No obstante la validez de los argumentos esgrimidos por la Comisión para no incluir una disposición relativa a la interpretación de la Ley Modelo, pensamos que ello habría ayudado a evitar que el texto de la Ley Modelo fuera interpretado a la luz de los distintos regímenes jurídicos nacionales, dando lugar a soluciones probablemente contradictorias en relación con un mismo problema, lo que terminaría con el anhelado objetivo de la unificación de los distintos derechos nacionales en relación con las transferencias de crédito.

⁵⁵ A/CN.9/347 and Add. 1, p. 120.

La Ley Modelo tampoco menciona qué ley deba aplicarse en caso de lagunas en el texto de la misma. Simplemente, se limita a excluir ciertas relaciones o situaciones de su ámbito de aplicación, como por ejemplo, la relación del beneficiario con su banco o el momento de la ejecución de una instrucción condicional.

Aquí también, la Convención citada resulta de gran ayuda. En efecto, en el segundo párrafo del artículo mencionado, se establece que:

"Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no están expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable, en virtud de las normas de derecho internacional privado".

Los problemas planteados por falta de disposición expresa en la Ley Modelo, respecto de algunas de las materias que la misma pretende regular, deberían resolverse de conformidad con los principios generales sobre los cuales fue elaborada, entre los cuales podríamos citar: la autonomía privada, el derecho de reembolso y la limitación de la responsabilidad de los bancos intermediarios, entre otros.

Sólo en caso de que estos principios resultaran insuficientes para resolver el conflicto, debería acudir al derecho nacional correspondiente en busca de una respuesta.

Aun cuando la Ley Modelo no establece nada a este respecto, nada obsta para que nuestro legislador decida libremente incorporar algún artículo en este sentido, lo que seguramente sería de mucho provecho.

Por lo que hace a la supletoriedad de las normas nacionales, cuatro escenarios diferentes plantean, posiblemente, soluciones también diferentes:

a) Si se regula la transferencia de crédito como operación bancaria, habría que tomar como modelo lo dispuesto por el artículo 6 de la LIC. En este caso, pensamos que, en lo relativo a las transferencias de crédito y exclusivamente en relación con lo no previsto por la Ley Modelo, deberían aplicarse a las partes de dicha transferencia (no sólo a las instituciones de crédito como señala el artículo citado):

1. la Ley Orgánica respectiva, en caso de tratarse de instituciones de banca de desarrollo;

2. la LIC y la Ley del Banco de México;

3. la LGTOC;
4. los usos bancarios y mercantiles;
5. la legislación mercantil; y
6. el Código Civil para el Distrito Federal.

b) Si se regula la transferencia de crédito como operación de crédito no sujeta a la LGTOC, quizá el modelo tendría que buscarse en la legislación mercantil general, es decir, en el Código de Comercio, el cual establece en su artículo 2º, que a falta de disposiciones de ese Código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común.

No pretendemos entrar a la discusión de si este derecho común está representado por los códigos civiles de los Estados o por el Código Civil para el Distrito Federal (el "Código Civil"), por no ser materia propia de este estudio. Bástenos con señalar que este criterio del Código de Comercio no sería de mucha ayuda en la solución de conflictos surgidos con motivo de ciertas lagunas en el texto de la Ley Modelo. Por lo tanto, nos atrevemos a sugerir que, aun cuando en este caso la ley que se promulgara formara parte del derecho mercantil general, el legislador modificara la supletoriedad prevista en el Código de Comercio, por una más acorde con la naturaleza del fenómeno que trata de regular.

De aceptarse el criterio del Código de Comercio, la remisión a la legislación común sería prácticamente automática, pues dicho Código nada dispone en relación con las transferencias de crédito. Esto sería tanto como decir, simplemente, que a falta de disposición expresa en la Ley Modelo, se aplicaría el derecho común. Las consecuencias que esto traería podrían ser francamente contrarias al propósito de armonización de los distintos derechos nacionales.

En todo caso, a falta de disposición expresa en la Ley Modelo y siempre que el problema no pudiera resolverse de conformidad con los principios generales que animaron la elaboración de la misma, debería aplicarse la legislación bancaria (incluso esa cuasi-legislación integrada por las circulares de Banco de México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores), los usos bancarios y mercantiles, la LGTOC, las normas de los sistemas de transferencias de crédito (v.g. el SPEUA) y, sólo que ninguno de estos ordenamientos disponga nada al respecto, aplicar las disposiciones del derecho común.

c) Si se regula como operación de crédito, sujeta a las disposiciones de la LGTOC, la supletoriedad estaría dada por el artículo 2º de dicha ley, con la cual, en principio, nos permitimos manifestar nuestro acuerdo.

En este caso, sólo sería necesario hacer referencia al carácter internacional de las transferencias y a los principios generales de la Ley Modelo. Además, sugeriríamos aplicar la legislación bancaria, los usos y prácticas bancarios e incluso las reglas de los sistemas de transferencias de fondos, antes que la legislación mercantil en general.

d) Por último, la transferencia de crédito podría ser regulada como una actividad auxiliar del crédito, que podría ser realizada tanto por las instituciones de crédito, como por aquellas empresas que contaran con la autorización respectiva de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para celebrar de manera profesional transferencias de crédito. En este caso, sería lógico suponer que, como "actividad auxiliar del crédito", la transferencia de crédito estaría regulada por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, misma que no establece qué leyes habrán de aplicarse a estas actividades a falta de disposición expresa en dicha ley. Por lo tanto, los comentarios vertidos con anterioridad, podrían aplicarse también a este supuesto.

Cabe mencionar que, en todos los casos, tanto las instituciones de crédito como esas otras empresas que lleguen a prestar profesionalmente el servicio de transferencias de crédito o de fondos, estarán sujetas a las reglas que emita el Banco de México, tales como la Circular. Es verdad que la Circular no es absolutamente compatible con lo dispuesto en la Ley Modelo. Sin embargo, esto no es un factor que deba preocupar demasiado al legislador, toda vez que dicha Circular se refiere casi exclusivamente a las cuestiones técnico - operativas del sistema, y poco o nada tiene que ver con la regulación de los derechos y obligaciones de las partes, los efectos de la transferencia y otros puntos de interés para el jurista.

Para concluir, bástenos decir que, en opinión de quien esto escribe, sería conveniente que nuestro legislador decidiera expandir el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a la reglamentación de las transferencias tanto nacionales como internacionales, con lo que el vacío legislativo que existe en nuestro país en relación con este tema, quedaría colmado de una sola vez. Además, como veremos más adelante, no existen argumentos sólidos para defender la postura de que la Ley Modelo deba aplicarse únicamente a las transferencias internacionales, mientras que sí existen bastantes para defender la postura contraria.

C. Ámbito de aplicación

La Ley Modelo pretende aplicarse a las transferencias internacionales de crédito.⁵⁶

Por transferencia de crédito, para efectos de la Ley Modelo, debe entenderse la "serie de operaciones que comienza con la orden de pago de un iniciador, hechas con el propósito de poner fondos a disposición de un beneficiario".⁵⁷

El término "transferencia de crédito" comprende las órdenes de pago emitidas por el banco del iniciador o cualquier otro banco intermediario, con el propósito de cumplir la orden de pago del iniciador. Sin embargo, no comprende la orden de pago emitida por un banco expedidor con el propósito de realizar el pago de su orden en favor de su banco receptor, la cual se considera como una transferencia diferente.

Ahora bien, la Ley Modelo no pretende regular todas las transferencias de crédito, sino sólo aquellas que cumplan con el requisito de internacionalidad establecido en el párrafo 1 de su artículo 1, a saber: el que cualquier banco expedidor y su banco receptor estén situados en Estados diferentes. Para estos efectos, las sucursales y oficinas separadas de un banco situadas en Estados diferentes se consideran como bancos distintos. Sin embargo, los segmentos enteramente domésticos de una transferencia internacional de crédito sí quedan sujetos a la Ley Modelo.

Existen argumentos para afirmar que el ámbito de aplicación de la Ley Modelo se encuentra determinado, en buena medida, por el concepto de los términos "transferencia de crédito" y "orden de pago".⁵⁸ En realidad, el significado del término "transferencia de crédito" no puede entenderse sin el de "orden de pago". Según Abascal Zamora, "la orden de pago es el personaje principal de la Ley Modelo".⁵⁹ Refiriéndose al Artículo 4A, Patrikis, Baxter y Bhala señalan que el más importante de los términos definidos en dicho Artículo es el de orden de pago.⁶⁰

Por orden de pago se entiende, según lo dispuesto por el artículo 2, inciso b) de la Ley Modelo, "la instrucción pura y simple dada, en cualquier forma, por un expedidor a un banco receptor de poner a disposición de un beneficiario una suma determinada o determinable de dinero".

⁵⁶ Párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Modelo.

⁵⁷ Artículo 2, inciso a) de la Ley Modelo.

⁵⁸ Lojendio Osborne, Ignacio, op. cit., p.99.

⁵⁹ Abascal Zamora, op. cit., p. 3.

⁶⁰ Patrikis, Baxter and Bhala, op. cit., p.32

Quedan, por lo tanto, excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, las órdenes de pago condicionales. También quedan excluidas las transferencias de débito, pues para que una instrucción pura y simple dada por un expedidor a su banco receptor, se considere como "orden de pago", debe cumplir con los siguientes requisitos: a) que el banco receptor sea reembolsado debitando una cuenta del expedidor, o recibiendo de otra manera el pago del expedidor, y b) que la instrucción no establezca que el pago haya de hacerse a petición del beneficiario.

La Ley Modelo se aplica a las transferencias internacionales de crédito desde el momento en que un iniciador emite una orden de pago a su banco, esto es, al banco del iniciador, hasta el momento en que el banco del beneficiario "acepta" la orden de pago. Es decir, la Ley Modelo pretende regular la transferencia de crédito en su conjunto y no sólo algunas de las operaciones u órdenes de pago que la integran. Esto significa que quedan reguladas no sólo las relaciones interbancarias en una transferencia, sino también las relaciones de los bancos con sus clientes. Sin embargo, como veremos más adelante, la Ley Modelo no regula -al menos no integralmente- la relación del beneficiario con su banco, es decir, el banco del beneficiario.

La aplicación de la Ley Modelo no depende de que las instituciones encargadas de ejecutar las órdenes de pago que se emitan en relación con una transferencia de crédito determinada, sean consideradas bancos. En realidad, en lo que algunos autores consideran un defecto de la Ley Modelo, ésta no define siquiera lo que debe entenderse por "banco". En efecto, la Ley Modelo pretende aplicarse también a "otras entidades que, en el curso normal de sus negocios ejecuten órdenes de pago",⁶¹ como sucede con las oficinas postales en algunos países europeos y con otros intermediarios financieros distintos de los bancos.

El ámbito de aplicación de la Ley Modelo no abarca o, al menos, no fue la pretensión de sus redactores que abarcara a aquellos sistemas de telecomunicaciones (v.g., Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication o "SWIFT") o cámaras de compensación y liquidación que no ejecutan órdenes de pago en términos de lo dispuesto por la definición del término "ejecución" en la Ley Modelo, sino que se limitan a transmitir mensajes o a facilitar los pagos interbancarios, respectivamente.

No se exige en la Ley Modelo que el iniciador o el beneficiario de una transferencia tengan alguna calidad especial, por lo que debemos concluir que iniciador y beneficiario pueden ser cualquier persona física y moral que tenga la capacidad general para obligarse. Poco importa para efectos de la Ley Modelo que un iniciador o un beneficiario cualesquiera sean calificados por la ley de algún Estado como "consumidores", pues la misma se aplicará a la transferencia independientemente de ello. Parece prudente aclarar, sin embargo, que la Ley

⁶¹ Párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo.

Modelo no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores.

Cabe mencionar que la aplicación de la Ley Modelo tampoco depende de la tecnología empleada para llevarla a cabo ni del medio utilizado para transmitir órdenes de pago, sino que se aplica por igual tanto a las llamadas transferencias electrónicas como a las llamadas transferencias "documentadas", i.e., aquellas transferencias realizadas principal o exclusivamente mediante el intercambio físico de documentos. Sin embargo, las transferencias realizadas con base en títulos de crédito sí se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

1. Transferencias de crédito

Como vimos, no toda instrucción pura y simple dada a un banco expedidor en el sentido de poner a disposición de un beneficiario una suma determinada o determinable de dinero, constituye una orden de pago en términos de lo dispuesto por la Ley Modelo, sino sólo aquellas instrucciones puras y simples en las que: a) el banco receptor obtenga o haya de obtener el pago de dicha instrucción directamente del expedidor, bien sea cargando en una cuenta que el expedidor mantenga con el banco receptor o de cualquier otra manera, y b) no se establezca que el pago haya de hacerse a petición del beneficiario.

La función que cumplen estos requisitos consiste precisamente en excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las transferencias de débito, i.e., aquellas transferencias en las que la instrucción del deudor de la obligación subyacente (que sería el iniciador en una transferencia de crédito) se envía a su banco (el banco del iniciador), no por dicho deudor de la obligación subyacente sino por el acreedor de la misma (el beneficiario en una transferencia de crédito), por conducto del banco de este último (banco del beneficiario), quien no recibe el pago de su expedidor, sino del deudor de la obligación subyacente, por conducto de su banco.⁶²

En virtud de que el segundo requisito exigido por la Ley Modelo para que una instrucción se considere como orden de pago podría traer como consecuencia el que quedarán excluidas de su ámbito de aplicación todas aquellas transferencias en las que el pago al beneficiario hubiera de hacerse a petición de este último, por la exclusiva razón de que dicho beneficiario no tuviera cuenta alguna con el banco del beneficiario, la Comisión decidió, en su vigésimo cuarto período de sesiones, agregar un párrafo final a la definición del término "orden de pago", aclarando que este tipo de instrucciones serían consideradas como órdenes de pago.

⁶² Geva, Benjamin, *The law of electronic funds transfers*, New York, Mathew Bender & Co. Inc., 1994, p. 1-21.

Debe recordarse en relación con el asunto que nos ocupa, que el Grupo de Trabajo inició sus labores sobre transferencias electrónicas de fondos en el año de 1987, partiendo del análisis del capítulo V de la Guía Jurídica, relativo a ciertos problemas jurídicos planteados por la transferencia electrónica de fondos, y que dicha Guía Jurídica trataba a las transferencias de crédito y a las transferencias de débito como especies de un mismo género, a saber: la transferencia de fondos. Es probable que lo anterior se haya debido, entre otras cosas, a la influencia que sin duda ejerció sobre los redactores de la Guía Jurídica, el trabajo que en los Estados Unidos se había venido desarrollando desde el año de 1978⁶³ en relación con la elaboración de un Nuevo Código de Pagos, que estaba diseñado para regular en forma integral todos los medios de pago, excepto el pago en efectivo.⁶⁴

Sin embargo, este revolucionario⁶⁵ intento legislativo en los Estados Unidos fracasó rotundamente cuando fue rechazado por todas las partes involucradas en el año de 1985 debido, en buena parte, a esa pretensión de regular integralmente a todos los medios de pago.

Al poco tiempo, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Derecho Estatal Uniforme estableció un comité especial encargado de redactar lo que con el tiempo se convertiría en el Artículo 4A del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América, mismo que trataba las transferencias de crédito⁶⁶ como un "medio de pago independiente, gobernado por principios jurídicos también independientes".⁶⁷

Quizá con el propósito -no declarado nunca ciertamente- de que el resultado de su trabajo no tuviera el mismo fin que el proyecto del Nuevo Código de Pagos, el Grupo de Trabajo decidió desde su primer período de sesiones, no incluir a las transferencias de débito dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Sin embargo, se sugirió que la Ley Modelo (Reglas Modelo en ese entonces) fuera redactada, en la medida de lo posible, de manera que su texto pudiera adaptarse en el futuro, de considerarse conveniente, a las transferencias de débito.

Entre las razones que se dieron para tratar de fundamentar esta decisión se encuentran el que las transferencias de débito no eran muy comunes en el

⁶³ En este año, el Consejo Editorial Permanente para el Código de Comercio Uniforme, junto con el Instituto de Derecho Americano y la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Derecho Estatal Uniforme, encargó a un comité que había sido creado para supervisar los Artículos 3, 4 y 8 del Código de Comercio Uniforme, la redacción de un proyecto de Nuevo Código de Pagos.

⁶⁴ Bergsten, Eric, op. cit., p.422

⁶⁵ Felsenfeld, Carl, *Strange bedfellows for electronic funds transfers: proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL Model Law*, en *Alabama Law Review*, 1991, Vol. 42:2:723, p. 729

⁶⁶ "Transferencias de fondos" en la terminología propia del Artículo 4A.

⁶⁷ Article 4A. Funds Transfers. Official Text - 1989. With Comments. Prefatory Note

plano internacional y que siendo las transferencias de crédito estructuralmente más sencillas que las transferencias de débito, el Grupo de Trabajo debía ocuparse solamente de éstas.

Aunque al parecer la cuestión de la naturaleza similar o diferente de las transferencias de débito y de crédito no se planteó nunca seriamente en el Grupo de Trabajo ni en la Comisión, Bergsten señala que uno de los motivos que se tomaron en cuenta para excluir las transferencias de débito del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, fue precisamente el reconocimiento de que las transferencias de crédito y las transferencias de débito involucraban operaciones bancarias significativamente diferentes. Esta afirmación puede ser correcta desde un punto de vista estructural, donde es evidente la diferencia que existe entre una y otra transferencia; sin embargo, no lo es tanto si se le pretende referir a la naturaleza de las operaciones en estudio.

En opinión de Thévenoz,⁶⁸ las transferencias de débito fueron deliberadamente excluidas tanto del Artículo 4A como de la Ley Modelo, debido a que la mayor parte de estas transferencias son realizadas por consumidores y están generalmente limitadas al plano nacional. En realidad, la primera razón ofrecida por Thévenoz carece en absoluto de relevancia para excluir las transferencias de débito de ambas leyes. En efecto, el Artículo 4A no excluye a todas las transferencias realizadas por consumidores (*i.e.*, personas físicas, según la definición del término en la Ley de Transferencias Electrónicas de Fondos o "LTEF"), sino sólo a aquellas transferencias realizadas por consumidores que están expresamente reguladas por la LTEF. Y, por lo que hace a la Ley Modelo, la misma no se ocupa del problema de los consumidores como tales.

A pesar de reconocer que las transferencias de débito requerirían disposiciones diferentes a las aplicables a las transferencias de crédito, debido a ciertas peculiaridades operativas, este autor considera que su exclusión tanto del Artículo 4A como de la Ley Modelo limita significativamente el alcance de estos ordenamientos, lo que debe ser cuestionado.

El argumento de Thévenoz no carece del todo de atractivo. Sin embargo, no parece tener mucho soporte. Quizá su argumento más importante sea el de la expectativa de que estas transferencias crezcan en el futuro en volumen y monto,⁶⁹ lo que no es razón suficiente para regularlas en la Ley Modelo ni en ningún otro ordenamiento legal, aunque bien pudieran ser en el futuro objeto de un nuevo intento legislativo por parte de la Comisión.

⁶⁸ Luc Thévenoz, *Error and fraud in wholesale funds transfers: U.C.C. Article 4A and the UNCITRAL harmonization process*, in *Alabama Law Review*, Vol. 42:2:881, p.896.

⁶⁹ Es verdad que, citando a Felsenfeld, Thévenoz sugiere que ambos tipos de transferencia son estructuralmente similares y que, por tanto, deberían estar regulados por un mismo ordenamiento legal.

En realidad, la decisión de sólo regular las transferencias de crédito fue tomada por el Grupo de Trabajo, considerando que este tipo de transferencias son más comunes que las transferencias de débito en el comercio internacional y que, como señala Effros,⁷⁰ las "transferencias de crédito pueden ser más sencillas que las transferencias de débito realizadas con base en el intercambio de títulos de crédito; se adaptan particularmente bien a la comunicación por medios electrónicos,⁷¹ sea por telégrafo, télex o cualquier otro similar; son menos vulnerables al error y al fraude que las transferencias de débito tradicionales o documentadas".

Como ya comentamos con anterioridad, el Grupo de Trabajo decidió excluir de su ámbito de aplicación a las transferencias de débito desde su primer período de sesiones. Al asunto volvió a prestársele alguna atención nuevamente durante el segundo y tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo y no volvió a tratarse más con posterioridad.

a) El Artículo 4A

El Artículo 4A del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América también excluye de su ámbito de aplicación a las transferencias de débito, al exigir que las órdenes de pago cumplan con los siguientes requisitos:

a) que la instrucción no establezca ninguna condición para su pago, excepto la fecha de pago,⁷² lo que excluye a aquellas transferencias en las que el pago deba hacerse a petición del beneficiario;

b) que el banco receptor sea reembolsado cargando contra una cuenta del iniciador o reciba el pago de éste de cualquier otra manera; y

c) que se transmita directamente al banco receptor o a un mandatario, sistema de transferencia de fondos o sistema de comunicaciones para ser transmitida al banco receptor.

Según Felsenfeld,⁷³ las transferencias de débito fueron excluidas del ámbito de aplicación del Artículo 4A, porque no son tan comunes como las transferencias de crédito y porque no se les percibía entonces como operaciones que dieran lugar al tipo de riesgos que el Artículo 4A trataba de regular. Sin embargo, agrega, el volumen de estas transferencias va en aumento, lo que hace dudar acerca de lo atinado de la decisión de excluirlas del Artículo 4A.

⁷⁰ Effros, op. cit., p. 511.

⁷¹ En el mismo sentido, véase el párrafo 12 de la Guía Jurídica.

⁷² En Derecho mexicano esto no constituye una condición propiamente dicha, sino un término.

⁷³ Carl Felsenfeld, *Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code*, in *Current legal issues affecting central banks*, Edited by Robert C. Effros, International Monetary Fund, Volume I, May 1992, p. 438

b) Lineamientos de la Cámara Internacional de Comercio

El ámbito de aplicación de los Lineamientos sobre Transferencias Interbancarias Internacionales de Fondos y Compensación publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (los "Lineamientos") parecen estar también limitados a las transferencias de crédito, exclusivamente. Lo anterior resulta de la definición del término "transferencia de fondos" que da el inciso E del artículo 1 de dichos Lineamientos, en los siguientes términos: "el movimiento completo de fondos entre el iniciador (el iniciador de una instrucción de transferencia)⁷⁴ y el beneficiario (la última parte a ser acreditada o pagada como resultado de una transferencia⁷⁵)", lo que, en principio, excluye del ámbito de aplicación de estos Lineamientos a aquellas transferencias iniciadas por el beneficiario o deudor de la obligación subyacente, que es una característica de las transferencias de débito. Es verdad que al no exigir que el mensaje de transferencia de fondos sea incondicional y que el pago al beneficiario no haya de hacerse a solicitud de este último, se estaría abriendo la posibilidad de que quedaran incluidas aquellas transferencias de débito en las que el iniciador hubiere instruido a su banco para ejecutar los mensajes de transferencia de fondos que le enviaran el beneficiario o su banco.

Por otra parte, aun cuando la cuestión del reembolso de un "mensaje de transferencia de fondos" parece dejarse a la voluntad de las partes,⁷⁶ el artículo 7 establece de alguna manera la obligación a cargo del banco expedidor, de reembolsar a su banco receptor dentro de un plazo determinado. Nos parece que el efecto de estas disposiciones es el mismo que produce el requerimiento de la Ley Modelo y el Artículo 4A en el sentido de que el banco receptor debe recibir el pago de la orden precisamente del banco expedidor, a saber: excluir las transferencias en las que el banco receptor de la orden de pago ha de recibir el pago de la misma de una persona distinta a su expedidor, lo cual es también una característica fundamental de las transferencias de débito.

c) El SPEUA

En el caso del SPEUA, la exclusión de las transferencias de débito resulta principalmente de lo dispuesto por el numeral 3.5 de la Circular, por virtud del cual una Institución Participante emisora queda obligada a pagar a la Institución Participante receptora, el importe de la orden de pago. Debe tomarse en consideración en este sentido, el hecho de que las Instituciones Participantes sólo están obligadas a enviar las órdenes de pago que les soliciten sus cuentahabientes, siempre que existan fondos suficientes en la cuenta que les

⁷⁴ Inciso I del artículo 1.

⁷⁵ Inciso B del artículo 1.

⁷⁶ Inciso VIII del artículo 5.

lleva dicha Institución Participante,⁷⁷ lo que si bien de manera tímida y poco elegante, da a entender que una Institución Participante que reciba una solicitud de alguno de sus clientes, normalmente será reembolsado cargando contra la cuenta de dicho cliente.

2. Instrucciones sujetas a condición

En principio, las instrucciones de pago sujetas a condición no quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, por no cumplir los requisitos exigidos por el inciso b) del artículo 2 de dicha Ley Modelo. Sin embargo, el párrafo 1 de su artículo 3 establece que "cuando una instrucción no tenga el carácter de orden de pago por estar sujeta a condición, pero el banco que la haya recibido la ejecute emitiendo una orden de pago pura y simple, el expedidor de la instrucción tendrá, a partir de entonces, los mismos derechos y obligaciones conforme a la presente ley que el expedidor de una orden de pago, y el beneficiario designado en la instrucción deberá ser tratado como beneficiario de una orden de pago".

Cabe resaltar, en primer lugar, el descuido de los redactores de la Ley Modelo, al utilizar el término "expedidor", que es un término definido en la Ley Modelo y que se circunscribe a la persona que emite una orden de pago, en relación con una persona que emite una instrucción que ciertamente no constituye una orden de pago. Esto es así, incluso después de que el banco al cual hubiera emitido su instrucción condicional la hubiere ejecutado emitiendo una orden de pago, pues el efecto del párrafo 1 del artículo 3 no consiste en considerar a la instrucción condicional originalmente emitida como una orden de pago, sino simplemente atribuir a la persona que la emitió, a partir de la emisión de una orden de pago, los mismos derechos que la Ley Modelo atribuye a un expedidor. El comentario anterior resulta igualmente válido y aplicable, en nuestra opinión, al empleo del término "beneficiario" en relación con la persona que, en última instancia, debe ser pagada como consecuencia de la ejecución de una instrucción condicional.

Debe tomarse en consideración el hecho de que el texto final del artículo 3 de la Ley Modelo, constituye la fórmula del compromiso político al que la Comisión tuvo que llegar para tratar de conciliar los intereses, aparentemente irreconciliables, de la delegación de los Estados Unidos de América por una parte, y las delegaciones de algunos países europeos por otra.

La cuestión de las instrucciones sujetas a condición no fue objeto de debate en el Grupo de Trabajo, sino hasta su quinto período de sesiones, en el cual se propuso que la Ley Modelo se aplicara únicamente a aquellas instrucciones que hubieran sido emitidas por un iniciador (*sic*) sujetas a alguna

⁷⁷ Numeral 3.3 de la Circular.

condición, cuando dicha condición debiera cumplirse con anterioridad al momento en que el banco que hubiere recibido la instrucción condicional correspondiente, la ejecutara mediante la emisión de una orden de pago, ya que, se dijo, éstas eran el tipo de instrucciones de pago sujetas a condición más comunes.⁷⁸

En este mismo período de sesiones, la delegación de los Estados Unidos de América presentó al Grupo de Trabajo un documento en el que señalaba, entre otras cosas, que las diferencias existentes en ese momento entre el Artículo 4A (redactado con una mayor apreciación de la realidad) y la Ley Modelo (más dedicada a las tradiciones del pasado) hacían prácticamente imposible que los Estados Unidos llegaran a adoptar algún día la Ley Modelo.

En efecto, en línea con su propuesta de que la Ley Modelo sólo debería ocuparse de aquellas transferencias de crédito por montos sumamente elevados, realizadas a gran velocidad y bajo costo, la delegación de los Estados Unidos de América propuso que se eliminara de la definición de orden de pago, toda referencia a la posible condicionalidad de las mismas, o lo que era lo mismo, que se excluyera a las órdenes de pago sujetas a condición, del ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

La delegación de los Estados Unidos de América consideraba que la inclusión de estas instrucciones condicionales era contrario al objetivo de eficiencia que habían perseguido los redactores del Artículo 4A mismo que, suponían, debería ser el que animara también a los redactores de la Ley Modelo. En particular, consideraba que esto era contrario a dos de las principales manifestaciones de este objetivo de eficiencia, a saber: el objetivo de la velocidad y el de bajo costo de las transferencias de crédito.⁷⁹ En efecto, al requerir casi forzosamente la participación directa de seres humanos (pues alguien tendría que verificar el cumplimiento de la condición), estas transferencias serían por necesidad más lentas que las transferencias totalmente automatizadas, lo que obligaría a los bancos a establecer precios más elevados por la prestación de estos servicios, no sólo como consecuencia del costo de la participación humana en sí misma sino también, y quizá me atrevería a decir que principalmente, por la mayor responsabilidad a que podrían estar sujetos.

Por otra parte, algunas delegaciones de países europeos argumentaron que las órdenes de pago sujetas a condición eran una actividad muy común entre los bancos y las oficinas postales europeas y que seguirían realizándose, estuvieran o no reguladas por la Ley Modelo. Con la desventaja, claro está, de que, de excluirse del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, estas órdenes de

⁷⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, acerca de la labor realizada en su 20º período de sesiones, (Viena, 27 de noviembre a 6 de diciembre de 1989) (A/CN.9/329, p. 78).

⁷⁹ Patrikis, Baxter y Bhaia, consideran que las disposiciones del Artículo 4A no son ni pro-consumidores ni pro-bancos, sino pro-eficiencia. Consideran también que el objetivo de eficiencia tiene tres manifestaciones, a través de las cuales deben ser analizadas las disposiciones de esa Ley, a saber: alta velocidad, seguridad y bajo costo.

pago tendrían que ser reguladas por ordenamientos legales diferentes (si es que existiera alguno), probablemente incompatibles con la Ley Modelo. Lo anterior, evidentemente, sería contrario al objetivo de armonización de los distintos regímenes jurídicos nacionales en torno a las transferencias de crédito, perseguido por la Comisión. Además, podría resultar sumamente perjudicial para aquellos bancos intermediarios que ejecutaran una orden de pago sin saber (y difícilmente podrían saberlo) si la instrucción original había sido emitida o no como una orden de pago. En nuestra opinión, este es probablemente el único argumento de peso para justificar la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo en este sentido.

En su siguiente período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que el texto de la Ley Modelo debería revisarse a fin de que el mismo fuera compatible con las necesidades de las transferencias de crédito realizadas a gran velocidad.⁸⁰ En relación con nuestro tema de estudio, esta revisión se tradujo en la exclusión de las instrucciones sujetas a condición del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Por si quedara alguna duda respecto de la influencia que tuvo sobre esta decisión del Grupo de Trabajo, la posición de los Estados Unidos de América, la delegación de este país se encargó de dejar constancia de ello, agradeciendo al Grupo de Trabajo su deseo de acoplarse a su preocupación sobre las instrucciones condicionales.⁸¹

Aun cuando la definición del término "orden de pago" se modificó para establecer que sólo serían consideradas como tales las instrucciones de pago incondicionales, el Grupo de Trabajo discutió el problema relativo a las instrucciones condicionales que son ejecutadas por el banco receptor mediante la emisión de una orden de pago. En este sentido, se hizo notar que, una vez emitida una orden de pago, la transferencia quedaría sujeta a la Ley Modelo, debiendo considerarse como iniciador de la misma al primer expedidor de una orden de pago. Sin embargo, en caso de que la transferencia no pudiera completarse por cualquier motivo, el emisor de la instrucción condicional original no tendría derecho alguno al amparo de la Ley Modelo, solución que el Grupo de Trabajo no consideró del todo apropiada. En consecuencia, se decidió incluir una disposición en la Ley Modelo, haciendo extensivos los derechos de un iniciador a dicho emisor de una instrucción condicional que hubiere sido ejecutada mediante la emisión de una orden de pago.⁸² Adoptando una postura un tanto proteccionista, el Grupo de Trabajo decidió que este iniciador estaría mejor con la Ley Modelo que sin ella, lo que no necesariamente es cierto, como veremos más adelante.

⁸⁰ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1991, Vol. XXII, p. 151 (A/CN.9/341), p. 148

⁸¹ Statement of the position of the United States delegation with respect to Draft Model Law on International credit transfers resulting from the twenty first session of the Working Group on International Payments, p. 9.

⁸² Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1991, Vol. XXII, (A/CN.9/341), p. 151.

Con el propósito de instrumentar este acuerdo, en su último período de sesiones el Grupo de Trabajo incluyó un nuevo párrafo en la definición de orden de pago, señalando que, "cuando una instrucción no tenga el carácter de orden de pago por estar sujeta a condición, pero esta condición se cumple posteriormente y un banco, que haya recibido la orden (*sic*), la ejecuta cumplida ya la condición, esa orden será tenida por pura y simple desde el momento de su emisión."

Esta disposición exigía que la condición se hubiera cumplido para que entonces fuera aplicable la Ley Modelo,⁸³ por lo que, en principio, aquellas instrucciones condicionales que hubieran sido ejecutadas mediante la emisión de una orden de pago cuando la condición no se hubiere cumplido, quedarían fuera de la Ley Modelo.

En su primer período de sesiones, la Comisión decidió que la aplicación de la Ley Modelo no debería depender del cumplimiento de la condición y que aquélla debía aplicarse siempre que el banco receptor hubiera emitido una orden de pago pura y simple, aun cuando la condición a que estaba sujeta la instrucción original no se hubiere cumplido. Lo anterior resulta congruente con el principio de que la Ley Modelo debería referirse únicamente a cuestiones relacionadas con el pago.⁸⁴ Asimismo, la Comisión decidió que el efecto de considerar a la instrucción condicional como una orden de pago desde el momento de su emisión no era del todo correcta, pues podría dar lugar a la aplicación retroactiva de la Ley Modelo en perjuicio del banco receptor. Así, el carácter de la instrucción condicional no cambiaría por el sólo hecho de que, para ejecutarla, se hubiera emitido una orden de pago; simplemente, a partir de ese momento, la persona que la hubiera emitido tendría los mismos derechos que un iniciador bajo la Ley Modelo.

A pesar de haberse llegado a ella por la vía del compromiso político, la solución que ofrece el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley Modelo parece haber sido un acierto después de todo, al menos parcialmente como veremos enseguida.

En relación con la solución aportada por la Ley Modelo, Patrikis, Baxter y Bhala (tan poco propensos a reconocer las bondades de dicha Ley), reconocen⁸⁵ que sus redactores previeron una situación que pasó totalmente inadvertida para los redactores del Artículo 4A. Aunque, agregan, en el caso de que esa situación llegara a presentarse, es probable que la misma sea resuelta de la misma manera bajo el Artículo 4A. Evidentemente, preferimos la certeza de la Ley Modelo en

⁸³ Este párrafo fue tomado casi literalmente de una propuesta realizada por la delegación del Reino Unido, presentada a la Secretaría después de la sexta sesión del Grupo de Trabajo. Por cierto, el Reino Unido estaba en contra de las órdenes de pago sujetas a condición.

⁸⁴ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo cuarto período de sesiones, Nueva York, 1991, Suplemento No. 17 (A/46/17), p. 12.

⁸⁵ Op. cit., p. 257

esta materia, a la mera probabilidad que según estos autores ofrece el Artículo 4A.

La crítica de estos autores no se centra, pues, en la sola ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo para incluir este tipo de instrucciones condicionales, sino en la pretensión (injustificada, según creemos) de la Ley Modelo de aplicarse a toda la transferencia, incluyendo a la persona que originalmente emitió la Instrucción sujeta a condición.

En efecto, en este caso, el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley Modelo establece que el expedidor (*sic*) de la Instrucción sujeta a condición tendrá, a partir del momento en que su banco la ejecuta emitiendo una orden de pago pura y simple, los mismos derechos y obligaciones que la Ley otorga e impone, respectivamente, al expedidor de una orden de pago.

¿No habría sido más propio considerar como iniciador de la transferencia de crédito al primer banco que hubiera emitido una orden de pago pura y simple? Nos inclinamos a pensar que sí. ¿Qué sucede si una persona quiso emitir su Instrucción sujeta a condición precisamente para no quedar sujeta a la Ley Modelo? ¿La Ley Modelo tendría que aplicarse aún en estos casos?

En realidad, lo que hace el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley Modelo es expandir su ámbito de aplicación de tal manera que quedan sujetas a dicha Ley, todas las órdenes de pago sujetas a condición, siempre que ésta daba cumplirse en un momento previo al de la aceptación de la Instrucción por parte del banco del beneficiario. Lo anterior es así, pues en la gran mayoría de los casos, un banco receptor ejecutará una orden de pago sujeta a condición, una vez cumplida tal condición, mediante la expedición de una orden de pago pura y simple. Quedarían excluidas, por tanto, únicamente, aquellas órdenes de pago sujetas a condición, cuando ésta deba cumplirse en el banco del beneficiario, mismo que ya no emite orden de pago alguna, sino que se limita a pagar o poner a disposición del beneficiario el monto de la orden de pago.

El párrafo 2 del artículo 3 de la Ley Modelo establece que la Ley Modelo no registrará el momento de ejecución de la Instrucción condicional recibida por un banco, ni afecta ningún derecho u obligación del expedidor de una Instrucción condicional que dependa de si se ha cumplido o no una condición.

Los resultados a que puede dar lugar la aplicación de la segunda parte de este precepto pueden llegar a ser francamente desventajosos para una persona que emita una Instrucción condicional con la intención de escapar al ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Supongamos que el emisor de una Instrucción condicional la emite así para poder exigir de su banco, sin necesidad de pactarlo expresamente, en caso de que la transferencia no llegara a completarse, el pago de daños y perjuicios. Si el banco emitió una orden de pago después del

cumplimiento de la condición y la transferencia no se completa, dicho banco únicamente estaría obligado a reembolsar en los términos de la Ley Modelo, pero el emisor de la Instrucción condicional no podría exigir el pago de daños y perjuicios por un monto mayor, pues cumplida la condición, el párrafo 2 del artículo 3 no tiene aplicación alguna. Lo anterior se desprende claramente de lo dispuesto por el artículo 3.2 de la Ley Modelo, mismo que señala que dicha Ley no "afectará a ningún derecho u obligación del expedidor (sic) de una instrucción condicional que dependa de si se ha cumplido o no una condición". Entendemos que los derechos y obligaciones cuya existencia no dependa específicamente de si se ha cumplido o no la condición, sí serán modificados por la Ley Modelo. En otras palabras, para que esos otros derechos del emisor de una instrucción condicional no se vean afectados por la Ley Modelo, se requiere que su reclamación en contra del banco se funde exclusivamente en el incumplimiento de la condición; en cualquier otro caso, la Ley Modelo podría afectar dichos derechos.

De ser este el caso, el emisor de la instrucción condicional no tendría más acción en contra de su banco que aquellas expresamente consignadas en el artículo 17 de la Ley Modelo.⁸⁶

En conclusión, pensamos que es un acierto de la Ley Modelo el pretender regular incluso aquellas transferencias que se hubieran iniciado mediante la emisión de una instrucción condicional, ejecutada a través de la emisión de un orden de pago. Sin embargo, consideramos que es un error el que dicha Ley Modelo se aplique en un momento anterior al de la emisión de la primera orden de pago.

a) El Artículo 4A

Para que una instrucción se considere orden de pago, no debe establecer ninguna condición para el pago al beneficiario que no sea la fecha de pago. Como sabemos, en derecho mexicano esta fecha de pago no es una condición sino un término. El artículo 4A excluye totalmente de su ámbito de aplicación a las instrucciones condicionales. Ni siquiera se ocupa de las instrucciones condicionales que sean ejecutadas mediante la emisión de un orden de pago puro y simple, lo que evidentemente constituye una laguna en dicho ordenamiento legal.

⁸⁶ El artículo 18 de la Ley Modelo señala con toda claridad que las acciones previstas en el artículo 17 son excluyentes de cualquier otra.

b) Los Lineamientos

Estos Lineamientos no excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a las instrucciones de pago condicionadas, lo que nos hace suponer que, en principio, también quedan incluidas.

c) El SPEUA

El numeral 3.3 de la Circular, establece la obligación a cargo de una Institución Participante que reciba de sus cuentahabientes una "solicitud" para enviar una orden de pago, consistente en enviar dicha orden de pago dentro de los 30 minutos siguientes a la fecha en que hubiere recibido la solicitud respectiva, siempre que existan fondos suficientes en la cuenta del cuentahabiente. Hasta dónde esta limitación temporal pueda tomarse como una restricción impuesta a las Instituciones Participantes en el sentido de no aceptar "solicitudes" condicionales es una cuestión de interpretación. Sin embargo, en virtud de que la Circular no excluye expresamente de su ámbito de aplicación dichas solicitudes y de que tampoco restringe expresamente la libertad de las Instituciones Participantes para acordar con sus cuentahabientes términos adicionales a los de la Circular, nos inclinamos a pensar que sería válido el acuerdo por el que una Institución Participante se obligara a aceptar "solicitudes" condicionales de sus clientes. En este caso, la limitación temporal establecida en el numeral 3.3 de la Circular, aplicaría a partir del momento en que la condición se hubiere cumplido. De mayor importancia que la mera posibilidad de acordar esto con sus cuentahabientes, resulta la respuesta que se dé al siguiente cuestionamiento: ¿está obligada una Institución Participante a aceptar una "solicitud" condicional? Dado que la Circular no define el término "solicitud" ni lo restringe exclusivamente a aquellas solicitudes puras y simples, no podemos sino concluir que la respuesta correcta tendría que ser afirmativa, evidentemente en perjuicio de las Instituciones Participantes.

Con relación a las órdenes de pago propiamente dichas (aquellas enviadas entre Instituciones Participantes), aunque la Circular también establece un plazo muy breve para su ejecución y señala que no son revocables, no prohíbe expresamente que estén sujetas a condición, por lo que habría que concluir que incluye también a las instrucciones condicionales. Sin embargo, por las características propias del sistema, es difícil que tenga capacidad para procesar órdenes de pago condicionales. En todo caso, las órdenes de pago que no sean tramitadas al cierre de operaciones del SPEUA, se tendrán por canceladas, atento a lo dispuesto por el numeral 3.6 de la Circular. La Institución receptora de una orden de pago debe acreditar su importe dentro de los 30 minutos siguientes a su recepción, siempre que el beneficiario sea la propia Institución participante o un cuentahabiente. En el caso de órdenes de pago condicionales, este plazo comenzaría a correr a partir del cumplimiento de la condición.

¿Está obligada una Institución Participante a aceptar una orden de pago condicional? Toda vez que las Instituciones Participantes están obligadas a ejecutar las órdenes de pago que reciban y, dado que el concepto "orden de pago" no excluye a las instrucciones condicionales, pensamos que en este caso la respuesta también tendría que ser afirmativa.

Evidentemente, esta falta de precisión de la Circular en relación con el asunto que nos ocupa, constituye un grave defecto de la misma.

3. Transferencias Electrónicas

Cuando la Comisión decidió iniciar el proceso de elaboración de unas Reglas Modelo sobre transferencias electrónicas de fondos, en el año de 1986, lo hizo tratando de dar una respuesta a los problemas planteados por el uso de la electrónica en las transferencias internacionales de fondos y movida por los cambios en las prácticas bancarias provocados por este tipo de operaciones. Así, aun cuando en ese mismo año la Comisión decidió que estas Reglas deberían ser flexibles y estar redactadas de manera que su aplicación no dependiera de una tecnología determinada, encargó al Grupo de Trabajo que iniciara sus labores considerando una serie de problemas jurídicos relacionados precisamente con las transferencias electrónicas de fondos.

A pesar de que el mandato inicial de la Comisión al Grupo de Trabajo hacía una referencia expresa a las transferencias electrónicas, muy pronto el Grupo de Trabajo (apenas en su segunda sesión)⁸⁷ optó por extender el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, de tal manera que quedaran incluidas todas las transferencias de crédito, independientemente de la forma en la que se llevaran a cabo y del medio a través del cual fueran transmitidas de un expedidor a un banco receptor.⁸⁸

Las únicas transferencias excluidas fueron aquellas iniciadas con base en un título de crédito.⁸⁹

Entre las razones que se dieron dentro del Grupo de Trabajo y la Comisión para soportar esta ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, nos parecen las más importantes las siguientes:

a) La dificultad de definir lo que debe entenderse por transferencia electrónica de fondos;

⁸⁷ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XX, (A/CN.9/317), p.45

⁸⁸ Lojendio Osborne, op. cit., p. 101, considera que esta decisión del Grupo de Trabajo se tomó siguiendo las orientaciones más extendidas y razonables.

⁸⁹ Thévenoz, op. cit. p.896.

b) La inconveniencia de hacer depender la aplicación de la Ley Modelo de un hecho que difícilmente puede ser concido por todas las partes en una transferencia de crédito. Para ilustrar esto, sirva el presente ejemplo: supongamos que un banco intermediario recibe de su banco expedidor una orden de pago electrónica, misma que es ejecutada por dicho banco intermediario mediante la emisión de otra orden de pago electrónica. El banco intermediario tendría razón para suponer que la transferencia estaría regida por la Ley Modelo. Sin embargo, en virtud de que en una etapa previa o posterior de la cadena, desconocida por completo para dicho banco intermediario, una orden de pago pudo no haber sido electrónica sino documentada, toda la transferencia quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

c) Los problemas derivados de las transferencias de crédito eran prácticamente los mismos tratándose de transferencias electrónicas que de transferencias documentadas; por tanto, no era justificable hacer una distinción entre transferencias de crédito únicamente por el medio en que fueran transmitidas.

d) La gran mayoría de transferencias internacionales de crédito conservaban aún segmentos documentados u orales, sobre todo en la etapa del iniciador.

e) Una dicotomía en el régimen jurídico aplicable a las transferencias de crédito no era deseable.

Como bien se hizo notar en un Informe preparado por la Secretaría,⁹⁰ en caso de decidirse que la Ley Modelo sólo fuera aplicable a las transferencias electrónicas, había que establecer una definición clara y precisa de ese término, cuestión nada fácil por cierto.

La definición que hacía la Guía Jurídica y que probablemente pudiera haber sido tomada como modelo inicialmente por el Grupo de Trabajo, resultaba a todas luces insuficiente, como podrá apreciarse a continuación: "Por transferencia electrónica de fondos se entiende, en la presente guía, la transferencia de fondos en la que una o más de las operaciones del proceso que antes se desarrollaban sobre la base de técnicas documentales, se efectúan ahora mediante técnicas electrónicas".⁹¹

La definición contenida en la LTEF de los Estados Unidos de América, aun cuando resultaba un poco más clara y comprensiva que la de la Guía Jurídica,

⁹⁰ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX (A/CN.9/WG.IV/WP.35), p. 35

⁹¹ Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos, Nueva York, 1987 (A/CN.9/SER.B/1) párrafo 6.

hacia una enumeración de los posibles medios a través de los cuales podía iniciarse una orden de pago para que la transferencia se considerara electrónica (a saber: a través de una terminal electrónica, un teléfono, una computadora o un disco magnético), criterio que fue considerado siempre como insuficiente, debido a que podría dar lugar a la exclusión de otros métodos aún no conocidos y podría, asimismo, tener el efecto no deseado de favorecer el uso de determinados medios en perjuicio de otros.

Hasta el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo, la definición de orden de pago hacía referencia a un mensaje, verbal o escrito. En esta sesión se decidió no hacer ninguna referencia a los posibles medios de transmisión de una orden de pago, quizá, como señala Lojendio Osborne,⁹² con la intención de dejar abierta la puerta al desarrollo y utilización de nuevas tecnologías. Ni siquiera se aceptó una propuesta que pretendía sustituir el listado de posibles medios de transmisión por la frase "por cualquier medio", pues se pensó que este era un asunto que debía resolver la legislación nacional. Sin embargo, en su redacción final, la definición del término orden de pago, sí establece que la instrucción de poner fondos a disposición de un beneficiario puede ser transmitida en cualquier forma.

La delegación de los Estados Unidos de América se pronunció en contra de esta ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, e incluso presentó una nota⁹³ al Grupo de Trabajo en ese mismo período de sesiones, proponiendo que dicho Grupo de Trabajo se ocupara de la elaboración de dos ordenamientos distintos: uno aplicable a las transferencias electrónicas de alta velocidad y otro aplicable a las transferencias documentadas o tradicionales.

Aunque como apunta Bergsten,⁹⁴ la sugerencia de los Estados Unidos no fue nunca considerada seriamente por el Grupo de Trabajo ni la Comisión,⁹⁵ la posición de los Estados Unidos de América en relación con este punto tuvo importantes repercusiones en los trabajos del Grupo de Trabajo y de la Comisión a partir de ese momento y en el texto finalmente aprobado de la Ley Modelo.

Vista a la luz de lo dispuesto por la sección 4A-103 del Artículo 4A en relación con las órdenes de pago, mismas que pueden ser transmitidas "verbalmente, electrónicamente o por escrito", la propuesta de los Estados Unidos podría parecer un tanto incongruente. ¿Por qué empeñarse en limitar así el ámbito de una ley aplicable a las transferencias internacionales cuando la ley doméstica no lo hace? Sin embargo, dicha congruencia quizá podría encontrarse

⁹² Lojendio Osborne, op. cit., p. 101

⁹³ Yearbook of the United Nations Commissions on International Trade Law, 1991, Vol. XXII (A/CN.9/WG.IV/WP.47), p. 193

⁹⁴ Bergsten, op. cit., p.430.

⁹⁵ En el mismo sentido, ver comentario en Crawford, Bradley, *International credit transfers: the influence of Article 4A on the Model Law*, Canadian Business Law Journal, Vol. 19, 1991, p.177

en el hecho de que, hasta el día de hoy, no se ha desarrollado en los Estados Unidos ningún sistema de transferencias de crédito documentadas.⁹⁶

La delegación de los Estados Unidos de América siguió presionando a partir de ese momento para que la Ley Modelo se ajustara a las prácticas bancarias existentes y las necesidades operativas de las transferencias de crédito por montos elevados, realizadas a gran velocidad y bajo costo.⁹⁷

Por su parte, en el Grupo de Trabajo se hizo notar que varios Estados tenían algunas disposiciones en relación con transferencias de crédito documentadas y que existía abundante jurisprudencia al respecto. En realidad, esto no era del todo cierto. Bien podía ser que en algunos países europeos existieran algunas disposiciones regulando transferencias de crédito documentadas, pero éstas eran básicamente los "giros" realizados por consumidores a través de oficinas postales o bancos.

Partiendo del reconocimiento de la importancia del sistema de pagos norteamericano, el Grupo de Trabajo, en su séptima sesión, decidió que la Ley Modelo debería ajustarse a las necesidades operativas de las transferencias de crédito ultrarrápidas.

a) El Artículo 4A

A pesar de que la gran mayoría de pagos regulados por esta Ley normalmente involucran algún tipo de transmisión electrónica, su aplicación no depende del medio utilizado para transmitir una orden de pago. Como el propio comentario oficial del Artículo 4A reconoce, la orden de pago puede transmitirse por carta o por cualquier otra comunicación y la comunicación verbal por vía telefónica es bastante común.

b) Lineamientos

No mencionan nada sobre el medio de transmisión de las órdenes de pago, por lo que podemos válidamente concluir que pretende aplicarse tanto a las transferencias electrónicas como a las documentadas.

⁹⁶ Geva, *op. cit.*, p. 1-24

⁹⁷ Crawford, Bradley, *International credit transfers: the influence of article 4A on the Model Law*, Canadian Business Law Journal, Vol. 19, 1991, p. 169

c) El SPEUA

Del nombre mismo del Sistema se deduce la intención de Banco de México consistente en regular exclusivamente los pagos electrónicos. En este sentido, el numeral 3.1 de la Circular establece la obligación a cargo de las Instituciones Participantes que deseen enviar órdenes de pago, consistente en utilizar los equipos y programas de cómputo que el Banco de México especifique en el Manual de Operación del Sistema.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3.4 de la Circular, las órdenes de pago deben cumplir con las especificaciones y hacerse utilizando los formatos (no aclara si documentales o electrónicos) señalados en el Manual de Operación. Según este último documento, la Institución Participante debe capturar la "solicitud" de pago hecha por el cliente, en la terminal del SPEUA, "ya sea en forma manual o a través de archivos generados previamente en los sistemas internos de la institución".

No existe restricción alguna en el sentido de que los clientes deban enviar sus solicitudes a través de medios electrónicos a las Instituciones Participantes; por lo tanto, consideramos que pueden hacerlo a través de cualquier medio: escrito, verbal o a través del uso de sistemas de cómputo.

El Manual de Operación establece que las órdenes de pago tienen que ser enviadas de la terminal del SPEUA en la Institución expedidora al computador central del SPEUA. Suponemos que el procedimiento normal para hacer esto sea transmitir electrónicamente y "en línea" la información contenida en la terminal al computador central, aunque esta información bien podría ser enviada a dicho computador central, almacenada en un diskette o incluso por escrito, situaciones que no están expresamente prohibidas. Pensamos que esta laguna en la Circular se debe no tanto a que Banco de México hubiera querido permitir esta forma de transmitir la información al computador central del SPEUA, sino a una falta de técnica jurídica de los redactores de la Circular.

4. El concepto de banco

La Ley Modelo no sólo se aplica a aquellas transferencias de crédito que son llevadas a cabo por instituciones de crédito o bancos, en el sentido tradicional de la palabra, sino también por aquellas "otras entidades que, en el curso normal de sus negocios, ejecuten órdenes de pago,"⁹⁸ es decir, aquellas entidades que, en el curso normal de sus negocios, emiten órdenes de pago destinadas a cumplir las órdenes de pago que reciban.⁹⁹

⁹⁸ Párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo

⁹⁹ Ver definición del término "ejecución", en el inciso l) del artículo 2 de la Ley Modelo.

Quedan excluidas, por lo tanto, aquellas empresas de telecomunicaciones (v.g. SWIFT) que transmiten información entre bancos intermediarios pero que no emiten órdenes de pago, así como las cámaras de compensación y liquidación que facilitan el pago interbancario de órdenes de pago, pero que tampoco emiten órdenes de pago.

El texto final del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo y la definición del término banco, fueron motivo de arduas discusiones durante todo el proceso de elaboración de la Ley Modelo.

El concepto del término "banco" tiene especial importancia en la determinación del carácter internacional de una transferencia de crédito, por ejemplo, y en la definición del término orden de pago, por lo que podríamos afirmar que, bien sea indirectamente, determina el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Resultaría inútil en este momento tratar de mencionar los lugares de la Ley Modelo en los que aparece la palabra banco, pues prácticamente no existe un sólo artículo que no la mencione.

A pesar de la importancia que una definición clara y precisa del término examinado en este apartado tendría para la determinación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, ésta no define qué debe entenderse por dicho término.

Lo anterior no obedece a un simple descuido de sus redactores, sino a una decisión deliberada tomada por la Comisión en su vigésimo cuarto período de sesiones. En efecto, la Comisión tuvo que reconocer en esa reunión la dificultad planteada por la necesidad de encontrar una definición de banco que pudiera ajustarse a lo que las leyes de los distintos Estados a los que estaría dirigida la Ley Modelo, establecieran en este sentido. La Comisión decidió eliminar del texto de la Ley Modelo la definición de banco, con el fin de permitir que cada Estado que adoptara la Ley Modelo, "diese a la palabra banco su significado corriente con arreglo a la legislación bancaria común".¹⁰⁰

En adición, el ámbito de la Ley Modelo se amplió considerablemente con la inclusión del párrafo 2 del artículo 1, haciendo aplicable la Ley Modelo a otras entidades que en el curso normal de sus negocios, ejecuten órdenes de pago, es decir, que en el curso ordinario de sus negocios emitan órdenes de pago destinadas a cumplir las órdenes de pago que reciban.

En relación con esta ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, la delegación de los Estados Unidos de América manifestó enérgicamente su rechazo, señalando que, en principio, las transferencias de crédito sólo deberían

¹⁰⁰ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo cuarto período de sesiones, Nueva York 1991, Suplemento No. 17 (A/46/17), p. 17

ser realizadas por instituciones bancarias de depósito y supervisadas por las autoridades bancarias nacionales, debido a la importancia que para los sistemas de pagos tenía la solidez financiera de las instituciones involucradas en el negocio de las transferencias de fondos.

Se sugirió entonces que sólo las instituciones de depósito fueran consideradas como bancos, de modo que quedaran excluidas las oficinas del servicio postal y otras empresas privadas que llevaran a cabo transferencias mediante la aceptación y pago en efectivo. Sin embargo, no se aceptó esta "limitación indebida" del ámbito de aplicación de la Ley Modelo y se decidió dejar intacta la definición.

Por el otro lado, varias delegaciones europeas pugnaron porque la definición de banco fuera lo más amplia posible, de modo que incluyera no sólo a los bancos sino a todos los demás participantes activos en el mercado de las transferencias de crédito, principalmente el servicio postal. Se comentó que en muchos países el servicio postal era un participante activo en el mercado de las transferencias de crédito y que estaba autorizado, en algunas ocasiones, incluso para aceptar depósitos. En contra, se dijo que el servicio postal estaba regido por leyes administrativas y que sería impropio pretender aplicarle la Ley Modelo.

Como bien hacen notar Patrikis, Baxter y Bhala, si un sistema de pagos "saludable" es condición necesaria para un sistema financiero saludable y, en última instancia de una economía saludable, entonces la salud de los participantes en el sistema de pagos debería ser monitoreado periódicamente.¹⁰¹

Como señala Crawford,¹⁰² el problema es más práctico que teórico. Si una entidad cualquiera que no cumple con los requisitos establecidos por la legislación nacional para ser considerada como banco, no obstante lo anterior ejecuta órdenes de pago para sus clientes, tendría los derechos de un iniciador y no tendría las obligaciones de un banco del iniciador.

El problema, ciertamente, no es de fácil solución. Si se decide, como finalmente se decidió en la Ley Modelo, que otras entidades que no sean bancos puedan ejecutar órdenes de pago y queden sujetas a las obligaciones impuestas a los bancos en la Ley Modelo, cabría preguntarse si la situación financiera de dicha entidad le permitirá cumplir con dichas obligaciones, principalmente la obligación de reembolsar a su expedidor el importe de la orden de pago, en caso de que la transferencia no se complete por cualquier motivo. De darse una respuesta negativa a esta pregunta, mejor sería considerar a esas otras entidades como simples iniciadores, con el propósito de evitar riesgos considerables para todo el sistema de pagos.

¹⁰¹ Op. cit., p. 256.

¹⁰² Op. cit., p. 180.

Como ya se mencionó anteriormente, la pretensión del Grupo de Trabajo y de la Comisión en este sentido, fue siempre la de que Ley Modelo debía regular un servicio y no sistemas particulares.

Patrikis, Baxter y Bhala¹⁰³ critican no sólo la falta de definición del término banco sino la incorporación de esas otras entidades que, en el curso normal de sus negocios, ejecuten órdenes de pago, poniendo como modelo al Artículo 4A. Sin embargo, a pesar de que la crítica puede tener algunos argumentos en su favor, la referencia al Artículo 4A no. En efecto, la definición que el Artículo 4A hace del término banco (una institución involucrada en el negocio bancario, según la sección 4A-105) es tanto o más desafortunada que la falta de una definición en la Ley Modelo, además de que dicha definición incluye algunas "instituciones que no son bancos comerciales".¹⁰⁴

En conclusión, pensamos que hubiera sido mejor limitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo sólo a los bancos o instituciones de crédito que están sujetas a la supervisión estricta de las autoridades financieras en los distintos Estados, así como a regímenes de capitalización mucho más estrictos que la de otro tipo de instituciones. Recuérdese que en parte esto es lo que hace que, en nuestro país, al menos formalmente, se considere a las instituciones de crédito como de "acreditada solvencia".

a) El Artículo 4A

De conformidad con lo dispuesto por esta ley, las órdenes de pago sólo pueden ser "ejecutadas" por bancos, entendiéndose por banco, una persona involucrada en el negocio bancario, incluyendo bancos de ahorro, asociaciones de ahorro y préstamo, uniones de crédito y compañías fiduciarias.¹⁰⁵

b) Lineamientos

Se aplican únicamente a las órdenes de pago¹⁰⁶ entre bancos, es decir, entre "instituciones financieras de depósito".¹⁰⁷

c) El SPEUA

En lo que, a nuestro parecer, resulta un acierto de la reglamentación expedida por Banco de México a este respecto, la Circular sólo se aplica a las

¹⁰³ Op. cit., p. 255.

¹⁰⁴ Official Comment, p. 24

¹⁰⁵ Artículo 4A-105

¹⁰⁶ "Mensajes de transferencia de fondos", en la terminología propia del documento.

¹⁰⁷ Artículo 1, inciso A

órdenes de pago enviadas entre instituciones de crédito que tengan el carácter de Instituciones Participantes, por haber firmado el contrato correspondiente con el Banco de México, y el propio Banco de México.

5. Consumidores

Desde la primera sesión del Grupo de Trabajo, se planteó la cuestión relativa a si la Ley Modelo debería o no ocuparse de las transferencias realizadas por consumidores, habiéndose decidido que la Ley Modelo sería aplicable a todo tipo de transferencias de crédito, por lo que no se consideró conveniente excluir de su ámbito de aplicación a una transferencia, por el sólo hecho de que fuera realizada por un consumidor o con un propósito específico.

La exclusión de este tipo de transferencias no sólo resultaba inconveniente desde el punto de vista mencionado sino que además, planteaba una dificultad adicional: la de definir con precisión lo que debía entenderse por una transferencia realizada por consumidores.

Como criterios que permitirían distinguir a las transferencias de consumidores en caso de que se decidiera excluirlas, se propusieron los siguientes:

- a) la calidad de consumidor del iniciador o el beneficiario;
- b) el monto de la transferencia;
- c) la tecnología empleada para llevar a cabo la transferencia; y
- d) el propósito de la transferencia.

El Grupo de Trabajo tuvo que reconocer que el primer criterio, que a primera vista parecía el más adecuado para distinguir a una transferencia realizada por consumidores de otra cualquiera, no resultaba de mucha ayuda en este caso por las siguientes razones. Por una parte, el carácter de "consumidor" de una persona tendría que ser determinado por cada ordenamiento jurídico nacional y, por la otra, las diferencias en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en relación con este asunto eran tantas y tan profundas, que una posible unificación a partir de la Ley Modelo parecía casi imposible.

El segundo criterio fue desechado sobre la base de que el monto de la transferencia no alteraba en absoluto la naturaleza de ésta y de que prácticamente ninguno de los sistemas de transferencias de fondos que existían a nivel mundial establecían montos mínimos para las transferencias.

El tercer criterio fue desechado por las mismas razones que se dieron al tratar de las transferencias electrónicas y documentadas.

En relación con el cuarto criterio, la Secretaría¹⁰⁸ hizo notar al Grupo de Trabajo que el mismo no podría ser utilizado para distinguir al tipo de transferencias que nos ocupa.¹⁰⁹ Aun cuando la Secretaría no fundamenta su afirmación, pensamos que el fundamento de la misma reside en el hecho de que el propósito del iniciador o el beneficiario de una transferencia determinada no es un elemento objetivo que permita a todos los participantes en la misma, saber con precisión que sus derechos y obligaciones no estarán regulados por la Ley Modelo sino por alguna otra ley.

Habiendo decidido que la Ley Modelo se aplicaría a todas las transferencias de crédito, independientemente de que el iniciador o el beneficiario de la misma pudieran ser considerados como "consumidores" por algún ordenamiento jurídico nacional, el Grupo de Trabajo decidió que también se aplicaría a las relaciones de los bancos con sus clientes, así como a algunos aspectos de la protección de estos últimos, aunque cuidando de no entrar en conflicto con los ordenamientos nacionales. En consecuencia, se acordó incluir en el texto de la Ley Modelo una disposición que señalara que ésta no impedía a ningún Estado legislar en relación con los derechos y obligaciones de los consumidores. Huelga decir que esta disposición resultaba a todas luces innecesaria en el texto de una ley cuyas disposiciones, a fin de cuentas, podían ser libremente adoptadas o rechazadas por cualquier Estado.

A pesar de reconocer que esta disposición no era necesaria desde un punto de vista estrictamente jurídico, el Grupo de Trabajo decidió, en su tercer período de sesiones, mantener esta referencia, argumentando que cumplía una importante función educativa en relación con la protección de los consumidores (pues dejaría en claro que los Estados estaban en libertad de adoptar estándares más elevados de protección para aquellos clientes de los bancos considerados como consumidores para efectos de la ley nacional) y que tendría un impacto psicológico importante.

En nuestra opinión, esta decisión del Grupo constituye en realidad un atentado contra la buena técnica jurídica, pues ¿con qué objeto se incluyen en una ley disposiciones que no son necesarias desde un punto de vista estrictamente jurídico?

¹⁰⁸ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX, (A/CN.9/WG.IV/WP.35), p.37

¹⁰⁹ Debe notarse, sin embargo, que esta es el criterio utilizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, para excluir de su ámbito de aplicación determinadas compraventas, a saber: las realizadas para uso personal, familiar o doméstico entre otras. También es un criterio de distinción importante utilizado por la Ley de Transferencias Electrónicas de Fondos de los Estados Unidos.

Sin embargo, el desatino no paró allí. En esa misma sesión, el Grupo de Trabajo acordó que esta disposición debería incluirse no en un artículo de la Ley Modelo, sino en una nota al pie de página, en los siguientes términos: "Esta Ley está subordinada a cualquier legislación nacional que se refiera a los derechos y obligaciones de los consumidores".

Afortunadamente, el propio Grupo de Trabajo corrigió a medias su error en su sexto período de sesiones, al volver a redactar la nota, ya no para establecer que la Ley Modelo estaría subordinada a cualquier legislación protectora de los consumidores, sino simplemente para indicar que la Ley Modelo no se ocuparía de la protección de los consumidores. Lamentablemente, sin embargo, la nota no se eliminó.

No deja de parecer absurdo que en una ley que claramente no se ocupa de un asunto determinado, se nos señale expresamente que la misma no se ocupa de dicho asunto.

Una vez más en este tema se hizo patente la diferencia de objetivos entre la delegación de los Estados Unidos y la de algunos países europeos. Por una parte, la delegación de los Estados Unidos propugnaba porque la Ley Modelo se acomodara a las actuales prácticas bancarias y a las necesidades operativas de los sistemas de transferencias de fondos de alta velocidad, montos elevados y bajo costo. Por la otra, para el resto de las delegaciones (representadas en su mayoría por académicos y abogados de sus respectivos gobiernos como bien hace notar Crawford)¹¹⁰ la preocupación principal no era tanto la de confirmar las prácticas bancarias existentes sino lograr un equilibrio entre los intereses de los bancos y los del público. Esta preocupación por la protección de los intereses del público podría explicarse en virtud de que: a) a diferencia de los Estados Unidos, en algunos otros países, sobre todo los europeos, existe una larga tradición del uso de las transferencias de crédito por el público, con el fin de hacer pagos a individuos y empresas de todo tipo, y b) ningún otro Estado cuenta con una ley equivalente a la LTEF, que regule en forma integral los derechos y obligaciones de los consumidores en una transferencia de fondos.

Para Felsenfeld,¹¹¹ la nota al pie de página de la Ley Modelo es compatible con el espíritu del Artículo 4A, que se refiere principalmente a las transferencias de fondos comerciales. En su opinión, a pesar de algunas diferencias sobre el particular, tanto el Artículo 4A como la Ley Modelo excluyen virtualmente todas las transacciones de consumidores.

¹¹⁰ Crawford, op. cit., p.170.

¹¹¹ Felsenfeld, Carl, *The compatibility of the UNCITRAL Model Law on international credit transfers with Article 4A of the UCC*, Fordham Law Review, Vol. 60, 1992, p. S57.

Thévenoz¹¹² señala que el Artículo 4A y la Ley Modelo difieren profundamente en cuanto a la regulación de las transferencias de consumidores,¹¹³ lo que resulta entendible en virtud de que, mientras el Artículo 4A surgió de la falta de un ordenamiento que regulara las transferencias interbancarias y corporativas de fondos, habida cuenta de que ya existía la LTEF; la Ley Modelo debía ofrecer un régimen uniforme para ser adoptado por el mayor número de Estados posible, independientemente de que tuvieran o no leyes de protección al consumidor en este sentido.

En nuestra opinión, la nota al pie de página no le agrega ningún valor a la Ley Modelo y sí evidencia la falta de técnica jurídica de sus redactores.

El propio Bergsten¹¹⁴ reconoce que el contenido de la nota no es técnicamente correcto y que hubiera sido más conveniente señalar que la Ley Modelo no se refería a los derechos de los consumidores como una clase especial, pues bien puede ser que un iniciador sea un consumidor para efectos de la ley nacional y que quede protegido, como cualquier otro iniciador, por las disposiciones de la Ley Modelo.

En opinión de Patrikis, Baxter y Bhala,¹¹⁵ esta nota al pie de página, que guarda relación con el ámbito de aplicación de la ley Modelo, podría ser uno de los factores que la conduzcan al fracaso, pues consideran el texto de esta nota como una invitación abierta a los legisladores nacionales para promulgar leyes que dejen sin efecto lo dispuesto por la Ley Modelo.

a) El Artículo 4A

El Artículo 4A-108, señala que dicha ley no se aplicará a aquellas transferencias de fondos que se encuentren reguladas, así sea sólo en un segmento, por la LTEF. En realidad, con esto no se excluyen todas las transferencias de consumidores, sino sólo aquellas reguladas por la LTEF. Para efectos de esta ley, un consumidor es una persona física. Evidentemente, no todas las transferencias de crédito realizadas por personas físicas quedan excluidas del ámbito de aplicación del Artículo 4A, sino sólo aquellas que son iniciadas a través de una terminal electrónica, teléfono, computadora o disco magnético y que ordenan, instruyen o autorizan a una institución financiera a cargar o a acreditar una cuenta. Para estos efectos, la definición del término cuenta es sumamente importante. Este término significa un depósito retirable a la

¹¹² Op. cit. p. 898.

¹¹³ Debe tomarse en consideración que esta opinión de Thévenoz se emitió cuando el texto de la nota señalaba que la Ley Modelo estaba subordinada a las leyes nacionales de protección al consumidor y no en su forma final.

¹¹⁴ Op. cit., p. 433

¹¹⁵ Op. cit., p. 249

vista (cuenta de cheques), una cuenta de ahorros o cualquier otra cuenta establecida principalmente con propósitos personales, familiares o domésticos.

b) Lineamientos

Al excluir de su ámbito de aplicación a cualquier persona que no sea el banco expedidor y el banco receptor de una orden de pago, resulta claro que estos lineamientos excluyen toda transferencia realizada por consumidores.

c) El SPEUA

Aun cuando de manera indirecta la Circular regula algunas obligaciones de las Instituciones Participantes frente a sus clientes, no se ocupa ni podría ocuparse de la protección de aquellos clientes que fueran considerados como "consumidores" para efectos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para la cual, un consumidor es: "la persona física o moral que adquiere, realiza (sic) o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios".

Resulta al menos cuestionable si un iniciador podría ser considerado como "consumidor" para efectos de esta ley, pues definitivamente él no es el destinatario final de los servicios que adquiere.

En realidad, la discusión carece de sentido en nuestro derecho, pues por una parte, el Banco de México no está facultado para expedir reglas sobre este asunto y, segundo, porque los servicios que prestan las instituciones de crédito y algunos otros intermediarios financieros, están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Protección al Consumidor, según lo dispone el artículo 5 de dicha Ley.

Así, mientras la Circular sólo se aplique a instituciones de crédito, la Ley Federal de Protección al Consumidor no tendrá relevancia alguna.

6. Cobertura de Principio a Fin

Como hemos visto, la Ley Modelo pretende aplicarse a las transferencias de crédito en su conjunto¹¹⁶ y no sólo a algunas de las distintas operaciones que la integran.

Lo anterior resulta claro de la lectura del inciso a) del artículo 2, que define a la transferencia como la serie de operaciones que comienza con la orden de

¹¹⁶ Crawford, *The UNCITRAL Model Law on international credit transfers*, Remarks before the International Trade Law Conference, Canberra, October, 1991, p.19-22

pago de un iniciador hechas con el propósito de poner fondos a disposición de un beneficiario. Esta definición establece con toda precisión el momento a partir del cual la Ley Modelo será aplicable, a saber, el momento en que un iniciador emite su orden de pago al banco del iniciador, con el propósito de poner fondos a disposición del beneficiario. Sin embargo, no señala (como sí lo hace el Artículo 4A en su definición de "transferencia de fondos") el momento en que dicha transferencia concluye y, por lo tanto, el momento en que la Ley Modelo deja de ser aplicable. Es el párrafo 1 del artículo 19 el que establece que la transferencia de crédito se completa en el momento en que el banco del beneficiario acepta una orden de pago en beneficio de éste último y que, a partir de dicho momento, el banco del beneficiario quedará obligado respecto de éste, por el monto de la orden de pago que el banco hubiere aceptado.

De lo anteriormente expuesto, podemos válidamente concluir que, en principio, la Ley Modelo se aplica a las transferencias de crédito, desde el momento en que el iniciador emite su orden de pago hasta el momento en que el banco del beneficiario "acepta" la orden de pago.

Sin embargo, este principio tiene algunas excepciones. En efecto, siendo el propósito fundamental de toda transferencia de crédito el poner fondos a disposición de un beneficiario, resultaría del todo absurdo no establecer por lo menos la obligación a cargo del banco del beneficiario, de poner los fondos a disposición del beneficiario. De modo que el párrafo 1 del artículo 10 señala que al aceptar una orden de pago, el banco del beneficiario queda obligado a poner los fondos a disposición del beneficiario o a dar a la suma acreditada algún otro destino con arreglo a lo prescrito en la orden de pago y en la ley que rija la relación existente entre el banco y el beneficiario.

Sin embargo, no resulta del todo claro cómo y dentro de qué plazos debe el banco del beneficiario cumplir con esta obligación a su cargo.

Debe tomarse en consideración que el párrafo 1 del artículo 10 no impone al banco del beneficiario la obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario dentro del plazo señalado en el párrafo 1 del artículo 11, como sí lo hace el párrafo 2 del artículo 8, al señalar que el banco receptor que acepte una orden de pago está obligado a ejecutar la orden dentro del plazo señalado en el citado párrafo 1 del artículo 11. Incluso el párrafo 5 del artículo 10 de la Ley Modelo, relativo al aviso que debe dar el banco del beneficiario al beneficiario que no tenga cuenta con dicho banco, establece que tal aviso deberá darse dentro del plazo señalado en el artículo 11.

Analicemos ahora brevemente el párrafo 1 del artículo 11. Dicho artículo se aplica a todo banco receptor que está obligado a ejecutar una orden de pago. El término "banco receptor", según la definición del inciso f) del artículo 2, comprende a todo banco que reciba una orden de pago. Hasta aquí no tenemos

problema, toda vez que el banco del beneficiario efectivamente es un banco receptor, puesto que recibe una orden de pago de su expedidor, por virtud de la cual -en caso de que la acepte- queda obligado a poner fondos a disposición del beneficiario. Sin embargo, el problema se presenta en relación con el término "ejecución", por el cual se entiende, según lo dispone el inciso l) del artículo 2, "en cuanto se aplique a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, la emisión de una orden de pago destinada a cumplir la orden de pago recibida por el banco receptor.

Ahora bien, es claro que el banco del beneficiario no ejecuta en estos términos la orden de pago recibida, pues no emite ninguna orden de pago sino que se limita a poner los fondos a disposición del beneficiario.

Es verdad que en su primer período de sesiones, la Comisión intentó ampliar la definición del término "ejecución", de modo que dentro del mismo quedarán incluidos los actos realizados por el banco del beneficiario con el propósito de poner los fondos a disposición del beneficiario y que, ante la imposibilidad de encontrar una solución adecuada, se convino en que no se hiciera expresa esta ampliación en el texto de la Ley Modelo. Sin embargo, se convino que la definición no debía dar a entender que la ejecución de órdenes de pago se limitara exclusivamente a los bancos receptores que no fueran el banco del beneficiario, para lo cual se propuso realizar un pequeño cambio en la redacción de la definición del término ejecución, consistente en trasladar de la parte final de dicha definición la frase "con respecto a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario", al inicio de la definición. Con esto, la Comisión pensaba que era suficiente para que se utilizara en la Ley Modelo el término "ejecución" en su acepción corriente, para referirse a las medidas tomadas por el banco del beneficiario y, en función del significado establecido en la definición, en relación con los bancos receptoras que no fueran el banco del beneficiario.

La poca claridad de la Ley Modelo en relación con este asunto es evidente. Tanto así que el propio Bergsten¹¹⁷ no está siquiera seguro de que el párrafo 1 del artículo 10 establezca una obligación independiente de poner los fondos a disposición del beneficiario o sea simplemente una referencia a la ley aplicable. Este autor considera que esto es cuestión de interpretación. En efecto, aun cuando el párrafo 1 del artículo 10 establece la obligación de poner fondos a disposición del beneficiario, no establece que dicha obligación deba cumplirse en términos de lo dispuesto por la Ley Modelo, sino en términos de lo dispuesto por la orden de pago y en la ley que rija la relación existente entre el banco y el beneficiario. ¿Significa esto que, a falta de disposición expresa en la orden de pago en relación con la fecha en que deban ponerse los fondos a disposición del beneficiario, no podría aplicarse el plazo previsto en el párrafo 1 del artículo 11 sino que tendría que buscarse en la ley local esta solución?

¹¹⁷ Op. cit., p.427

Debe tomarse en consideración que la Ley Modelo sí establece la obligación a cargo del banco del beneficiario, de poner los fondos a disposición del beneficiario, lo que no hace es establecer la forma y el plazo en que debe hacerlo. Esto último se deja a "lo prescrito en la orden de pago y en la ley que rija la relación existente entre el banco y el beneficiario".

La Ley Modelo no señala cuál sea esta ley ni señala cómo deberá actuar el banco del beneficiario cuando sean incompatibles las disposiciones contenidas en la orden de pago y las disposiciones de dicha ley.

En el caso específico de nuestro país, esta referencia a la ley aplicable a la relación del beneficiario con su banco podría resultar sumamente perjudicial para el beneficiario. Lo anterior en virtud de que la Ley de Instituciones de Crédito no dispone nada al respecto y los contratos en los que se establezca una obligación de este tipo en favor del cuentahabiente deben considerarse prácticamente inexistentes. Luego, sería aplicable la legislación mercantil, misma que, hasta donde tenemos conocimiento, no dispone nada al respecto. En seguida habría que ir a buscar en los usos y prácticas bancarias y mercantiles, mismos que difícilmente podrían existir tratándose de una actividad tan reciente. De no existir regla alguna, habría que ir al Código Civil. Este ordenamiento legal preve, en su artículo 2080 que, si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar (como en el caso que nos ocupa), no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos.

Pensar que podrían aplicarse las reglas relativas al pago de cheques no ayudaría mucho. Una solución más acorde con la naturaleza de la operación sería aplicar las reglas relativas al SPEUA. Sin embargo, la naturaleza misma de las reglas emitidas por Banxico, de aplicación exclusiva a las órdenes de pago que se cursen a través de ese sistema, hacen poco factible esta alternativa.

Ahora bien, en caso de incumplimiento por parte del banco del beneficiario, el beneficiario podrá exigir responsabilidad de aquel según lo dispone el párrafo 6 del artículo 17 de la Ley Modelo, en la medida prevista por el régimen jurídico aplicable a la relación entre el beneficiario y su banco. Es decir, el beneficiario no podrá voltear la mirada hacia la Ley Modelo en busca de algún remedio frente al incumplimiento de su deudor, es decir, el banco del beneficiario. Esto indudablemente constituye un muy lamentable vacío en la Ley Modelo.

Un buen argumento para sostener esta tesis consiste en el hecho de que, en la mayoría de los casos, el banco del beneficiario es escogido precisamente

por el beneficiario y, por lo tanto, el riesgo de los errores o demoras en acreditar su cuenta debe quedar a cargo del beneficiario.¹¹⁸

En principio, estamos de acuerdo con este argumento de la Secretaría. Sin embargo, pensamos que nada se oponía a que, aun dejando los riesgos en el beneficiario, se hubieran establecido obligaciones precisas en la Ley Modelo del banco del beneficiario hacia el beneficiario.

A pesar de no estar seguro si la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 10 es algo más que una mera referencia a la ley aplicable, Bergsten no duda en afirmar que los plazos previstos en los párrafos 1 y 2 del artículo 11 se aplican al banco del beneficiario. Esto es una incongruencia. Sin embargo, en esta ocasión quizás el autor citado se haya dejado llevar de la decisión de la Comisión en su segundo período de sesiones, no reflejada con claridad en el texto de la Ley Modelo, en el sentido de que el párrafo 1 del artículo 11 era aplicable al banco del beneficiario, lo que según la propia Comisión, resultaba claro de la redacción de dicho artículo.¹¹⁹

Esto es sorprendente. Parece no haber ninguna duda de que el párrafo 1 del artículo 11 se aplica a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario y, sin embargo, el párrafo 2 del artículo 8 señala expresamente que aquel debe ejecutar la orden de pago dentro del plazo previsto por el artículo 11. ¿Por qué no se hizo lo mismo con el párrafo 1 del artículo 10? Se habría ganado mucho en claridad y se habría uniformado la redacción de la Ley Modelo.

Creo que, a pesar de la afirmación de Bergsten y del pronunciamiento de la Comisión a este respecto, primero habrá que determinar si la obligación del párrafo 1 del artículo 10 es una obligación independiente para luego entrar en el terreno de si el banco del beneficiario está o no obligado a cumplir dentro del plazo señalado en el artículo 11. Desafortunadamente, como señala Bergsten, estos asuntos deben resolverse mediante la interpretación, actividad generalmente desarrollada por los tribunales y siempre con miras a la solución de un conflicto.

En virtud de que, de llegar a adoptarse por algún Estado, la Ley Modelo sería ley nacional, estaría sujeta a las reglas comunes de interpretación y es al menos dudoso que los debates del Grupo de Trabajo se lleguen a tomar como una interpretación original de dicha Ley Modelo. Por lo tanto, sería recomendable que aquellos Estados que adoptaran la Ley Modelo aclararan en el texto legal este asunto.

¹¹⁸Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX (A/CN.9/WG.IV/WP.35), p. 35

¹¹⁹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su vigésimo quinto período de sesiones, Nueva York, 1992, Suplemento No. 17 (A/47/17), p. 19

Según Crawford¹²⁰ es probablemente un asunto que debe resolver la ley bancaria local el del momento en que deba considerarse completada la transferencia. Y que el efecto legal de la transferencia (si constituye un pago inmediato o no) probablemente esté regulado por la ley del contrato entre iniciador y beneficiario.

Sorprendentemente, Patrikis, Baxter y Bhala¹²¹ señalan que, a pesar de que la Ley Modelo no establece una "fecha de pago" en la cual el banco del beneficiario esté obligado a poner los fondos a disposición del beneficiario, el resultado alcanzado es prácticamente igual al del Artículo 4A pues, según el párrafo 1 del artículo 10, al aceptar una orden de pago, el banco del beneficiario queda obligado a poner los fondos a disposición del beneficiario. Parece increíble que estos autores, tan prestos a resaltar las deficiencias de la Ley Modelo, no hayan acertado a distinguir los problemas que plantea la poca claridad de la Ley Modelo en este respecto.

Difiero de esta opinión, pues si bien puede aceptarse que la Ley Modelo establece dicha obligación (y aun esto podría estar sujeto a interpretación como reconoce Bergsten), no señala el modo ni el plazo en que deba cumplirse, ni establece responsabilidad a cargo del banco del beneficiario en caso de incumplimiento.

Aun cuando en el texto final de la Ley Modelo aparece con toda claridad que las relaciones entre el iniciador y su banco quedan sujetas a dicha Ley, no siempre resultó tan claro para los miembros del Grupo de Trabajo encargados de redactarla. En efecto, en su segundo período de sesiones,¹²² se sugirió en el Grupo de Trabajo que la Ley Modelo no debía ocuparse de las relaciones entre sus clientes, pues era una cuestión que debía ser regulada por la ley nacional, principalmente la relativa a la protección al consumidor. Esta sugerencia fue rechazada sobre la base de que dichas relaciones eran parte fundamental de las transferencias de crédito y que, por lo tanto, no parecía conveniente que quedaran excluidas de su ámbito de aplicación. En esta misma sesión se sugirió que la Ley Modelo no se ocupara de regular las relaciones entre el iniciador y el beneficiario con sus respectivos bancos.¹²³ La sugerencia fue rechazada teniendo quizás en mente que el mandato original de la Comisión al Grupo de Trabajo había sido que se ocuparan de elaborar un texto que resultara aplicable no sólo a los bancos en una transferencia de fondos, sino también a las relaciones entre los bancos y sus clientes.

¹²⁰ Crawford, "The UNCITRAL..." p. 18

¹²¹ Op. cit., p. 246

¹²² Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1989, Vol. XX, (A/CN.9/317), p.42.

¹²³ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1989, Vol. XX, (A/CN.9/317), p.42

Además, aunque esto no se mencionó en dicha sesión, esta reducción del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, habría hecho que el trabajo de la Comisión resultara en una copia, buena o mala, de la labor que en esas mismas fechas estaba realizando la Cámara Internacional de Comercio en relación con las transferencias interbancarias de fondos.

En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reafirmó el criterio de que la Ley Modelo no debía entrar en la relación del beneficiario con su banco. El Grupo de Trabajo consideró que lo único que debía tratarse en un esfuerzo internacional eran los derechos y obligaciones anteriores a la aceptación por parte del beneficiario, en virtud de que la ley aplicable a la relación del beneficiario con su banco difería notablemente de un Estado a otro y sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre este punto en el Grupo de Trabajo.¹²⁴

En contra de esta opinión, se hizo notar que la transferencia debía llegar a su fin sólo cuando el beneficiario tuviera la libre disponibilidad de los recursos, pues de lo contrario un iniciador podría verse expuesto a pérdidas considerables en caso de que la ley aplicable y la Ley Modelo aportaran soluciones diferentes.

En el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, se discutió acerca de si este término debería comprender los actos del banco del beneficiario tendientes a poner los fondos a disposición del beneficiario y se estableció con toda claridad, que la responsabilidad del banco del beneficiario sería determinada por la ley que rigiera la relación beneficiario/ banco del beneficiario.

a) El Artículo 4A

En principio, el Artículo 4A también se aplica a las transferencias de fondos desde el momento en que el iniciador emite su orden de pago, hasta el momento en que el banco del beneficiario acepta la orden de pago. Sin embargo, el Artículo 4A no deja lugar a dudas sobre el momento en que el banco del beneficiario debe cumplir con la orden de pago aceptada, a saber, la "fecha de pago", es decir, la fecha en que el monto de la orden de pago debe pagarse al beneficiario, según lo establezca la orden de pago o, si no se establece nada al respecto, el día en que el banco del beneficiario recibe la orden.

Si bien tampoco el Artículo 4A regula en detalle la relación del beneficiario y su banco, sí establece varias obligaciones a su cargo (ver 4A-404) e incluso faculta al beneficiario para exigir el pago de daños y perjuicios en ciertas circunstancias.

¹²⁴ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, Vol. XXI, 1990 (A/CN.9/328), p. 87

Huelga decir que éste es un régimen mucho más técnico que el de la Ley Modelo.

b) Lineamientos

No hay duda de que los Lineamientos se aplican únicamente a las relaciones interbancarias. En efecto, el artículo 2 señala que estos lineamientos se aplicarán a mensajes de transferencias de fondos entre bancos situados en países diferentes. Por su parte, el artículo 3 establece que dichos Lineamientos no se aplicarán a la resolución de controversias entre personas que no sean el banco emisor y el banco receptor.

c) El SPEUA

Aun cuando la Circular tiene un ámbito de aplicación restringido a las transferencias interbancarias y no se ocupa de reglamentar la responsabilidad de las instituciones de crédito frente a sus clientes, sí establece la obligación a cargo de la Institución Participante que reciba de un cliente una solicitud para enviar una orden de pago, consistente en enviar dicha orden de pago dentro de los treinta minutos inmediatos siguientes al momento en que reciban dicha solicitud. Asimismo, establece la obligación de la Institución Participante que hubiere recibido una orden de pago, consistente en acreditar el monto de la orden de pago a la cuenta del beneficiario, dentro de los treinta minutos siguientes a la recepción de dicha orden de pago.

Lamentablemente, la Circular no va más allá y se abstiene de establecer responsabilidad a cargo de las Instituciones Participantes por incumplir sus obligaciones.

Qué suceda en caso de incumplimiento por parte de alguna Institución Participante, es algo que la Circular no resuelve. Incluso es dudoso que un cliente pueda exigir judicialmente el cumplimiento de esta obligación y/o el pago de daños y perjuicios, si esto no se establece en un contrato celebrado entre dicho cliente y su banco.

7. Transferencias internacionales de crédito

De conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Modelo, una transferencia de crédito es internacional y queda, por lo tanto, sujeta a las disposiciones de dicha Ley, "cuando cualquier banco expedidor y su banco receptor estén situados en Estados diferentes".

e) La exclusión de las transferencias nacionales de crédito

Desde sus primeros periodos de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que la Ley Modelo debería ocuparse exclusivamente de las transferencias internacionales aunque, una vez determinado el carácter internacional de la transferencia, la Ley Modelo se aplicaría a dicha transferencia en su conjunto, aún a aquellos segmentos completamente domésticos que formarían parte de la misma. Entre las razones que se mencionaron en favor de esta postura figuran las siguientes:

e) Una legislación modelo limitada a las transferencias internacionales tenía mayores posibilidades de ser aceptada por los distintos Estados, que una que pretendiera regular tanto las transferencias internacionales como las nacionales.¹²⁵

b) Parecía poco realista que el Grupo de Trabajo pudiera ocuparse de preparar un documento que regulara integralmente ambas transferencias en un periodo razonable de tiempo.¹²⁶

c) La problemática a la que pretendía responder la Ley Modelo era precisamente aquella planteada por las transferencias internacionales.¹²⁷

d) Los problemas a que daban lugar las transferencias internacionales de crédito eran distintos de los emanados de las transferencias nacionales, sobre todo en relación con los riesgos en que podían incurrir los bancos y sus clientes.¹²⁸

e) Para aquellos países que contaran con una larga tradición de transferencias bancarias en el ámbito nacional, quizá sería más fácil adoptar una ley aplicable solamente a las transferencias internacionales, pues difícilmente aceptarían modificar sus prácticas actuales ni el régimen aplicable a dichas transferencias, si es que existía alguno.¹²⁹

Aunque para algunos¹³⁰ podría parecer evidente y hasta necesario que un organismo como la Comisión, cuyo objeto consiste en promover la progresiva

¹²⁵ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX, (A/CN.9/297), p. 26

¹²⁶ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX, (A/CN.9/297), p. 26

¹²⁷ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

¹²⁸ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

¹²⁹ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

¹³⁰ En este sentido, Patrikis, Baxter y Bhala, op. cit., p. 248

unificación del derecho del comercio internacional, se ocupara únicamente de las transferencias internacionales, dicho parecer no es necesariamente correcto.

Como bien hace notar Bergsten,¹³¹ la unificación de la ley relativa a las transferencias de crédito podría lograrse también (y quizá con mayor eficacia en nuestra opinión) a través de una ley que regulara tanto las transferencias nacionales o domésticas, como las internacionales. En efecto, nadie en su sano juicio podría poner en duda hoy en día, el impresionante efecto unificador que tuvieron sobre el régimen jurídico internacional aplicable a las letras de cambio, los pagarés y los cheques, las dos Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, preparadas ambas por la Liga de Naciones. Y, es importante recordarlo, ninguna de dichas Convenciones limitó su ámbito de aplicación a la reglamentación de estos títulos de crédito considerados internacionales.

Como lo sugirió la Secretaría al Grupo de Trabajo,¹³² el hecho de limitar el ámbito de aplicación de una Ley a la regulación del aspecto internacional de una actividad determinada, era viable en aquellos casos en que las diferencias entre dicha actividad a nivel nacional e internacional eran evidentes o fácilmente determinables, lo que sucede, por ejemplo, en tratándose de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, mismos que tienen ese carácter cuando las partes tienen su establecimiento en Estados diferentes.

Sin embargo, en el caso de las transferencias de crédito no sucede lo mismo, pues las más de las veces, este tipo de transferencia deben recorrer segmentos enteramente nacionales y otros internacionales, antes de llegar a su destino.

En favor de regular tanto las transferencias nacionales como las internacionales, se argumentó que:

a) Se reducirían inconsistencias en el tratamiento de las transferencias de crédito.¹³³

b) Las transferencias de crédito se procesan cada vez con mayor frecuencia a través de sistemas electrónicos que no distinguen entre las transferencias domésticas e internacionales.¹³⁴

¹³¹ Op. cit., p. 436

¹³² Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX, (A/CN.9/WG.IV/WP.35), p.35

¹³³ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX, (A/CN.9/297), p.26

¹³⁴ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

c) Se ocasionarían problemas operativos en estos sistemas si las transferencias nacionales estuvieran regidas por unas reglas y las internacionales por otras.¹³⁵

d) Ningún país, salvo los Estados Unidos de América, tenía una ley que regulara integralmente este tipo de transferencias.¹³⁶

e) Resultaría muy difícil el separar un segmento nacional, localizado entre dos segmentos internacionales de la misma transferencia.¹³⁷

Pensamos que tiene razón Bergsten cuando afirma que "resulta difícil justificar sobre bases técnicas la decisión de restringir la aplicación de la Ley Modelo a las transferencias internacionales exclusivamente". Y cuando agrega que "fue una decisión política que tuvo que tomarse para facilitar el proceso de las negociaciones".¹³⁸

Sin embargo, dada la naturaleza de la Ley Modelo, esta decisión no resulta de tanta trascendencia, pues a final de cuentas cualquier Estado puede adoptar el texto de la Ley Modelo para regir ambos tipos de transferencia dentro de su territorio, en cuyo caso sólo tendría que realizar los siguientes cambios al texto final de la Ley Modelo:¹³⁹

a) Modificar la redacción del artículo 1, de modo que leyera: "Esta Ley será aplicable a las transferencias de crédito definidas en el Artículo 2"; y

b) Eliminar la frase "aún cuando estén situados en el mismo Estado", de los artículos 8(6), 11(7) y 12(3).

Pensamos que la uniformidad deseada en la reglamentación de las transferencias internacionales de crédito se hubiera logrado con mayor eficacia si el ámbito de aplicación de la Ley Modelo se hubiera ampliado para regular también las transferencias nacionales o domésticas.

¹³⁵ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

¹³⁶ Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI: 1990 (A/CN.9/329), p. 75

¹³⁷ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1989, Vol. XX, (A/CN.9/317), p.42

¹³⁸ Op. cit., p. 437

¹³⁹ Estos cambios fueron sugeridos por la Secretaría General a la Comisión en su primera sesión de trabajo.

b) El criterio de la internacionalidad de las transferencias de crédito

Habiendo decidido que la Ley Modelo se aplicaría sólo a las transferencias internacionales, el Grupo de Trabajo se enfrentó al problema de definir lo que debía entenderse por transferencia internacional de crédito.

El primer criterio, propuesto por el Secretario General al Grupo de Trabajo en su segundo período de sesiones, consistía en que el banco del iniciador y el banco del beneficiario estuvieran en países (*sic*) distintos. Evidentemente, el uso del término país en lugar del término Estado, era una falla de la Ley Modelo que afortunadamente sus redactores se ocuparon de corregir a tiempo.

Otro criterio, sugerido en la segunda sesión del Grupo de Trabajo, consistía en considerar internacional una transferencia, cuando las partes (sin aclarar cuáles) estuvieran en Estados diferentes. Otro, consistía en que una orden de pago que formara parte de una transferencia se emitiera en un Estado y se recibiera en otro.

Una segunda sugerencia de la Secretaría¹⁴⁰ fue que el criterio de la internacionalidad se ampliara para abarcar también a aquellas transferencias en las que, a pesar de que el banco del iniciador y el banco del beneficiario estuvieran en el mismo Estado, estuvieran denominadas en una moneda distinta de la de ese Estado, con lo que muy probablemente tendría que obtenerse la participación de un banco intermediario en el Estado de origen de la moneda. Este criterio se desechó en virtud de que esta premisa de la Secretaría no era válida en todos los casos. En efecto, sabemos que por lo menos en Londres y Tokio existen cámaras de compensación y liquidación en dólares americanos.

En su tercer período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió incorporar la palabra "internacional" al título de la Ley Modelo, dando a entender que sólo se aplicaría a las transferencias que cumplieran con este requisito.

En esta misma sesión se decidió eliminar el criterio de la internacionalidad basado en la moneda en la cual estuviera denominada la transferencia y se confirmó el criterio de la internacionalidad basado en la ubicación del banco del iniciador y del banco del beneficiario, para lo cual, las sucursales de un banco deberían ser tratadas como un banco diferente.

Es importante notar las consecuencias a que esta ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo puede dar lugar. Supongamos que un Estado decidiera adoptar la Ley Modelo únicamente en relación con las transferencias internacionales y que el régimen aplicable a éstas resultara más conveniente para un banco determinado. En este caso, dicho banco no tendría que hacer otra cosa que documentar una transferencia a través de una sucursal extranjera, para

¹⁴⁰ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1989, Vol. XX.

que una transferencia enteramente doméstica se considerara como internacional y quedara sujeta a la Ley Modelo.

Se sugirió también en esta sesión que el criterio de la internacionalidad debería establecerse en función de la ubicación del iniciador y el beneficiario. Sin embargo, en contra de esta sugerencia se argumentó que, de aceptarse, la Ley Modelo resultaría aplicable a una transferencia enteramente doméstica, por el sólo hecho de que el iniciador estuviera ocasional o accidentalmente fuera del lugar de su residencia.

Bergsten parece mostrar cierta predilección por este criterio,¹⁴¹ pues señala que la única objeción al mismo habría podido superarse fácilmente modificando muy levemente el texto de la Ley Modelo.

El criterio de la internacionalidad de las transferencias basado en la ubicación del banco del iniciador y del banco del beneficiario resultó ser insuficiente, entre otras cosas, porque parecía dejar fuera aquellas transferencias en las que el iniciador y el beneficiario eran bancos y en las que, por lo tanto, no había banco del iniciador y del beneficiario.

En la quinta sesión del Grupo de Trabajo, se reconoció que el criterio de la internacionalidad adoptado resultaba sumamente limitado y se propusieron los siguientes criterios:

- a) Cuando dos partes cualesquiera de una transferencia estuvieran en Estados distintos.
- b) Cuando intervinieran sistemas bancarios de dos o más Estados.

El Grupo no aceptó ninguna de las dos propuestas. Sin embargo, a fin de no excluir aquellas transferencias en las cuales el iniciador o el beneficiario fueran bancos, se propuso añadir las siguientes palabras al final del artículo 1: "o, si el iniciador es un banco, cuando ese banco y su banco receptor estén situados en Estados diferentes".

En la sexta sesión del Grupo de Trabajo, se decidió que el criterio de la internacionalidad de la transferencia debería girar alrededor del concepto de la ubicación de cualquier banco expedidor y su banco receptor.

Así, la ubicación de cualquier expedidor que no sea un banco es irrelevante para determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

En la primera sesión de la Comisión, se sugirió una vez más que la Ley Modelo se ocupara tanto de las transferencias nacionales como de las

¹⁴¹ Bergsten, op. cit., p. 439

internacionales, argumentando que el criterio de la internacionalidad de una transferencia que había adoptado el Grupo de Trabajo, era demasiado formalista, por lo que podría resultar, en ocasiones, demasiado amplio y, en ocasiones, demasiado restringido. Además, se señaló que no todo banco receptor podría saber la ubicación de todos los bancos receptores anteriores y, por lo tanto, no podría saber qué ley sería la aplicable, en caso de que las transferencias nacionales y las internacionales estuvieran reguladas de distinta manera.

Finalmente, la sugerencia no se aceptó.

La primer crítica que Patrikis, Baxter y Bhala¹⁴² dirigen contra el criterio de la internacionalidad de una transferencia incluido en el texto final de la Ley Modelo, es el de la falta de claridad que resulta del empleo de términos no definidos en la Ley Modelo. En efecto, la Ley Modelo no define lo que debe entenderse por banco expedidor y, aunque sí define el término expedidor, al hacerlo hace una distinción entre un iniciador y un banco expedidor.

El asunto se complica, toda vez que ni siquiera el término "banco" es definido en la Ley Modelo.

En consecuencia, estos autores consideran que, de la definición de expedidor puede interpretarse que un iniciador no es un banco expedidor y por tanto las transferencias en las que un iniciador (aun cuando este fuera un banco) y su banco receptor estén en Estados diferentes no estarían sujetas a la Ley Modelo. Creo que esto es ir demasiado lejos. En efecto, debe reconocerse la poca claridad que resulta de la indefinición de muchos términos en la Ley Modelo. Sin embargo, creo que el significado de "banco expedidor" se deriva natural y lógicamente del término "expedidor".

Estos autores critican también el hecho de que el criterio de internacionalidad adoptado puede resultar en ocasiones demasiado restringido y, en ocasiones, demasiado amplio. Resultaría demasiado restringido en el caso de una transferencia entre dos bancos en un mismo Estado A, cuando la orden de pago fuera enviada a través de un sistema de transferencias de fondos (v.g. *Clearing House Interbank Payment System* de Nueva York o "CHIPS") en otro Estado B, caso en el cual la transferencia seguiría siendo nacional, toda vez que los sistemas de transferencias de fondos no son considerados como bancos intermediarios para efectos de la Ley Modelo. Resultaría demasiado amplio en el caso de una transferencia realizada por una sucursal extranjera de un banco, cuando esa sucursal no fuera considerada como tal por la Ley local.

Una crítica adicional consiste en que no existe en la Ley Modelo ningún requisito que establezca que la aplicación de la misma depende de que las partes tengan conocimiento de que la transferencia es internacional y, por lo tanto, que

¹⁴² Op. cit., p. 247

la Ley Modelo es aplicable. Todo lo que se requiere es que por lo menos un segmento de esa transferencia cumpla el requisito de la internacionalidad.

Una solución planteada en el Grupo de Trabajo a este respecto es que se creara un nuevo campo en los formatos de órdenes de pago para indicar si la transferencia era internacional o no. Muy pronto sin embargo, tuvo que abandonarse esta idea, pues la comunidad bancaria la rechazó completamente sobre la base de que dichos formatos estaban diseñados para incluir sólo aquellos elementos que se consideraban estrictamente necesarios para llevar a cabo la transferencia, entre los cuales ciertamente no estaba la Internacionalidad de la transferencia. En realidad, para ponerlo más claro, la propuesta no provocó ninguna reacción favorable en el mercado, que en este sentido se mostró renuente a acceder a esta sugerencia sólo "para satisfacer a un grupo de abogados que se reúnen de vez en cuando en las Naciones Unidas y tratan de interferir con el modo como las cosas funcionan en la realidad".¹⁴³

En opinión de Crawford, el éxito de la Ley Modelo en cuanto a su adopción dependerá en buena medida del hecho de que los participantes en el mercado de las transferencias de crédito puedan prever con un razonable grado de certeza, qué ley gobernará sus derechos y obligaciones en relación con cada orden de pago que procesen.¹⁴⁴

Lo anterior se deriva de la decisión del Grupo de Trabajo de sólo regular las transferencias internacionales, lo que hace suponer que, en principio, existiría en cada Estado un régimen aplicable a las transferencias domésticas y otro aplicable a las transferencias internacionales.

En consecuencia, la adopción de la Ley Modelo por los distintos Estados dependerá también, en buena medida de su compatibilidad con los distintos regímenes actualmente aplicables a las transferencias nacionales, por lo menos a aquellos aplicables en los centros financieros más importantes.

Lojendio Osborne¹⁴⁵ también resalta el hecho de que es posible que la Ley Modelo resulte aplicable a quienes desconocen la existencia del elemento de internacionalidad.

El propio Abascal Zamora reconoce que el criterio de la internacionalidad no resulta del todo adecuado, pues es muy difícil que, en la práctica, un banco pueda procesar de modo diverso las transferencias nacionales y las internacionales. Sin embargo, agrega este autor, "fue necesario incluir un criterio de internacionalidad para facilitar una negociación final."¹⁴⁶

¹⁴³ Crawford, "The UNCITRAL.....", p.21

¹⁴⁴ "The UNCITRAL....", p. 20

¹⁴⁵ Op. cit., p. 100

¹⁴⁶ Abascal Zamora, op. cit., p.

c) Sucursales de un mismo banco

Para efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, las sucursales y oficinas separadas de un banco situadas en Estados diferentes, serán consideradas como bancos distintos.¹⁴⁷

Esta disposición puede dar lugar a algunos problemas. Por una parte, la falta de definición de lo que debe entenderse por "sucursales y oficinas separadas", contribuye a la poca claridad del precepto. Por la otra, la referencia a la "ubicación" de estas sucursales y oficinas en lugar de hacerlo al lugar de su residencia, al lugar donde tengan establecido su domicilio social, al lugar de su constitución o a cualquier otro elemento fácilmente determinable, permite ampliar indiscriminadamente el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

Quizás el Grupo de Trabajo y la Comisión no tomaron en cuenta que muchas sucursales de bancos en Estados diferentes no tienen una presencia física en ese Estado y que son utilizadas solamente como un medio de documentar determinadas operaciones fuera del lugar de constitución o de residencia de dicho banco, llegándose al extremo de que toda la operación de dichas sucursales y oficinas es llevada dentro de las oficinas principales del propio banco.

Supongamos por un momento que nuestro país ha adoptado la Ley Modelo y que para un participante determinado resulta más conveniente someterse a las disposiciones de la Ley Modelo que a las disposiciones de alguna otra ley (inexistente hasta la fecha) que regulara las transferencias domésticas. Lo único que tendría que hacer este participante sería enviar su orden de pago a la sucursal en Gran Caimán de su Banco, con lo que toda la transferencia quedaría sujeta a la Ley Modelo, aun cuando todas las partes estuvieran en territorio nacional.

Otro desatino de los redactores de la Ley Modelo en este sentido, consiste en el hecho de no hacer sólo referencia a las sucursales, sino en incluir también a las oficinas separadas de un banco como un banco diferente. Con esto, una orden de pago enviada a una simple oficina de representación, misma que quizás no esté autorizada para realizar operaciones bancarias en el país en que se encuentre establecida, bastaría para considerar internacional a la transferencia.

a) El Artículo 4A

El artículo 4A se aplica a las transferencias de fondos, término que es definido como "la serie de transacciones que comienza con la orden de pago del

¹⁴⁷ Párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo

iniciador, hechas con el propósito de pagar al beneficiario de esa orden".¹⁴⁸ En virtud de que, al igual que la Ley Modelo, el Artículo 4A pretende aplicarse a las transferencias de fondos y no sólo a una o varias de las órdenes de pago que integran aquellas, en principio, toda transferencia en la que participe uno o más bancos intermediarios en territorio de los Estados Unidos de América, estaría sujeta a esta Ley.

Por otra parte, es importante señalar que la Regla número 3 del sistema CHIPS, a través del cual se procesan la gran mayoría de las transferencias internacionales en los Estados Unidos, establece que los derechos y obligaciones de los Participantes y de cualesquiera otras partes de una transferencia de fondos realizada a través de ese sistema, estarán gobernados por la ley del Estado de Nueva York, lo que, en términos más sencillos, significa: por el Artículo 4A en vigor en dicho Estado.

b) Lineamientos

Se aplican exclusivamente a los mensajes de transferencia de fondos o, lo que es casi lo mismo, a las órdenes de pago entre bancos en diferentes países. Los lineamientos se aplican, según lo dispuesto por su artículo 4 (i), no obstante que el banco expedidor y su banco receptor sean oficinas de un mismo banco en países diferentes.

c) El SPEUA

La Circular sólo se aplica a las órdenes de pago nacionales, es decir, aquellas expedidas y recibidas por Instituciones Participantes. Estas órdenes de pago deben, además, estar denominadas en moneda nacional, lo que se desprende de la definición del término "Cuenta Única".

No se aclara si las instituciones de crédito filiales quedan incluidas dentro del concepto de Institución Participante ni tampoco si las sucursales extranjeras de bancos mexicanos quedan incluidas dentro de dicho concepto.

¹⁴⁸ Artículo 4A-104 (a).

D. Naturaleza jurídica de la Ley Modelo

1. El derecho del comercio internacional

Podríamos definir el derecho del comercio internacional como el conjunto de normas codificadas por organismos regionales o internacionales en relación con determinadas materias comerciales, así como el conjunto de usos y prácticas del comercio internacional, cuyo objeto consiste en evitar los conflictos de leyes entre distintos Estados que hubieren adoptado un mismo régimen jurídico en relación con dichas materias comerciales, y "cuyas bases y principios son admitidos en todo el mundo, independientemente de costumbres diferentes, de antagonismos políticos o de oposición de sistemas económicos en boga."¹⁴⁹

No obstante este reconocimiento prácticamente universal del derecho del comercio internacional, "aún se duda de la autonomía e independencia de esta disciplina en relación con el derecho mercantil nacional."¹⁵⁰

En opinión del maestro Mantilla Molina,¹⁵¹ el movimiento de codificación del comercio internacional tiene tres manifestaciones concretas, a saber:

a) La elaboración de leyes tipo (o modelo) que se proponen como modelo a los Estados, para su adopción como ley nacional;

b) La elaboración de un texto de ley destinado a regir como ley en los Estados que al efecto suscriban un tratado internacional que los obligue a promulgarlo precisamente como ley nacional; y

c) La incorporación de un texto de ley a una convención internacional que, al ser ratificada por un Estado determinado, traerá como consecuencia que esa ley adquiera el carácter de ley nacional en dicho Estado.

Evidentemente, la forma más eficaz y enérgica (para usar la feliz expresión de Mantilla Molina) de la unificación de los distintos regímenes jurídicos nacionales en relación con un determinado asunto (sea de naturaleza civil, mercantil o de cualquier otra), es precisamente la incorporación de un texto de ley a una convención internacional, dado que, en este caso, los Estados están obligados a adoptarla en su totalidad, tal como se propone, a excepción de las reservas que la propia convención expresamente pudiera establecer,¹⁵² y el texto legal se convierte en derecho nacional por el sólo efecto de la ratificación.

¹⁴⁹ Barrera Graf, Jorge, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 25.

¹⁵⁰ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 39.

¹⁵¹ Mantilla Molina, Roberto, op. cit., p. 41.

¹⁵² Artículo 19 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados (Viena 1969).

Por su parte, la obligación asumida por un Estado en una convención internacional en el sentido de promulgar como ley nacional la ley objeto de la convención, ocupa un lugar apenas inferior a la manifestación anterior, en cuanto a lograr la unificación del derecho mercantil se refiere, toda vez que requiere, en adición a la ratificación de la convención en sí misma, un acto del poder legislativo nacional, consistente en la promulgación de la ley en cuestión.

Finalmente, la forma menos enérgica (aunque no necesariamente la menos eficaz) de la unificación mencionada, está representada por la ley tipo o modelo, la cual no sólo requiere de la ulterior actividad del poder legislativo nacional, sino que, además, deja en libertad a este poder legislativo para adoptar sólo aquellas disposiciones de la misma que considere convenientes o incluso para adaptarlas a discreción e sus necesidades concretas. Como puede fácilmente deducirse de lo anterior, en caso de que las modificaciones a una ley tipo por las distintas legislaturas nacionales fueran significativas, no sólo no se lograría el objetivo deseado de la unificación de los distintos regímenes jurídicos nacionales sino que, por el contrario, se estaría promoviendo precisamente la diversidad de los mismos.

Sin embargo, las leyes tipo o modelo pueden llegar a ser tan eficaces como una convención, en el supuesto de que los distintos Estados la adopten sin cambios o con cambios mínimos. Prueba de lo anterior es precisamente el Artículo 4A del Código de Comercio Uniforme, que es una ley modelo propuesta a los distintos Estados de la Unión Americana para su adopción como derecho local. En efecto, el Artículo 4A ha sido adoptado a la fecha por la gran mayoría de las legislaturas estatales norteamericanas, sin cambio alguno en su texto.

Para Barrere Graf, las manifestaciones del derecho del comercio internacional (o derecho mercantil internacional como impropiamente lo llama)¹⁵³ son cuatro:

- a) La elaboración de proyectos, textos y convenciones a base de normas abstractas, generales, breves y concisas;
- b) La formulación de contratos tipo, elaborados por agrupaciones y asociaciones de comerciantes, bajo la guía de juristas;
- c) La adopción e implantación de reglas, nomenclatura y terminología uniformes; y
- d) La regulación de normas y de principios (*sic*) tendientes a evitar y resolver conflictos, formulada en proyectos y convenciones internacionales.¹⁵⁴

¹⁵³ Barrera Graf, *Instituciones...*, p. 38.

¹⁵⁴ Barrera Graf, *La Reglamentación...*, p. 30

En nuestra opinión, no resulta del todo apropiado considerar esta última situación como una manifestación del derecho del comercio internacional, toda vez que pertenece más bien al ámbito del conflicto de leyes, regulado por el derecho internacional privado.

En efecto, podemos afirmar, siguiendo a Mantilla Molina, que el derecho del comercio internacional no pretende resolver los conflictos de leyes sino más bien evitarlos, mediante la adopción por los distintos Estados de un régimen jurídico uniforme en relación con determinada materia comercial.

Barrera Graf también considera como una manifestación del derecho del comercio internacional, la constitución, organización y funcionamiento de comisiones regionales y organismos internacionales, lo que evidentemente no constituye manifestación alguna del derecho del comercio internacional, sino, en todo caso, una fuente del mismo.

En realidad, este movimiento codificador del derecho del comercio internacional es llevado a cabo principalmente por organismos regionales (v.g., la Unión Europea) o internacionales (v.g., la Comisión o UNIDROIT).

2. Ley Modelo

Como ya se ha comentado anteriormente, en el año de 1986, la Comisión decidió iniciar la elaboración de ciertas Reglas Modelo en relación con las transferencias electrónicas de fondos.

Al establecer con claridad quiénes serían los futuros destinatarios de dichas Reglas Modelo, así como las características fundamentales de las mismas, la Comisión estaba en realidad decidiendo la naturaleza normativa del documento cuya elaboración había encargado al Grupo de Trabajo.

En este contexto, la afirmación de Bergsten¹⁵⁵ en el sentido de que al encargar al Grupo de Trabajo la elaboración de las Reglas Modelo, la Comisión no estaba decidiendo el carácter normativo de las mismas, nos parece no sólo poco convincente sino francamente inaceptable.

En efecto, en virtud de que las Reglas Modelo no estarían dirigidas a las legislaturas de los distintos Estados para su adopción como ley nacional, sino más bien a los participantes en el mercado de las transferencias de fondos que quisieran incorporarlas en sus relaciones contractuales, la Comisión decidió, en ese mismo período de sesiones, que las Reglas Modelo deberían ser lo más

¹⁵⁵ Bergsten, op. cit., p.418

flexibles posible y estar redactadas de modo que su utilidad no dependiera del uso de una tecnología determinada.¹⁵⁶

Además, cuando las diferencias entre los sistemas bancarios de los distintos Estados difirieran en cuanto al tratamiento de determinados aspectos legales de las transferencias de fondos, las Reglas Modelo deberían presentar soluciones alternativas.

Si lo anterior no constituye un indicio claro de que la Comisión estaba decidiendo la naturaleza normativa del documento cuya elaboración había encargado al Grupo de Trabajo, no sabemos qué cosa pueda ser.

Es claro, pues, que en un principio, la Comisión decidió que las labores del Grupo de Trabajo deberían arrojar como resultado precisamente unas Reglas Modelo. Sin embargo, no limitó de ninguna manera la facultad del Grupo de Trabajo para variar en un futuro la naturaleza jurídica de dicho documento.

Así, apenas en su segundo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió continuar con sus labores considerando que la naturaleza normativa del documento en cuya elaboración estaba trabajando no sería ya el de simples Reglas Modelo sino el de una Ley Modelo, cuyos destinatarios no serían los particulares involucrados en el negocio de las transferencias internacionales de crédito, sino los poderes legislativos de los distintos Estados, a quienes sería propuesta para su adopción como ley nacional. Lo anterior quizá se haya debido al reconocimiento por parte del Grupo de Trabajo de que existía entre sus miembros un grado de acuerdo mayor al que había supuesto la Comisión un año atrás.

En el siguiente período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que, por el momento, el texto no debería tener el carácter de convención, sino de simple Ley Modelo. Lo anterior en virtud de que, como se hizo notar en el Grupo de Trabajo, habría que lograr un consenso mucho mayor para elaborar una convención que una ley modelo. Además, la Ley Modelo tenía la ventaja de que los distintos Estados podían adoptar sólo aquellas disposiciones que consideraran convenientes, modificar algunas otras de modo que se acoplaran a sus necesidades particulares y excluir otras tantas. Esta aparente virtud de la Ley Modelo puede llegar a convertirse en una de sus mayores desventajas, dependiendo del punto de vista desde el que se mire el asunto.

No hubo a partir de este momento, ni en el Grupo de Trabajo ni en la Comisión, ninguna discusión acerca de la conveniencia de transformar la Ley Modelo en una convención.

¹⁵⁶ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX (A/CN.9/WG.IV/WP.35), p. 35.

Sin embargo, como apunta Bergsten,¹⁵⁷ en discusiones informales (cerca ya de la aprobación de la Ley Modelo) algunos delegados llegaron a sugerir que la Ley Modelo cambiara su naturaleza jurídica por la de una convención, pues en su opinión, se había alcanzado el grado de entendimiento común necesario para ello. En este sentido, las delegaciones de Italia y Finlandia incluyeron sugerencias similares en un documento sometido a la consideración de la Comisión en 1991.

El texto finalmente aprobado por la Comisión tiene la forma de ley tipo o modelo, lo que significa que debe ser propuesta a los distintos Estados de la comunidad internacional para su adopción como ley nacional, momento a partir del cual deberá considerarse como un apartado más del derecho mercantil de dicho Estado.

En sí misma, tal como fue aprobada por la Comisión, la Ley Modelo, cuyo objeto consiste en promover la armonización y unificación de los distintos regímenes jurídicos nacionales en relación con las transferencias internacionales de crédito, constituye una manifestación del llamado derecho del comercio internacional y forma parte integrante del mismo.

Hasta qué grado la mayor flexibilidad que proporciona el hecho de haberse adoptado como Ley Modelo y no como una convención, coadyuve a lograr la unificación del derecho en esta materia, es algo que sólo podrá responderse una vez que empiecen a promulgarse las leyes nacionales respectivas. Por el momento bástenos con señalar que, en nuestra opinión, la decisión final sobre la naturaleza normativa de la Ley Modelo debe considerarse un acierto de la Comisión, en virtud de que las grandes diferencias entre los Estados de la comunidad internacional, no sólo por lo que se refiere a sus ordenamientos jurídicos nacionales sino también al grado de desarrollo económico, hubieran hecho muy difícil para algunos Estados la ratificación de una convención que les fuera presentada para su aceptación o su rechazo total.

a) El Artículo 4A

Como texto legal aprobado por el Instituto de Derecho Americano y la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes de los Estados Unidos de América, la naturaleza normativa del Artículo 4A es la misma que la de la Ley Modelo; es decir, constituye una ley tipo o modelo que se presenta a los poderes legislativos (en este caso de los distintos estados de la Unión Americana y no a los Estados que integran la comunidad internacional, como en el caso de la Ley Modelo), para su adopción como ley estatal, toda vez que en los Estados Unidos de América el derecho mercantil es derecho estatal y no federal, como en nuestro país.

¹⁵⁷ Bergsten, op. cit., p. 419

Para 1993, el Artículo 4A había sido adoptado por los siguientes estados de los Estados Unidos de América,¹⁵⁸ y era derecho vigente en la mayor parte de ellos:¹⁵⁹ Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming.

Es importante recalcar el hecho de que el Artículo 4A sea actualmente derecho vigente en el Estado de Louisiana, cuyo sistema jurídico está inspirado en el derecho francés, mismo que no ha adoptado en su totalidad el Código de Comercio Uniforme.

En virtud de su carácter de ley estatal, debe resaltarse la supremacía sobre ella no sólo de las leyes federales sino incluso de las normas y reglas generales que emitan agencias federales, tales como la Reserva Federal.

b) Lineamientos

Como producto del trabajo de la Cámara de Comercio Internacional, bien podríamos considerar a estos Lineamientos como parte integrante del llamado derecho del comercio internacional, mas no con el carácter de ley sino de simples reglas de conducta que pueden ser incorporadas en los contratos que celebren sus destinatarios, a saber, los bancos que participen en el mercado de las transferencias de crédito.

c) El SPEUA

La Circular es una disposición reglamentaria emitida por el Banco de México, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley del Banco de México, que lo faculta para expedir disposiciones de aplicación general cuyo propósito consista en regular el buen funcionamiento del sistema de pagos.

En este sentido, cabe señalar que una de las finalidades del Banco de México consiste precisamente en propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos (artículo 2°), para lo cual está facultado para regular dichos sistemas de pagos (fracción I del artículo 3°).

¹⁵⁸ Tomado de Patrikis, op. cit., p. 4

¹⁵⁹ Generalmente, el inicio de vigencia de las leyes ocurre en una fecha posterior a la de su promulgación, razón por la cual, a la fecha mencionada, el Artículo 4A bien podría no ser derecho vigente en alguno de los estados que la hubieren adoptado.

Finalmente, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido por el artículo 31 de la Ley del Banco de México, éste se encuentra facultado para regular el servicio de transferencias de fondos a través de instituciones de crédito y otras empresas que lo presten de manera profesional.

Toda vez que la Ley del Banco de México se ocupa sólo en términos muy generales de las transferencias de fondos, esta facultad del Banco de México adquiere un carácter cuasi-legislativo, pues dicho Banco de México no tiene más límites en el ejercicio de esta facultad que los establecidos en la Ley del Banco de México, misma que prácticamente no establece límite alguno.

3. Libertad para contratar y autonomía privada

En su artículo 4º, la Ley Modelo reconoce expresamente los principios generales de la libertad para contratar que tienen las partes en una transferencia (i.e., la facultad que tienen para celebrar o no un contrato que regule sus relaciones y para escoger a su contraparte en dicho contrato),¹⁶⁰ así como el de la autonomía privada (i.e., su facultad para determinar la forma y el contenido del contrato¹⁶¹ o, dicho con otras palabras, su facultad para crear válidamente relaciones normativas obligatorias para ellas¹⁶²).

En efecto, dicho artículo establece que, "salvo que esta Ley disponga otra cosa, los derechos y obligaciones derivados de una transferencia de crédito, podrán ser modificadas por las partes."

La Ley Modelo consagra, pues, como regla general, la de la autonomía privada y establece las posibles limitaciones a la misma como meras excepciones que deben, por lo tanto, constar expresamente en el texto de la Ley Modelo.

Debe tomarse en consideración el hecho de que, mientras la Ley Modelo no sea adoptada como ley nacional por algún Estado, la discusión sobre el carácter imperativo o dispositivo de sus normas carece en absoluto de valor, dado que todas y cada una de esas disposiciones son, a final de cuentas, un mero modelo que sus destinatarios pueden adoptar o rechazar a discreción. Por lo tanto, para efectos de la discusión planteada en este apartado, asumiremos que la Ley Modelo, tal como fue aprobada por la Comisión, forma parte del derecho vigente de un Estado determinado.

¹⁶⁰ Sánchez Medat, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, décimo segunda edición, p. 5

¹⁶¹ Sánchez Medat, op. cit., p. 5.

¹⁶² Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, octava edición, p. 225.

Probablemente la única limitación a la libertad para contratar establecida en la Ley Modelo consista en el hecho de que el universo de posibles contrapartes se encuentra restringido a los bancos y otras entidades que, en el curso normal de sus negocios, ejecutan órdenes de pago.

Por otra parte, las únicas limitaciones al principio de la autonomía privada establecidas en la Ley Modelo, son las que se señalan a continuación:

a) Las partes no pueden convenir en que un supuesto expedidor quede obligado por la orden de pago recibida por un banco receptor, aun cuando dicho banco receptor hubiere cumplido cabalmente lo dispuesto por el procedimiento de seguridad originalmente acordado entre las partes, a menos que dicho procedimiento de seguridad sea "comercialmente razonable dadas las circunstancias;"¹⁶³

b) Las partes no pueden convenir disposiciones diferentes de las establecidas en el párrafo 1 del artículo 14, relativo al deber de reembolsar el importe de la orden de pago, más intereses, que tiene el banco del iniciador frente al iniciador, en caso de que la transferencia no llegue a completarse;¹⁶⁴ y

c) Un banco puede válidamente convenir en aumentar su responsabilidad (prevista en el artículo 17 de la Ley Modelo) frente a un iniciador o un beneficiario que no sean bancos, pero no podrá válidamente reducir mediante acuerdo su responsabilidad frente a dicho iniciador o beneficiario.

En opinión de Abascal Zamora, estas limitaciones al principio de la autonomía privada constituyen disposiciones cuya finalidad consiste en proteger a las partes no bancarias en una transferencia, aunque no constituyen, de ningún modo, disposiciones de protección al consumidor.¹⁶⁵

Debe tomarse en consideración que los principios antes mencionados de la libertad para contratar y la autonomía privada, pueden estar limitados por el ordenamiento jurídico nacional que rija los contratos respectivos. Así, en nuestro derecho, estas limitaciones habría que buscarlas en la teoría general de los contratos, por lo que se refiere a los elementos del mismo y sus requisitos de validez.

El texto del artículo 4 finalmente aprobado por la Comisión, fue motivo de arduos debates tanto en el Grupo de Trabajo como en la Comisión. Una vez más, los intereses encontrados de la delegación de los Estados Unidos de América, por una parte, y de la mayoría de los países europeos, por la otra, dieron lugar a estos debates.

¹⁶³ Párrafo 3 del artículo 5 de la Ley Modelo.

¹⁶⁴ Párrafo 2 del artículo 14 de la Ley Modelo.

¹⁶⁵ Abascal Zamora, op. cit., p.4

Los Estados Unidos de América presionaban para que el texto de la Ley Modelo se acoplara lo más posible a las necesidades operativas de los sistemas de transferencias de fondos entonces existentes y porque se reconociera en el texto de la Ley Modelo las reglas de dichos sistemas. Al mismo tiempo, la mayoría de los países europeos consideraban que estas reglas operativas de los sistemas de transferencias de fondos que tanto preocupaban a los americanos, tenían un rango muy inferior al que debía tener una ley modelo internacional y, por lo tanto, no deberían ser tomadas en cuenta por la Ley Modelo.

Apenas en su segundo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión relativa a la facultad de las partes para modificar mediante acuerdo "de la parte interesada" las disposiciones de la Ley Modelo, sería considerada en relación con cada artículo de la Ley Modelo.

En realidad, no fue sino hasta el último período de sesiones del Grupo de Trabajo cuando se tomó la decisión de incluir en la Ley Modelo una disposición regulando específicamente la facultad de las partes para modificar las disposiciones de la misma mediante acuerdo de "la parte afectada".

En un comunicado de fecha 6 de junio de 1990,¹⁶⁶ la delegación de los Estados Unidos de América propuso al Grupo de Trabajo, entre otras cosas, la adición de un nuevo párrafo 3 al artículo 15 a la Ley Modelo, en los siguientes términos:

"Un sistema de transferencias de fondos puede elegir la ley de un Estado particular como la ley aplicable a los derechos y obligaciones de todas las partes en una 'transferencia electrónica de alta velocidad'. En caso de inconsistencias entre la ley del Estado seleccionada por el sistema de transferencias de fondos y cualquier disposición de la Ley Modelo, la ley de dicho Estado prevalecerá."

Esta propuesta, tomada del Artículo 4A-507 (c) (ii), fue rechazada por el Grupo de Trabajo, en virtud de que no se creyó conveniente aplicar la ley seleccionada por un sistema de transferencias de fondos a aquellas partes de una transferencia que no tuvieran conocimiento de la elección hecha por el sistema de transferencias de fondos en cuestión.

Además, esta propuesta daría a tales sistemas (generalmente operados por asociaciones de bancos) una libertad irrestricta para seleccionar la ley que pudiera resultar más favorable para los bancos y menos favorable para las partes no bancarias de una transferencia.

¹⁶⁶ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1991, Vol. XXII (A/CN.9/WG.IV/WP.47), p. 193.

En mi opinión, hubiera resultado conveniente adoptar esta propuesta, exigiendo en todo caso el conocimiento de las partes acerca del sistema a través del cual sería procesada la transferencia, así como de la selección de la ley hecha por dicho sistema.

En la comunicación ya citada, los Estados Unidos de América proponían también la inclusión de un nuevo artículo 16, relativo a la facultad de las partes para modificar, mediante acuerdo de la "parte afectada", las disposiciones de la Ley Modelo, así como que las reglas de un determinado sistema de transferencias de fondos resultaran aplicables entre los bancos participantes en dicho sistema, aun cuando fueran inconsistentes con la Ley Modelo.

A pesar de que la delegación de los Estados Unidos de América retiró su propuesta durante el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo, éste (en lo que Crawford califica de "movimiento sorpresivo") decidió adoptar la primera parte de la propuesta del nuevo artículo 16, para establecer el principio de la autonomía privada, excepto en aquellos casos en que la Ley Modelo expresamente dispusiera otra cosa.

Sin embargo, en lo que a nuestro parecer constituyó un lamentable error, la segunda parte de esa propuesta fue rechazada por el Grupo de Trabajo, sin que quede constancia escrita de las razones que lo animaron a cometer tal desatino.

Considero que esta segunda parte de la propuesta debió haber sido adoptada por el Grupo de Trabajo, limitando su aplicación sólo a aquellos bancos participantes en el sistema correspondiente.

a) El Artículo 4A

El inciso a) del Artículo 4A-501, consagra los mismos principios de la libertad para contratar y de la autonomía privada de las partes en una transferencia de fondos, al establecer que los derechos y obligaciones de una parte en una transferencia de fondos pueden ser variados mediante acuerdo de la "parte afectada", salvo que el propio Artículo disponga otra cosa.

Cabe mencionar que esta referencia al acuerdo de la "parte afectada" que figura en el texto del Artículo 4A y que originalmente figuraba también en el texto de la Ley Modelo, fue finalmente excluida de esta última, por considerarse "materia propia del derecho general de los contratos".¹⁶⁷

En efecto, la validez del principio que se enuncia diciendo que el contrato sólo surte efectos entre las partes, es reconocido en todos o casi todos los sistemas legales. Es verdad que la rigidez de este principio en su redacción

¹⁶⁷ Lojendio Osborne, op. cit., p. 104

original, consignado en las Instituciones de Justiniano en los siguientes términos "*res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*" (el negocio celebrado entre dos personas no puede imponer deberes a un tercero ni tampoco concederle derechos),¹⁶⁸ se ha atenuado considerablemente con el paso del tiempo, hasta llegarse al reconocimiento prácticamente unánime de la validez de los llamados contratos a favor de terceros. En consecuencia, la regla general de que el contrato sólo surte efectos entre las partes, admite como una excepción la posibilidad de que la norma creada por virtud de dicho contrato "favorezca a terceros, pero no de que los perjudique."¹⁶⁹

Por lo anterior, y en referencia exclusiva a nuestro ordenamiento jurídico nacional, consideramos apropiada la exclusión de la referencia a la "parte afectada", toda vez que su inclusión en la Ley Modelo no era necesaria y, en principio, en un texto legal lo que no sirve estorba.

Por su parte, el inciso b) del Artículo 4A-501, reconoce la existencia de las reglas de los sistemas de transferencias de fondos y establece que éstas regirán los derechos y obligaciones entre bancos participantes de dicho sistema, aun cuando dichas reglas pudieran ser inconsistentes con lo dispuesto en la Ley Modelo o cuando indirectamente pudieran afectar a otras partes que no hubieren manifestado su consentimiento a la aplicación de esas reglas. Este artículo va más lejos al establecer la posibilidad de que las reglas de un sistema de transferencia de fondos puedan aplicarse a los derechos y obligaciones de las partes no bancarias, con las siguientes limitaciones:

a) El derecho de un beneficiario a recibir el pago de la orden y a recuperar daños en ciertos casos, no puede ser modificado por las reglas de algún sistema de transferencia de fondos;

b) El derecho del beneficiario consistente en que el banco del beneficiario le notifique la recepción de una orden de pago en su favor, sólo puede ser modificado por las reglas de un sistema de transferencia de fondos si el beneficiario hubiera sido informado de dichas reglas, antes del inicio de la transferencia;

c) En caso de que las reglas de un determinado sistema de transferencia de fondos establezcan que el pago en favor del beneficiario de las órdenes de pago procesadas a través de dicho sistema son provisionales hasta que el banco del beneficiario reciba el pago de la misma, el banco del beneficiario estará facultado para obtener el reembolso del beneficiario, únicamente si las reglas mencionadas requieren que tanto el iniciador como el beneficiario tengan noticia de la naturaleza provisional de los pagos y tanto el beneficiario como el banco del

¹⁶⁸ Margadant, op. cit., p. 326.

¹⁶⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo V, Volumen I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, quinta Edición, p. 200.

beneficiario y el banco del iniciador convinieron en quedar obligados por dicha regla; y

d) La elección que haga un sistema de transferencia de fondos respecto de la ley que deba regir los derechos y obligaciones incluso de las partes no bancarias en una transferencia procesada a través de dicho sistema, sólo es válida y obligatoria para el iniciador, el beneficiario o cualquier otro banco intermediario que no participe en el sistema si éstos tienen conocimiento de que el sistema puede ser utilizado y de la elección de la ley hecha por ese sistema.

Huelga decir que este es un sistema mucho más completo y apropiado que el establecido en la Ley Modelo. Quizá lo único que podría criticarse es la posibilidad de que las reglas de un sistema de transferencias de fondos que se apliquen entre instituciones participantes aun cuando sean inconsistentes con las disposiciones del Artículo 4A, puedan afectar, bien sea indirectamente, los derechos y obligaciones de otras partes en la transferencia que no hubieren consentido en quedar obligadas por dichas reglas. Sin embargo, esto pudo haberse eliminado del texto de la Ley Modelo sin mayor problema, o bien pudieron limitarse sus efectos prohibiendo que los derechos y obligaciones de las partes no bancarias en una transferencia resulten afectados de este modo.

b) Lineamientos

La cuestión relativa al principio de la autonomía privada carece en absoluto de interés en relación con estos Lineamientos. Toda vez que los bancos gozan de la más amplia libertad para incorporarlos en los contratos que celebren con otros bancos con el propósito de establecer sus derechos y obligaciones en una transferencia de fondos o para rechazarlos, plantearse siquiera la cuestión sería un sinsentido.

c) El SPEUA

La Circular parece dejar poco, por no decir ningún espacio a la autonomía privada en relación con las órdenes de pago que se cursen a través del SPEUA. Sin embargo, es tan limitado el alcance de la misma y son tantas las materias que no regula, que bien podría concluirse que todas esas otras materias no reguladas por la Circular (v.g. responsabilidad de los bancos frente a iniciadores o beneficiarios), se dejan a la regulación contractual que las partes establezcan.

Cabe mencionar que, en virtud de lo dispuesto por el numeral 2 de la Circular, las instituciones interesadas en participar en el sistema deben celebrar un contrato en el que acepten someterse a todas y cada una de las disposiciones de la Circular (como si la Circular no fuera obligatoria para dichas instituciones

independientemente de contratos de cualquier naturaleza) en el que probablemente se establezca alguna cosa en relación con el asunto que nos ocupa.

E. Conflicto de Leyes

1. Necesidad de contar en la Ley Modelo con disposiciones sobre el conflicto de leyes

a) Conflicto de leyes

Siempre que un hecho o una serie dada de hechos¹⁷⁰ se encuentra vinculado o establece puntos de contacto con más de un ordenamiento jurídico, surge la posibilidad de que varios de esos ordenamientos sean "susceptibles de aplicarse al mismo tiempo para resolver el mismo problema jurídico, en virtud de que los elementos constitutivos de la relación objeto del problema están vinculados con uno y otro de esos ordenamientos jurídicos."¹⁷¹

Este tipo de conflictos no es sólo común en el ámbito internacional, entre los sistemas jurídicos pertenecientes a distintos Estados, sino también en el ámbito nacional, entre los sistemas jurídicos de las distintas entidades que integran un mismo Estado federal.

Como bien hace notar el maestro García Moreno, "en un sistema federal los conflictos de leyes interlocales son muy similares a los conflictos que surgen entre Estados independientes y plenamente soberanos."¹⁷²

La solución de estos conflictos radica, precisamente, en determinar en cada caso concreto, cuál será la ley aplicable al mismo.

Cuando las normas jurídicas sustantivas de los distintos ordenamientos jurídicos susceptibles de ser aplicados válidamente y en forma simultánea a la solución de un problema relacionado con un hecho o serie de hechos determinado que establece puntos de contacto con esos ordenamientos, son idénticas, el conflicto de leyes en realidad carece de importancia. Es verdad que aún en estos casos tendrá que resolverse la cuestión relativa a cuál será el ordenamiento jurídico cuyas normas sustantivas tendrán que aplicarse a la solución del caso concreto, por lo que, en sentido estricto, el conflicto de leyes no desaparece. Sin embargo, como la solución al caso concreto será la misma cualquiera que sea el sistema jurídico aplicado, pues sus normas sustantivas establecen soluciones idénticas, la cuestión relativa a la determinación del derecho aplicable, pasa a un segundo plano de importancia.

¹⁷⁰ Wolff, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1958, p. 4. Este autor considera que el derecho internacional privado se aplica a ciertos hechos no afectados previamente por el derecho y no a relaciones jurídicas.

¹⁷¹ García Moreno, Víctor Carlos, *Derecho Conflictual*, en *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 1028.

¹⁷² García Moreno, op. cit., p. 1071.

Este es, precisamente, el objetivo que persigue el llamado derecho uniforme, tanto a nivel internacional (v.g., Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) como a nivel nacional o interlocal (v.g., Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América).

Cuando no es así, cuando -como sucede en realidad en la gran mayoría de los casos- los sistemas jurídicos de los distintos Estados o entidades federativas, según se trate de un conflicto interestatal o interlocal, respectivamente, con los cuales una misma situación establece puntos de contacto, prevén soluciones distintas a esa misma situación, entonces la cuestión relativa a la determinación del derecho aplicable adquiere una singular importancia.

En la determinación del derecho aplicable, los puntos de contacto que un hecho determinado establece con distintos ordenamientos jurídicos, resultan de gran ayuda para el jurista.

Entre estos puntos de contacto, los más importantes se mencionan a continuación:

- a) el domicilio
- b) la nacionalidad
- c) el lugar de residencia
- d) el lugar de constitución de una persona moral
- e) el lugar de ubicación de la cosa
- f) el lugar de celebración del acto
- g) el lugar de cumplimiento
- h) la voluntad de las partes
- i) el lugar donde se inicia un procedimiento judicial.

Evidentemente, los puntos de contacto de un hecho dado con distintos sistemas jurídicos sólo permiten determinar, en un primer momento, el universo de ordenamientos jurídicos con los que ese hecho guarda alguna relación. Sin embargo, la existencia de uno o más de dichos puntos de contacto con un ordenamiento jurídico determinado no significa, necesariamente, que ese ordenamiento jurídico sea válidamente aplicable al caso concreto.

En realidad, esta respuesta debe buscarse en las normas conflictuales o de derecho internacional privado (que, según la feliz expresión de Niboyet, ni es internacional ni privado) del Estado en cuestión, que son las que pueden o no atribuir algún tipo de significación jurídica a esos puntos de contacto.

El problema se complica aún más en la medida en que no sólo el derecho sustantivo sino aún las normas conflictuales de los distintos ordenamientos

jurídicos con los que un caso concreto establece puntos de contacto, pueden diferir.

"Las normas de los diversos órdenes jurídicos que regulan la aplicación del derecho extranjero, pueden diferir grandemente entre sí. Lo mismo cabe afirmar de la teoría que justifica la promulgación de normas que prescriben la aplicación del derecho extranjero en ciertos casos. Estados diferentes pueden aplicar el derecho extranjero por razones muy distintas y con el propósito de realizar fines distintos."¹⁷³ En realidad, nos parece que puede afirmarse que es precisamente esta diversidad de teorías que cada legislador nacional toma o puede tomar en consideración al elaborar sus leyes, lo que conduce a la diversidad de soluciones jurídico-positivas.

La forma más efectiva para resolver este tipo de conflictos consiste en que los Estados suscriban una convención internacional, cuyo objeto sea precisamente el establecimiento de reglas conflictuales obligatorias para todos los Estados parte, que determinen la norma sustantiva aplicable a cada caso concreto, evitando con esto la posibilidad de que se presente el fenómeno denominado "reenvío" o juego de la *raquette internationale*.¹⁷⁴

Según Pereznieto, existen tres formas para la elaboración de convenciones internacionales en materia de derecho internacional privado. La primera consiste en que la convención incorpore reglas de derecho internacional privado que el juzgador tendrá que consultar para determinar la ley aplicable. Otra es incorporar al texto de la convención, normas de derecho sustantivo o material (derecho uniforme) que el juzgador aplicará directamente para resolver el fondo del asunto. La tercera forma consiste en "un método mixto en el que se incluyan tanto normas de conflicto como normas de derecho uniforme."¹⁷⁵

Este es precisamente el método seguido por la Ley Modelo para tratar de evitar los conflictos de leyes que pudieran llegar a presentarse con motivo de las transferencias internacionales de crédito, aunque evidentemente la Ley Modelo no sea una convención sino un simple modelo de ley que forma parte integrante de la llamada *lex mercatoria*.

b) El carácter interlocal o internacional de la transferencia de crédito.

Supongamos que una persona física de nacionalidad mexicana (el iniciador), residente de la ciudad de Montreal, Canadá, se encuentra temporalmente en la ciudad de Madrid, España, desde donde se pone en

¹⁷³ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado y el Derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, p. 291.

¹⁷⁴ García Moreno, op. cit., p. 1048.

¹⁷⁵ Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Harla, S.A. de C.V., México, 1995, sexta edición, p. 153.

contacto telefónicamente con su ejecutivo de cuenta en el Banco X, con domicilio en la ciudad de Chicago, Illinois, Estados Unidos de América, para instruirle (emisión de la orden de pago) que, con cargo a los recursos que mantiene depositados en dicho Banco X y por conducto del Banco Y, con domicilio en la ciudad de Nueva York, Nueva York, Estados Unidos de América, transfiera una determinada cantidad de libras esterlinas a la cuenta que una persona moral constituida en Italia mantiene con el Banco Z en la ciudad de Sidney, Australia.

Para todos aquellos no familiarizados con el fenómeno de las transferencias de crédito, este ejemplo puede parecer quizás un poco exagerado y ciertamente raro, si no es que inexistente, en el mundo real.

Sin embargo esto no es así. Por regla general, las transferencias de crédito tienen un carácter eminentemente Interlocal o internacional, lo que significa que pueden establecer puntos de contacto con ordenamientos jurídicos pertenecientes a más de una entidad federativa o de un Estado, según sea el caso. Tratándose de las transferencias internacionales de crédito en particular, estos puntos de contacto se multiplican fácilmente, dado que en muchas ocasiones el banco del iniciador y el banco del beneficiario no tienen relaciones de corresponsalia, lo que obliga a que la transferencia tenga que pasar a través de uno o más bancos intermediarios, que pueden estar situados en Estados diferentes.

Si en el ejemplo con el que iniciamos este apartado todo sale bien, es decir, si la transferencia se ejecuta de manera tal que el beneficiario reciba la cantidad establecida en la orden de pago del iniciador, dentro del plazo previsto en dicha orden de pago, nadie tendrá de qué preocuparse salvo, quizá, algún jurista desinteresado que pretenda satisfacer un apetito puramente intelectual. En este caso, la pregunta sobre la ley aplicable a la transferencia carece en absoluto de sentido desde un punto de vista práctico, pues el conflicto de leyes no habrá pasado de ser una mera posibilidad.

Curiosamente, una de las razones, si no es que la principal, para explicar el muy precario desarrollo de las normas jurídicas aplicables a las transferencias de crédito, tanto a nivel nacional como internacional, radica en el hecho de que, normalmente, los sistemas de transferencias de fondos operan con márgenes de error muy pequeños y, en consecuencia, las cosas por lo general salen bien. Sin embargo, no siempre sucede así.

Si en nuestro ejemplo original algo llegara a salir mal, ¿cuál sería la ley aplicable?

Comencemos por recordar que la pretensión original de los redactores de la Ley Modelo en este sentido, consistía en que una sola ley rigiera las transferencias internacionales de crédito, de principio a fin; es decir, desde el momento en que el iniciador emite su orden de pago con el propósito de poner

fondos a disposición de un beneficiario, hasta el momento en que el banco del beneficiario acepta la orden de pago en beneficio de este último.

Esta solución ideal, sin embargo, sólo puede trasponer los umbrales de ese mundo ideal en el que habita (la mente del redactor de la Ley Modelo), en la medida en que todos y cada uno de los Estados y entidades federativas con cuyos sistemas jurídicos una transferencia determinada establece puntos de contacto, adopten como ley local o nacional, según sea el caso, el mismo texto de la Ley Modelo aprobado por la Comisión.

En este sentido, debe tomarse en consideración, además, el hecho de que la Ley Modelo, como simple texto aprobado por la Comisión, carece en absoluto de valor normativo; no es pues, una ley en sentido estricto, sino sólo un modelo que el legislador nacional puede o no tomar en consideración al momento de elaborar la ley que haya de ocuparse de estos asuntos. Resulta, de esta manera, que la Ley Modelo sólo llegará a adquirir algún tipo de significación jurídico-positiva, en la medida en que sea adoptada como ley nacional por alguno de los Estados que integran la comunidad internacional.

Y, de ser así, el ámbito espacial de validez de la Ley Modelo estaría limitado, de entrada, por el principio de la territorialidad de la ley, de acuerdo con el cual las leyes de un Estado sólo tienen efecto en su propio territorio y no pueden ser obligatorias fuera de él, salvo cuando algún derecho extranjero prevea su aplicación extraterritorial.

Este principio territorialista se encuentra consagrado, en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en la fracción primera del artículo 121 constitucional (aunque en referencia al derecho de las distintas entidades federativas y no al derecho extranjero) y en el artículo 12 del Código Civil, que a la letra dice: "Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte."

De esta manera, las normas de un determinado orden jurídico nacional, por regla general, sólo son válidas dentro del territorio del Estado que las promulgó. El territorio es, pues, "el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado" o, dicho de otra manera, "el espacio dentro del cual los actos de éste (el Estado) y, especialmente los coercitivos, se permite que se realicen; el espacio dentro del cual el Estado, es decir, sus órganos, están autorizados por el derecho internacional para ejecutar los órdenes jurídicos nacionales."¹⁷⁶

¹⁷⁶ Kelsen, op. cit., p. 248

Para efectos de aplicar la Ley Modelo a una transferencia internacional de crédito en su conjunto, no resulta de mucha ayuda el que sólo uno o varios de los sistemas jurídicos involucrados hubieran adoptado la Ley Modelo, pues aún en este caso tendría que verse si los sistemas jurídicos que no la hubieran adoptado, permiten o no la aplicación extraterritorial de la misma.

Fue precisamente el reconocimiento de que la transferencia de crédito no constituye un todo indivisible sino que, por el contrario, está integrada por una "serie de operaciones" que se llevan a cabo en distintos Estados y que, por lo tanto, pueden estar sujetas a distintas normas jurídicas, lo que llevó al Grupo de Trabajo y a la Comisión a tomar la decisión de incorporar en el texto de la Ley Modelo, una disposición sobre los conflictos de leyes que pudieran surgir con motivo de las distintas órdenes de pago que integran una misma transferencia.

Volvamos ahora a nuestro ejemplo.

En primer lugar, debemos distinguir el universo de posibles sistemas jurídicos involucrados. Así, podemos afirmar que dicha transferencia establece puntos de contacto con los siguientes órdenes jurídicos nacionales y locales: con el derecho mexicano, por la nacionalidad del iniciador; con el derecho canadiense, por el lugar de su residencia; con el derecho español, por el lugar donde se encontraba el iniciador al celebrar el acto; con el derecho local vigente en el estado de Illinois, Estados Unidos de América (recuérdese que en este país la materia comercial es competencia local y no federal), por el domicilio del Banco X; con el derecho local vigente en el estado de Nueva York, Estados Unidos de América, por el domicilio del Banco Y; con el derecho inglés, por estar denominada la transferencia en libras esterlinas; con el derecho italiano, por el lugar de constitución del beneficiario; con el derecho australiano, por el domicilio del Banco Z; con el derecho de algún otro Estado al cual las partes se hubieran sometido. Y finalmente, por si lo anterior no fuera suficiente, con el derecho de no se sabe qué Estado ante cuyos tribunales alguna de las partes decidiera ejercitar alguna acción (*lex fori*).

Habiendo hecho esto, habrá que determinar cuáles puntos de contacto tienen significación y respecto de qué ordenamientos jurídicos.

No se encuentra dentro de los modestos límites de este trabajo, el pretender dar una respuesta definitiva a los problemas que eventualmente pueden presentarse ante la posibilidad de que distintos ordenamientos jurídicos pretendan aplicarse en forma simultánea a resolver un mismo conflicto surgido con motivo de una transferencia internacional de crédito.

Bástenos por el momento con dejar constancia de la innegable realidad del problema y de la complejidad del mismo, lo que puede servirnos como una primera justificación para apoyar la decisión de la Comisión en el sentido de

incluir dentro del texto de la Ley Modelo, una disposición relativa a los conflictos de leyes.

Adicionalmente, pienso que tal decisión puede explicarse y justificarse en función de los siguientes argumentos:

1. La serie de operaciones que integran una transferencia internacional de crédito necesariamente deben llevarse a cabo en distintos Estados, cuyas normas jurídicas sustantivas (a menos que todos los Estados hubieren adoptado como ley nacional la Ley Modelo) seguramente establecerán soluciones diferentes, cuando no incompatibles.

2. Existe una muy elevada posibilidad de que no sólo las normas de derecho sustantivo, sino incluso las normas conflictuales de los distintos sistemas jurídicos, difieran entre sí.

3. Existe la posibilidad de que, aun cuando todos los Estados que integran la comunidad internacional hubieren adoptado la Ley Modelo como ley nacional (lo que seguramente no sucederá en el corto plazo), dicha Ley Modelo contenga ciertas lagunas, bien porque ofrezca una solución general que no se adapte a todas las situaciones que ebarca, bien porque al imponer un deber o conceder un derecho, no determine en todos sus pormenores, los medios de cumplimiento del primero o de ejercicio del segundo.¹⁷⁷

2. La nota al pie de página

Ciertamente, la desafortunada decisión de la Comisión en relación con la localización topográfica dentro de la Ley Modelo, de la disposición sobre conflictos de leyes, no obedeció en ningún momento a los principios de la buena técnica jurídico-legislativa. Por el contrario, los motivos de tal decisión fueron, una vez más, de carácter eminentemente político.

Ante la disyuntiva de tener que eliminar del texto de la Ley Modelo la disposición sobre conflictos de leyes, como sugerían una buena cantidad de delegaciones europeas, o mantener dicha disposición como artículo 18 de la Ley Modelo, como proponía la delegación de los Estados Unidos de América, principalmente, la Comisión optó por mantener la disposición, pero no dentro del cuerpo de la Ley Modelo, sino como nota al pie de página, lo que "haría ver claramente al legislador nacional su índole opcional."¹⁷⁸ La decisión, como era de esperarse, parece no haber salisfecho a nadie.

¹⁷⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1988, trigésimo novena edición, p. 406.

¹⁷⁸ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre la labor realizada en su vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), p. 18.

En realidad si lo que pretendía la Comisión era únicamente resaltar ante el legislador nacional el carácter o la índole opcional de la disposición, no habría hecho falta mover el texto de la misma del cuerpo de la ley a una nota al pie de página, pues a final de cuentas todas y cada una de las disposiciones de la Ley Modelo participan en igual medida de esa naturaleza opcional que la Comisión se empeñaba en mostrar claramente.

Desde este punto de vista, podría decirse que la decisión no tendrá ninguna consecuencia de importancia.

Sin embargo, hay quienes piensan que tal decisión tiene un profundo impacto sobre el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, toda vez que, derivado de su particular ubicación topográfica, la disposición sobre conflictos de leyes constituye una disposición independiente, que puede ser adoptada o rechazada libremente por el legislador.¹⁷⁹

No compartimos esta opinión, pues como ya hemos explicado, esta libertad del legislador no es mayor ni menor en tratándose de cualquier artículo de la Ley Modelo, que de su título o de una nota al pie de página.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que esta decisión probablemente llegue a tener una influencia no del todo positiva sobre algunos legisladores nacionales, quienes podrían inferir de la particular ubicación de la disposición en cuestión, que su importancia, comparada con el resto de las disposiciones de la Ley Modelo, había sido considerada en cierta manera inferior.

El tema que ocupa nuestra atención fue objeto de múltiples y arduas discusiones tanto en el Grupo de Trabajo como en la Comisión.

La disposición sobre conflictos de leyes apareció por primera vez en un proyecto de Reglas Modelo, preparado por la Secretaría, que fue sometido a la consideración del Grupo de Trabajo en su tercer período de sesiones.

En su redacción original, dicha disposición contenía dos párrafos, uno aplicable a conflictos de leyes que pudieran surgir en relación con las distintas órdenes de pago de una transferencia, y otro a los conflictos de leyes que pudieran derivar de la transferencia de crédito en sí misma, particularmente, del cumplimiento de la obligación subyacente a cargo del iniciador y en favor del beneficiario.

Como la decisión de la Comisión en este sentido fue la de sólo regular los conflictos de leyes que pudieran surgir con motivo de las órdenes de pago que

¹⁷⁹ Bergsten, op. cit., p. 494.

integran una transferencia internacional de crédito, en adelante sólo habremos de ocuparnos de éstos.

La disposición permitía a las partes convenir en que sus derechos y obligaciones se rigieran por la ley de cualquiera de los siguientes Estados: a) el del expedidor, b) el del banco receptor, o c) aquel en cuya moneda estuviera denominada la orden de pago. A falta de acuerdo entre las partes, la ley aplicable sería la del Estado del banco receptor.

El asunto volvió a tratarse en el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, a propósito del análisis de una propuesta presentada al Grupo de Trabajo por la delegación de los Estados Unidos de América.¹⁸⁰

En este documento, los Estados Unidos sugerían varias modificaciones al texto de la Ley Modelo, de modo que sus disposiciones pudieran resultar aplicables a aquellas transferencias realizadas a través de sistemas de transferencias de fondos, a gran velocidad, bajo costo y con un máximo de seguridad.

Conscientes de que, por las razones antes expuestas, los distintos segmentos de una misma transferencia podrían quedar regulados por leyes no sólo distintas sino muchas veces incompatibles, y con el propósito de proporcionar a las partes un instrumento que les permitiera pactar la aplicación de una sola ley a la transferencia de crédito en su conjunto, los delegados de este país proponían incluir una nueva disposición en la Ley Modelo, que estableciera lo siguiente:

"Un sistema de transferencias de fondos puede elegir la ley de un Estado en particular para regir los derechos y obligaciones de todas las partes en una transferencia electrónica de alta velocidad. En caso de existir discrepancias entre las disposiciones de la ley del Estado elegido por el sistema y las disposiciones de la Ley Modelo, las disposiciones de la ley del Estado elegido por el sistema de transferencias de fondos prevalecerán."

A pesar de reconocer que la propuesta constituía un instrumento útil en cuanto a la aplicación de una sola ley a las transferencias internacionales de crédito, el Grupo de Trabajo la rechazó, entre otras, por las siguientes razones:

1. No parecía adecuado que las partes no bancarias en una transferencia, que no habían participado en la elección de la ley aplicable y que probablemente ni siquiera tendrían conocimiento de tal elección, quedaran obligadas por las disposiciones de esa ley; y

¹⁸⁰ Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1991, Vol. XXII (A/CN.9/WG.IV/WP.47), p. 193

2. Dado que los sistemas de transferencias de fondos son generalmente operados por bancos, la disposición estaría otorgando a esos bancos una libertad irrestricta para elegir la ley aplicable, lo que en muchos casos llevaría a que dicha ley fuera la más favorable para los intereses de los bancos y la menos favorable para los intereses de las partes no bancarias.

La oposición provino, una vez más, de la mayoría de las delegaciones europeas, para las cuales resultaba de mayor importancia la protección de los intereses del público, que la simple confirmación y posterior regulación de prácticas existentes. Para estas delegaciones, "las reglas de operación (de los sistemas de transferencias de fondos) existían en un nivel muy inferior al que debía ocupar una ley modelo internacional y, por tanto, no debían ser consideradas por los legisladores nacionales, ya que, en todo caso, dichas reglas tendrían que adaptarse al texto final de la ley."¹⁸¹

En nuestra opinión, la decisión de la Comisión en el sentido de rechazar de tajo la propuesta no fue la más atinada. En efecto, mucho se habría avanzado con simplemente complementar el texto propuesto con el requisito de que todas las partes tuvieran conocimiento de que el sistema de transferencias de fondos sería utilizado, así como de la elección de la ley aplicable.

En su segunda parte, la propuesta de los Estados Unidos de América incluía una disposición por virtud de la cual se permitía que las reglas de un determinado sistema de transferencias de fondos regulara los derechos y obligaciones de los bancos participantes en dicho sistema, aun cuando dichas reglas fueran contrarias a la Ley Modelo e indirectamente pudieran afectar a otra parte que no hubiera otorgado su consentimiento.

Probablemente existieran buenas razones para no aceptar la aplicación de determinadas reglas a aquellas partes que no tuvieran conocimiento de las mismas y que no hubieran dado su consentimiento, expreso o tácito, en relación con su aplicación. Sin embargo, pensamos que habría resultado de provecho el haber aceptado la parte de la propuesta que hacía referencia a los bancos participantes en el sistema.

Como ya mencionamos, varias delegaciones europeas se oponían a que la Ley Modelo se ocupara de las cuestiones relativas a los conflictos de leyes, argumentando, entre otras cosas, que:

1. Considerando la gran variedad de legislaciones nacionales en lo que a medios de pago se refiere y considerando la complejidad de los problemas planteados por las transferencias internacionales de crédito, la disposición en cuestión carecía del refinamiento necesario como para que pudiera ser adoptada por un número considerable de Estados.

¹⁸¹ Crawford, *International...*, p.172.

2. La disposición no señalaba la formalidad que debería revestir el acuerdo de las partes en relación con la ley aplicable. Como ejemplo de lo contrario, se citó el artículo 3 de la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

3. La disposición probablemente no pudiera ser adoptada por los Estados miembros de la Convención de Roma o de otras convenciones sobre derecho internacional privado.

4. Sería necesario diferenciar entre las transferencias electrónicas y las documentadas.

5. Parecía más apropiado regular esta materia en una convención independiente y no dentro de la Ley Modelo.

3. Los puntos de contacto

a) *Lex voluntatis*

Entendemos por *lex voluntatis*, el principio jurídico que se enuncia diciendo que las partes están facultadas para determinar el derecho aplicable al acto jurídico que celebran.

Según Wolff, la regla que establece que "la *lex voluntatis* rige el contrato, es una regla jurídica que forma parte integrante del derecho internacional privado de la mayoría de los países."¹⁸²

Este principio no sólo se encuentra reconocido en el derecho conflictual de la mayoría de los Estados, sino que se encuentra también reconocido en convenciones internacionales sobre la materia. Así, la Convención de Roma, en su artículo 4(1), establece que "en la medida en que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por las partes de acuerdo con el artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que guarde una conexión más cercana."

Sin apartarse de esta tendencia, el primer párrafo del Artículo Y de la Ley Modelo establece que "los derechos y obligaciones derivados de una orden de pago se regirán por la ley del Estado designado por las partes."

Cabe señalar que esta regla es aplicable únicamente a las partes de las distintas órdenes de pago que integran una misma transferencia de crédito y no a la transferencia en su conjunto, resultado que se lograría únicamente cuando

¹⁸² Wolff, op. cit., p. 396.

todas las partes en todas las órdenes de pago que componen dicha transferencia, hubieran pactado la aplicación de una misma ley.

Las limitaciones a la autonomía privada que se incluían en la redacción original de la disposición, fueron eliminadas por el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, en el que se tomó la decisión de establecer una regla general facultando a las partes a elegir la ley aplicable, excepto cuando la propia ley estableciera otra cosa.

Aún cuando no existe en la Ley Modelo ninguna restricción expresa a la libertad de las partes para elegir la ley aplicable a cada orden de pago, tampoco existe una "disposición que indique que las partes pueden elegir cualquier ley, independientemente de la relación que tenga con la transacción o con la jurisdicción del foro."¹⁸³

En relación con sistemas jurídicos como el de los Estados Unidos de América, una disposición semejante habría resultado de gran utilidad, en virtud de que:

1. Por una parte, en vista del precario desarrollo (por no llamarle la casi inexistencia) de las leyes aplicables a las transferencias de crédito, es muy probable que las partes tengan pocas opciones y que, por tanto, no siempre la transferencia pueda establecer algún punto de contacto adicional con la ley así seleccionada.

2. El principio básico de la libertad para contratar consagrado por el segundo *Restatement of Conflict of Laws*, se encuentra de alguna manera limitado. De acuerdo con este segundo *Restatement*, si el acto jurídico no tiene una relación substancial con la jurisdicción cuya ley se eligió, y no existen otras bases razonables para la elección, el tribunal no estará obligado a aplicarlo.

En este sentido, parece importante mencionar que la Suprema Corte del Estado de Nueva York, ha decidido que la elección de la ley de dicho Estado por lo que se refiere a contratos comerciales y financieros, es un acuerdo válido a pesar de que no exista una relación substancial entre el contrato y la mencionada ley, en virtud de que las partes ven en Nueva York uno de los centros comerciales y financieros más importantes del mundo y, en consecuencia, confían no sólo en la bondad de sus leyes sino en la capacidad de sus juzgadores.

Sin embargo, en sistemas jurídicos como el mexicano, la omisión no parece ser tan grave, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico positivo no establece más limitaciones a la voluntad de las partes para elegir la ley que deba regir sus relaciones, que las impuestas por el orden público y el fraude a la ley.

¹⁸³ Patrikis, Baxter and Bhala, op. cit., p. 265.

El orden público, "como medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica generalmente competente,"¹⁸⁴ está previsto en la fracción II del artículo 15 del Código Civil, que establece que no se aplicará el derecho extranjero "cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación, sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano."

En este mismo sentido, el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de la cual México es parte, establece que "las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público."

Cabe señalar que el concepto de orden público puede variar de un sistema jurídico a otro y aún dentro del mismo sistema, de una época a otra.

Por su parte, el fraude a la ley, que también constituye un medio para evitar la aplicación del derecho extranjero, se encuentra previsto en la fracción I del ya citado artículo 15 del Código Civil. De conformidad con este artículo, no se aplicará el derecho extranjero "cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión."

En este mismo sentido, el artículo 6 de la citada Convención Interamericana establece que "no se aplicará como derecho extranjero el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte." En este caso, "quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor, el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas."

A este respecto, García Moreno comenta que "el fraude a la ley, igual que el reenvío, es una institución muy discutida en el derecho internacional privado, porque contiene elementos muy subjetivos: 'artificiosamente,' 'intención fraudulenta,' 'principios fundamentales,' etc.; sin embargo, es un remedio que rara vez falta en leyes y convenciones conflictuales para evitar la aplicación de normas extranjeras cuando exista intención dolosa de por medio."

Siendo que la naturaleza normativa de la Ley Modelo no es la de una convención internacional, sino la de un modelo que puede servir de base a los legisladores nacionales en la elaboración de sus propias leyes, las limitaciones a este principio general de la *lex voluntatis* consagrado en la Ley Modelo, habrá que buscarlas en cada uno de los Estados que eventualmente lleguen a adoptar la Ley Modelo como ley nacional.

¹⁸⁴ Pereznielo Castro, op. cit., p. 135.

b) *Lex loci executionis*

Entiéndese por *lex loci executionis*, el principio jurídico que se enuncia diciendo que la ley aplicable a una obligación o acto jurídico, es la ley del lugar de ejecución de dicha obligación o acto jurídico.

Este principio está reconocido en la Ley Modelo como una regla supletoria, cuya aplicación dependerá de la inexistencia de un acuerdo entre las partes en relación con la ley aplicable.

En efecto, la segunda parte del párrafo 1 del Artículo Y de la Ley Modelo, establece que "de no haber acuerdo (entre las partes) será aplicable la ley del Estado del banco receptor."

Sostenemos que esta regla constituye el reconocimiento del principio *lex loci executionis*, toda vez que es precisamente el Estado en el cual tiene su domicilio el banco receptor, el lugar donde la orden de pago debe "ejecutarse".

Ciertamente, la redacción de la disposición no es la más afortunada. La referencia al Estado del banco receptor no es en absoluto clara. ¿Se refiere al lugar de constitución del banco receptor? ¿Se refiere al lugar donde dicho banco tiene establecido su domicilio social? ¿Se refiere al lugar donde el banco receptor lleva a cabo sus operaciones?

Independientemente de lo anterior, considero un acierto el que se haya elegido este principio como punto de contacto subsidiario a falta de acuerdo entre las partes, toda vez que es un principio generalmente aceptado en las legislaciones nacionales (México por ejemplo). Además, es la regla generalmente aplicada en la mayoría de los países a la relación de los bancos con sus clientes.

En virtud de lo dispuesto por la fracción V del artículo 13 del Código Civil, que señala que "los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho," consideramos que nuestro legislador bien puede ignorar lo dispuesto por el Artículo Y de la Ley Modelo.

Bergsten va mucho más allá, al señalar que el hecho de que los Estados que llegaron a adoptar la Ley Modelo no adopten la disposición sobre conflicto de leyes, tendría poco impacto sobre la regla relativa a los conflictos de leyes aplicable a las transferencias internacionales de crédito. Este autor opina que "una vez que se reconozca que una transferencia internacional de crédito está integrada por una serie de sub-transacciones, es probable que las reglas generales sobre conflictos de leyes conduzcan a la aplicación de la ley del banco

receptor en relación con los derechos y obligaciones que deriven de esa sub-transacción."¹⁸³

4. Una cuestión previa: la capacidad del verdadero expedidor.

El párrafo segundo del Artículo Y de la Ley Modelo establece la no aplicabilidad del principio *lex loci executionis* a la determinación de la ley por la que se haya de regir la cuestión de saber si el verdadero expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor.

Trátase aquí del caso en que una persona, actuando en nombre y representación de otra, o pretendiendo hacerlo, emite una orden de pago.

De conformidad con el derecho mexicano y con las convenciones interamericanas sobre el conflicto de leyes, las cuestiones previas, preliminares o incidentales (como ésta que nos ocupa), no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última. En este sentido, la Ley Modelo y la legislación mexicana ofrecen soluciones similares.

En virtud de que la Ley Modelo se limita a señalar que el principio mencionado no resulta aplicable en este caso, pero sin que indique cuál sea la ley aplicable, la solución debe buscarse en otro sitio.

Pensamos que la hipótesis de trabajo sólo admite dos variantes. O bien existe una relación contractual entre el supuesto expedidor y el verdadero expedidor (contrato de mandato) y este último en su calidad de mandatario obró en exceso de sus facultades, en cuyo caso la validez del contrato y el alcance de las facultades del mandatario dependen, en una primera instancia, del derecho del lugar donde se otorgó el mandato, que puede ser el del domicilio del supuesto expedidor o cualquier otro y, en una segunda, del derecho del lugar donde deba surtir efectos, es decir, el del domicilio del banco receptor. O bien no existe relación contractual alguna y el verdadero expedidor es un defraudador. En este último caso, el acto jurídico celebrado entre el supuesto expedidor y el banco receptor debe considerarse como inexistente.

En opinión de Patrikis, lo más sencillo hubiera sido remitir también en este caso al derecho del Estado del banco receptor.

¹⁸³ Bergsten, *op. cit.*, p. 497.

5. El reenvío

Cuando la norma conflictual del foro remite expresamente al derecho sustantivo extranjero, el juez no tendrá sino aplicar directamente las disposiciones de ese derecho extranjero, para resolver el fondo de la cuestión que se le hubiere planteado. Háblase en este caso de una remisión simple.

Puede suceder, sin embargo, que la norma conflictual del foro remita al derecho extranjero en su conjunto, sin especificar que tal remisión se hace exclusivamente al derecho sustantivo. En este caso, el juzgador tendrá que aplicar no sólo las normas sustantivas de ese ordenamiento jurídico extranjero, sino incluso sus normas conflictuales.

Si estas normas conflictuales son compatibles con las normas conflictuales del foro, no existirá problema alguno.

Si no son compatibles, estaremos en presencia de la institución conocida como reenvío, que puede ser simple o de segundo grado.

Por virtud del reenvío simple, las normas conflictuales del derecho extranjero remiten al derecho sustantivo del foro. Mientras que, por virtud del reenvío en segundo grado, las normas de conflicto extranjeras remiten no al derecho del foro sino de un tercer Estado.

Nuestro sistema jurídico positivo, incorporando "los elementos modernos de esta institución,"¹⁸⁶ trata (como regla general) de evitar el reenvío, remitiendo expresamente al derecho sustantivo extranjero. Sin embargo, permite una excepción a esta regla general, "cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas (reenvío simple) o de un tercer Estado (reenvío en segundo grado)."

La Ley Modelo ni remite expresa y exclusivamente al derecho sustantivo del Estado del banco receptor, ni acepta expresamente la institución del reenvío.

Esta lamentable omisión quizá haya sido una de las razones por las cuales se tachó a la disposición sobre conflictos de leyes en la Ley Modelo como carente del refinamiento necesario.

Si, como hemos visto, el objetivo perseguido era tratar de eliminar la incertidumbre generada no sólo por la gran diversidad de normas jurídicas sustantivas en relación con las transferencias internacionales de crédito, sino también por las profundas diferencias que podrían existir entre las normas conflictuales de distintos Estados, habría resultado conveniente establecer como

¹⁸⁶ Perezleto Castro, op. cit., p. 132.

regla general la de que la remisión al derecho del Estado del banco receptor, era única y exclusivamente al derecho sustantivo de ese Estado.

De otra manera, el problema original no se resuelve. Simplemente se traslada a un tercer Estado la facultad de resolverlo. Y, no está por demás decirlo, la solución que pueden ofrecer algunos sistemas jurídicos no necesariamente será la más acorde con la naturaleza de la transferencia internacional de crédito o con los propósitos de la Ley Modelo.

6. El Artículo 4A

Con mucho mejor técnica jurídica y quizá con un conocimiento más profundo de la compleja realidad que pretendía reglamentar, el redactor del Artículo 4A comienza por reconocer el principio de la autonomía privada en esta materia.

Al igual que en la Ley Modelo, la libertad de las partes para elegir la ley que deba regir sus derechos y obligaciones recíprocos no está limitada expresamente en forma alguna. Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo, el inciso b) del Artículo 4A-507 establece expresamente que el acuerdo de las partes será válido, independientemente de que la orden de pago o la transferencia de fondos tenga o no una relación razonable con la ley del Estado seleccionado por las partes.

En el inciso c) de ese mismo artículo, se reconoce la facultad de los sistemas de transferencias de fondos para elegir la ley de una jurisdicción (*sic*) en particular, para regir los derechos y obligaciones recíprocos de los bancos participantes, en relación con órdenes de pago transmitidas a través del sistema, así como los derechos y obligaciones de algunas o todas las partes en una transferencia de fondos procesada, total o parcialmente, a través del sistema. Sin embargo, la aplicación de tal ley a las partes que no sean bancos participantes no es automática. Para que dicha ley pueda obligar al iniciador o a cualquier banco expedidor o receptor que no sea una institución participante en el sistema, se requiere que esa parte tenga conocimiento (al momento de emitir o aceptar, según sea el caso, una orden de pago), de: a) que el sistema de transferencias de fondos en cuestión será utilizado para procesar la transferencia, y b) la elección de la ley aplicable hecha por el sistema.

Lo anterior equivale a haber obtenido el consentimiento, expreso o tácito, de todas las partes en una transferencia, con lo que, además, se logra el objetivo de que una sola ley rija la transferencia de fondos de principio a fin.

En ejercicio de esta facultad, CHIPS, en su Regla número 3, ha elegido la ley del Estado de Nueva York (*i.e.*, el Artículo 4A) para regir los derechos y

obligaciones de las instituciones participantes y las demás partes en una transferencia de fondos cursada a través de ese sistema.

La regla que establece que la elección por las partes de la ley aplicable es válida aún cuando la orden de pago o la transferencia de fondos no tenga una relación razonable con dicha ley, se hace extensiva al caso que nos ocupa.

De conformidad con lo dispuesto por el Inciso b) del Artículo 4A-501, las reglas de un sistema de transferencias de fondos pueden ser válidas incluso si su aplicación no es consistente con el Artículo 4A e indirectamente afecta a otras partes de la transferencia que no hubieran otorgado su consentimiento.

Como una misma transferencia de fondos puede ser procesada a través de dos o más sistemas de transferencias de fondos, una regla sobre conflictos de leyes en referencia a esta situación se vuelve necesaria. La solución del inciso e) del Artículo 4A-507, consiste en considerar aplicable la ley del Estado con la cual el problema planteado tenga una relación más significativa.

Al igual que la Ley Modelo, el Artículo 4A reconoce también como regla supletoria cuando no existe acuerdo entre las partes o elección de algún sistema de transferencias de fondos, la *lex loci executionis*. Así, los derechos y obligaciones recíprocos de un expedidor y su banco receptor en relación con un orden de pago, se rigen por la ley del lugar donde deba ejecutarse la orden de pago, es decir, la ley del Estado donde tenga su domicilio el banco receptor.

Por otra parte, se establece que los derechos y obligaciones del beneficiario y su banco se rigen por la ley del lugar donde tenga su domicilio el banco del beneficiario. Recuérdese en este sentido, que la Ley Modelo deja esta relación a la ley que deba regirla, sin que especifique cuál sea.

Finalmente, el Artículo 4A-507 se ocupa también de los conflictos de leyes que pudieran surgir con motivo de la determinación del momento en que debe considerarse hecho el pago en favor del beneficiario. En este caso, la ley aplicable será la del Estado donde tenga su domicilio el banco del beneficiario. La Ley Modelo no se ocupa de este asunto.

7. Los Lineamientos

En virtud de que la aplicación de los Lineamientos depende exclusivamente del acuerdo de voluntades entre bancos expedidores y receptores, no hay necesidad de incorporar a los mismos una disposición sobre conflictos de leyes, toda vez que las partes han acordado cuál será esa ley.

Dado su carácter contractual, las partes gozan de entera libertad para modificar sus disposiciones o para limitar la aplicabilidad de alguna de las mismas.

Derivado de su propia naturaleza, los Lineamientos no serán aplicables cuando contravengan las disposiciones de alguna norma jurídica nacional, estatal o local que no permita variación mediante acuerdo.

A pesar de que el acuerdo de las partes en relación con la aplicación de los Lineamientos constituye en realidad un acuerdo sobre la ley aplicable a sus relaciones, es muy probable que dichos Lineamientos tengan lagunas respecto de los asuntos que pretenden regular, en cuyo caso las partes tendrán que acudir a otras leyes en busca de una solución adecuada a su problema. En este sentido, una disposición sobre la ley aplicable supletoriamente habría sido de mucho provecho en los Lineamientos. Lamentablemente, dicha disposición no existe en los mismos.

8. EL SPEUA

Hemos visto que el Speua sólo resulta aplicable a órdenes de pago y no a la transferencia de crédito en su conjunto. Además, no se aplica a cualquier orden de pago, sino sólo a aquellas enviadas entre instituciones de crédito mexicanas participantes en el sistema, siempre que dichas transferencias estén denominadas en moneda nacional.

Desde esa perspectiva, no parecería necesario incorporar disposición alguna sobre un posible conflicto de leyes en la Circular, pues nadie en su sano juicio podría pensar que dicho conflicto pudiera presentarse cuando todas las partes están en territorio mexicano, la orden de pago también se ejecuta en territorio mexicano y se encuentra denominada en pesos mexicanos.

La única crítica que puede hacerse a la falta de una disposición sobre conflicto de leyes en la citada Circular es que con mucha frecuencia, esas órdenes de pago no serán sino un segmento más de una transferencia internacional de crédito.

F. Obligaciones de las partes

1. Obligaciones del expedidor¹⁸⁷

a) El pago

Cualquier expedidor en una transferencia internacional de crédito sujeta a las disposiciones de la Ley Modelo, tiene una única obligación derivada de dicha ley, a saber: la obligación de pagar a su banco receptor el monto de la orden de pago que hubiere emitido.¹⁸⁸

Abascal Zamora considera que "las únicas obligaciones del expedidor son pagar el importe de la orden de pago y el servicio."¹⁸⁹ Sin embargo, como el propio autor reconoce; "la Ley Modelo no regula la obligación de pagar las comisiones por el servicio," por lo que consideramos que nuestra afirmación original, en el sentido de que el expedidor tiene sólo una obligación que derive de la Ley Modelo, sigue siendo válida.

Cabe señalar que la obligación de pago a cargo del expedidor no surge por virtud de la emisión de la orden de pago, sino por virtud de la aceptación de dicha orden de pago por el banco receptor. En efecto, según lo dispuesto por el párrafo 6 del artículo 5 de la Ley Modelo, el expedidor queda "obligado a pagar al banco receptor el monto de de la orden de pago a partir del momento en que el banco receptor la haya aceptado."

b) Exigibilidad del pago

Efectivamente, la obligación del expedidor de pagar a su banco receptor surge con la aceptación de la orden de pago por dicho banco receptor. Sin embargo, dicha obligación es exigible¹⁹⁰ desde "el comienzo del período de ejecución,"¹⁹¹ el cual es definido en la Ley Modelo como "el período de uno o dos días que comienza el primer día en que la orden de pago puede ser ejecutada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y termina el último día en que puede ser ejecutada de conformidad con esa disposición."

Ciertamente, la claridad no figura entre las virtudes de la definición transcrita.

¹⁸⁷ Entiéndese por expedidor, según lo dispuesto por el inciso e) del artículo 2 de la Ley Modelo, "la persona que emite una orden de pago, comprendidos el iniciador y cualquier banco expedidor."

¹⁸⁸ En el mismo sentido, Bergsten, op. cit., p. 442.

¹⁸⁹ Abascal Zamora, op. cit., p. 4.

¹⁹⁰ Según el artículo 2100 del Código Civil, una deuda (obligación) es exigible cuando su pago no puede rehusarse conforme a derecho.

¹⁹¹ Párrafo 6 del artículo 5 de la Ley Modelo.

Según el párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Modelo, "en principio, el banco receptor que está obligado a ejecutar una orden de pago (i.e., el banco receptor que ha aceptado una orden de pago) está obligado a hacerlo el día bancario en que la reciba."

Si el día bancario en que un banco receptor recibe una orden de pago es el primer día en que la orden de pago puede ser ejecutada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Modelo, entonces el expedidor está obligado a pagar al banco receptor el día en que éste reciba la orden de pago, independientemente de que dicho banco receptor, en ejercicio de la facultad que le confiere el propio artículo 11 de la Ley Modelo,¹⁹² decida no ejecutar la orden de pago el día bancario en que la hubiere recibido, sino el día bancario siguiente.

De darse esta falta de simultaneidad entre el pago del expedidor y la ejecución de la orden de pago por parte del banco receptor, el expedidor estaría corriendo el riesgo de crédito del banco receptor durante ese período. Debe tomarse en consideración que, si el banco receptor decide no ejecutar la orden de pago el día bancario de su recepción, sino el día bancario siguiente, "deberá hacerlo por el valor que corresponda a la fecha en que la haya recibido,"¹⁹³ lo que equivale a decir que el banco receptor tendrá que pagar intereses por ese período sobre el monto de la orden de pago. Con esto se evita la posibilidad de que el banco receptor obtenga un beneficio indebido por el uso del dinero ("float", en el argot financiero norteamericano).

Evidentemente, el principio general por virtud del cual el expedidor debe pagar el monto de su orden de pago en favor de su banco receptor (suponiendo que dicha orden de pago hubiere sido aceptada) el día bancario en que la orden sea recibida por el banco receptor, no resulta aplicable en los siguientes supuestos:

1. Cuando la orden de pago especifica una fecha de ejecución posterior, en cuyo caso el pago no es exigible sino a partir de esa fecha; y

2. Cuando la orden de pago señala una fecha en que los fondos deben ponerse a disposición del beneficiario, para lo cual resultaría conveniente ejecutarla en una fecha posterior, en cuyo caso el pago sólo será exigible a partir de la fecha de ejecución.

¹⁹² La segunda parte del párrafo 1 del artículo 11, faculta al banco receptor para ejecutar la orden de pago "el día bancario siguiente al de la recepción" de dicha orden de pago.

¹⁹³ Párrafo 2 del artículo 11 de la Ley Modelo.

c) Modalidades del pago

El artículo 6 de la Ley Modelo regula cinco formas específicas a través de las cuales el expedidor puede hacer el pago de su orden de pago en favor del banco receptor. La primera de dichas formas, aplicable a cualquier expedidor, sea o no un banco, consiste en que el banco receptor "debite" una cuenta del expedidor en el propio banco receptor, en cuyo caso el pago se considerará realizado "cuando se asiente ese adeudo."¹⁹⁴

El empleo del vocablo "débito" como sinónimo de deuda o adeudo es correcto. Sin embargo, el empleo que el redactor de la Ley Modelo hace del mismo al transformarlo en verbo, constituye un barbarismo no reconocido por la Real Academia Española. En efecto, en un lamentable descuido, el redactor de la Ley Modelo tradujo literalmente el verbo "*to debit*" que en el idioma inglés significa, entre otras cosas, el "cargar o asentar una partida en el lado de los pasivos en una cuenta."

Desafortunadamente, la Ley Modelo no ofrece criterio alguno que permita determinar con precisión, desde un punto de vista estrictamente legal, en qué momento sucede ese acto de naturaleza contable consistente en asentar o registrar el adeudo correspondiente. Esta determinación cobra particular importancia porque puede suceder que el registro mencionado y el retiro de los fondos de la cuenta del expedidor no sean simultáneos. Si el registro del adeudo se realiza con posterioridad al retiro efectivo de los fondos, el expedidor se verá privado del uso de esos fondos sin que, jurídicamente, se haya liberado de la obligación de pagar el monto de su orden de pago. Además, el uso de la electrónica en las actividades contables de los bancos, dificulta la cuestión de la determinación mencionada, toda vez que pueden no existir evidencias materiales de dicho registro.

Los restantes cuatro modos de realizar el pago sólo son aplicables cuando el expedidor es un banco y su banco receptor, sea porque el expedidor no mantiene una cuenta con el banco receptor o porque por cualquier otro motivo, no carga contra la cuenta del expedidor el importe de la orden de pago.

Estas cuatro formas de realizar el pago se estudian brevemente a continuación:

1. El banco expedidor puede pagar a su banco receptor, "acreditando"¹⁹⁵ o depositando en la cuenta que el propio expedidor le lleva al banco receptor.

¹⁹⁴ (inciso a) del artículo 6 de la Ley Modelo.

¹⁹⁵ Acreditar significa, según el Diccionario de la Lengua Española, entre otras cosas, "abonar, asentar una partida en el haber".

La razón por la cual esta modalidad de pago sólo resulta aplicable cuando el expedidor es un banco, reside en el hecho de que el banco receptor debe mantener una cuenta con el expedidor, a la cual pueda hacer depósitos irregulares de dinero, actividad exclusivamente bancaria en la gran mayoría de los sistemas jurídicos.

Bajo esta modalidad, el pago del expedidor se considera realizado al momento en que el banco receptor utiliza la suma acreditada o, de no haber sido utilizada, "el día bancario siguiente a aquél en que la suma acreditada esté disponible para su utilización y el banco receptor tenga conocimiento de ello."¹⁹⁶

Lo anterior es tanto como exigir el consentimiento del banco receptor en relación con el pago, lo que se justifica en virtud de la existencia de los riesgos crediticio, monetario y político que analizaremos a continuación.

Es importante señalar que, al amparo de esta modalidad, el banco receptor sigue corriendo el riesgo de crédito de su expedidor (*i.e.*, el riesgo de que su expedidor no pague), toda vez que los fondos acreditados en la cuenta del banco receptor con el propio expedidor, no constituyen sino un tipo de pasivo diferente a cargo del expedidor y a favor del banco receptor.

Cuando el expedidor y su banco receptor están situados en Estados diferentes (situación bastante común en tratándose de transferencias internacionales de crédito), al riesgo de crédito mencionado en el párrafo anterior, se suman el riesgo cambiario y el riesgo político del Estado donde se encuentre ubicado el expedidor.

Por las razones expuestas, no pensamos que esta modalidad de pago cuente con una gran aceptación en el mercado, salvo en aquellos casos en que el expedidor sea una institución de reconocida solvencia a nivel Internacional y se encuentre ubicada en un Estado con una notoria estabilidad política y económica.

2. El banco expedidor puede pagar el importe de su orden de pago, acreditando o depositando en la cuenta que el banco receptor mantiene con un tercer banco.

En este caso particular, no encontramos razón alguna que justifique la restricción en la aplicación de esta modalidad de pago a aquellos supuestos en los que el expedidor sea un banco.

En virtud de la existencia del riesgo de crédito, así como de la posible existencia de riesgos cambiario y político, se exige de alguna manera el consentimiento del banco receptor para considerar realizado el pago. Este consentimiento se presume otorgado por el banco receptor cuando éste utiliza la

¹⁹⁶ Inciso b) i) del artículo 6 de la Ley Modelo.

suma acreditada o, en su defecto, "el día bancario siguiente a aquél en el que la suma acreditada esté disponible para su utilización y el banco receptor tenga conocimiento de ello."¹⁹⁷

3. El banco expedidor puede pagar el importe de su orden de pago, acreditando o depositando en la cuenta que el banco receptor mantenga con un banco central.

En virtud de que los bancos centrales no representan riesgo de crédito alguno en relación con pasivos denominados en su propia moneda,¹⁹⁸ la Ley Modelo no exige en este caso el consentimiento del acreedor y considera realizado el pago "cuando se haga la liquidación definitiva en favor del banco receptor"¹⁹⁹ en el banco central de que se trate.

Esta solución quizá no haya sido la más apropiada, pues dado el carácter internacional de las transferencias que pretende regular la Ley Modelo, es muy probable que el expedidor pueda depositar el importe de su orden de pago no en el banco central del Estado del banco receptor (en cuyo caso el depósito debe considerarse como pago en efectivo que el acreedor no puede rechazar válidamente) sino en el de un Estado extranjero. En este último caso, no está por demás decir que los riesgos cambiario y político no desaparecen ni disminuyen en absoluto.

A pesar de ello, parece que, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Modelo, el banco receptor no puede rechazar el pago así hecho por el expedidor.

4. Finalmente, el banco expedidor puede pagar el importe de su orden de pago a través de un sistema de transferencias de fondos por el que se efectúe la liquidación bilateral o multilateral de las obligaciones entre sus participantes, o de conformidad con las disposiciones de un convenio para la liquidación de saldos netos celebrado entre expedidor y banco receptor.

En ambos casos, el pago se considerará hecho "cuando se haga la liquidación definitiva en favor del banco receptor"²⁰⁰ de conformidad con las reglas del sistema de transferencias de fondos o de las disposiciones del convenio, respectivamente.

El inciso c) del artículo 6 de la Ley Modelo permite al expedidor, cuando ninguno de los modos de hacer el pago regulados por dicho artículo resulte

¹⁹⁷ Inciso b) ii) del artículo 6 de la Ley Modelo.

¹⁹⁸ Sin embargo, muchos bancos centrales (entre ellos el Banco de México) mantienen a sus cuentahabientes cuentas denominadas en moneda extranjera, que constituyen pasivos a cargo de esos bancos centrales, respecto de los cuales evidentemente subsiste el riesgo de crédito.

¹⁹⁹ Inciso b) iii) del artículo 6 de la Ley Modelo.

²⁰⁰ Inciso b) iv) del artículo 6 de la Ley Modelo.

aplicable, pagar el monto de su orden de pago de cualquier otra forma que resulte procedente conforme a derecho.

2. Fraude

a) Planteamiento del problema

Una orden de pago puede ser fraudulentamente emitida por una persona que no esté autorizada por el supuesto expedidor para emitir órdenes de pago en su nombre.

Éste es, indudablemente, el caso más común de fraude en relación con las transferencias de crédito. En los Estados Unidos de América, este tipo particular de fraude ocupa un lugar especial entre las decisiones jurisdiccionales ("case law") de ese país, en relación con nuestro tema de estudio.²⁰¹ El asunto ha sido especialmente tratado en los siguientes casos, todos ellos anteriores a la promulgación del Artículo 4A: *Securities Fund Services, Inc. v. American National Bank and Trust Company of Chicago*,²⁰² *Shearson/American Express, Inc. v. American National Bank*,²⁰³ y *Bradford Trust Co. v. Texas American Bank - Houston*.²⁰⁴

El argumento (o los hechos, si se prefiere) en los tres casos mencionados es muy parecido. En todos ellos, uno o varios defraudadores, directa o indirectamente, emiten una orden de pago "documentada," en nombre de un supuesto expedidor, instruyendo al Banco Y para que transfiera determinada cantidad de dinero a la cuenta número 123 que el mismo supuesto expedidor mantiene en el Banco Z. El Banco Z recibe la orden de pago del Banco Y y procede a acreditar la cuenta 123, sin darse cuenta de que el titular de la misma no es el supuesto expedidor sino, por el contrario: a) uno o varios de los defraudadores, o b) un tercero de buena fé que contrató con uno o varios de los defraudadores y espera el depósito en esa cuenta por concepto de pago de las obligaciones de dicho defraudador o defraudadores.

En ninguno de los tres casos citados, el supuesto expedidor sufrió la pérdida de los fondos transferidos. Sin embargo, aun cuando los hechos eran prácticamente iguales, en dos de ellos se permitió al Banco Y recuperar los fondos del Banco Z y en el otro no. Esta falta de uniformidad resulta, evidentemente, de la falta de un ordenamiento jurídico que regulara en forma integral el fenómeno de las transferencias de crédito y de la aplicación de las reglas del llamado "*common law*" a ese mismo fenómeno.

²⁰¹ White, James J. and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, Volume 1B, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1993, p. 202.

²⁰² 542 F. Supp. 323, 34 UCC 607 (N.D. Ill. 1982).

²⁰³ Slip Op. No. 83C0555 (Aug. 18, 1983).

²⁰⁴ 790 F. 2d 407, 1 UCC 2d 828 (5th Cir. 1988).

Asimismo, una orden de pago efectivamente emitida por un expedidor, puede ser fraudulentamente alterada o modificada en cualquier etapa de la transferencia de crédito. Sin embargo, las pocas decisiones jurisdiccionales publicadas al respecto (principalmente en los Estados Unidos de América), muestran que estas alteraciones o modificaciones fraudulentas generalmente suceden en alguno de los siguientes momentos:

1. Cuando una orden de pago ha sido emitida por un expedidor, pero la misma es alterada fraudulentamente por una persona no autorizada, antes de que la misma hubiere sido recibida por el banco receptor, con el propósito de cambiar el nombre o el número de la cuenta, o ambos, del beneficiario; y

2. Cuando el banco receptor ha recibido una orden de pago efectivamente emitida por el expedidor, pero antes de que el banco receptor la ejecute, una persona no autorizada, fraudulentamente envía una comunicación con el propósito de modificar la orden, cambiando el nombre o el número de cuenta, o ambos, del beneficiario.

El riesgo en caso de que el o los defraudadores logren llevar a feliz término su ilícita empresa, consiste en que alguna de las partes en la transferencia deberá soportar la pérdida de los fondos transferidos en ejecución de la orden de pago fraudulentamente emitida, alterada o modificada. No está por demás decir que el éxito o el fracaso que una legislación determinada en relación con las transferencias de crédito pueda tener, dependerá en buena medida de que logre armonizar en esta materia los intereses aparentemente encontrados de los expedidores (principalmente los no bancarios) y sus bancos receptores, sin dar al traste con el principio de eficiencia que debe regir el procesamiento de las transferencias de crédito.

Afortunadamente, los casos de fraude siguen siendo la excepción a la regla en el negocio de las transferencias de crédito. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, las decisiones jurisdiccionales publicadas en relación con este tema particular no sumaban, en el año de 1993, más de seis.²⁰⁵ Sin embargo, debido principalmente a los montos sumamente elevados de estas transferencias, las consecuencias en caso de fraude pueden resultar particularmente negativas para la parte que debe soportar la pérdida.

Tratándose de órdenes de pago documentadas, parece que el procedimiento más utilizado en la práctica bancaria para verificar su autenticidad, sigue siendo el de la mera comparación de firmas. Esto hace que los principios tradicionales de la capacidad, la representación y el mandato, puedan aplicarse sin mayores problemas, única y exclusivamente para determinar en cada caso

²⁰⁵ White, James J., Op. cit., p. 198.

concreto si una orden de pago documentada estaba o no autorizada por el supuesto expedidor.

Sin embargo, en la práctica bancaria de nuestros días, tanto las órdenes de pago documentadas como el empleo del método de la mera comparación de firmas para verificar la autenticidad de aquellas, constituyen no tanto la regla sino la excepción a dicha regla.²⁰⁶

Por el contrario, la regla general en esta materia la constituyen las transferencias electrónicas realizadas a gran velocidad, bajo costo, con el máximo posible de seguridad y por montos sumamente elevados. Las características antes mencionadas hacen que las órdenes de pago que integran este tipo de transferencias, resulten menos vulnerables a la emisión o modificación fraudulenta de las mismas, que las tradicionales transferencias de crédito o de débito documentadas.²⁰⁷ Según Effros,²⁰⁸ esta menor vulnerabilidad al fraude y al error es una de las razones que explican el menor desarrollo de la ley de las transferencias electrónicas de crédito, en comparación con la de las transferencias documentadas (v.g. a través de títulos de crédito).

Sin embargo, esas mismas características hacen que los principios tradicionales de la capacidad, la representación y el mandato, no puedan aplicarse con propiedad a la verificación de la autenticidad de este tipo de órdenes de pago. En este sentido, debe tomarse en consideración, que en muchas ocasiones, tratándose de órdenes de pago transmitidas electrónicamente, "el banco receptor estará obligado a actuar (con rapidez, agregaríamos nosotros) con base en un mensaje que aparece en una pantalla de una computadora",²⁰⁹ respecto del cual no existe un método objetivo, seguro, rápido y eficiente que permita determinar la identidad o las facultades de la persona que lo emitió.

Quizá éste sea uno de los argumentos más sólidos para justificar este distanciamiento de la ley sobre transferencias de crédito con relación al derecho común, a saber: "la inexistencia de la relación natural entre un mensaje y la persona que lo emite."²¹⁰ Según Thévenoz, la forma de establecer la responsabilidad de las partes en este caso particular, debe ser parecida a aquella que deriva del uso de máquinas que permiten imprimir la firma de una persona en facsímil, caso en el cual tampoco es posible identificar a la persona que efectivamente usó tales máquinas para imprimir la firma de una persona. En estos casos, sin embargo, el legislador debe imponer a alguna de las partes la responsabilidad que pueda resultar por el mal uso de esa máquina.

²⁰⁶ French, Kevin J., *Unauthorized and Erroneous Payment Orders*, The Business Lawyer, American Bar Association, Chicago Illinois, June 1990, volume 45, number 5, p. 1428.

²⁰⁷ En contra, véase Thévenoz, op. cit., p. 935.

²⁰⁸ Op. cit., p. 511.

²⁰⁹ Comentario Oficial a los Artículos 4A-202 y 4A-203, p. 32.

²¹⁰ Thévenoz, op. cit., p. 937.

Finalmente, permítansenos insistir en que cualquier legislación sobre transferencias de crédito debe "regular las órdenes de pago fraudulentas de manera que pueda reducirse al mínimo el riesgo de pérdida, pero sin interferir indebidamente con la ágil y eficiente operación de las transferencias de crédito."²¹¹

b) Órdenes de pago autorizadas y verificadas

En principio, un expedidor sólo queda "obligado por una orden de pago o por la alteración o revocación de una orden de pago, si hubiese sido emitida por él o por otra persona facultada para obligarlo."²¹²

Una orden de pago documentada, para obligar al expedidor, debe haber sido emitida por él o por otro legalmente autorizado.²¹³

Las órdenes de pago documentadas, pues, están sujetas a la "autorización" del expedidor.

Como ya se comentó al tratar el tema del conflicto de leyes, la Ley Modelo no se ocupa de regular la cuestión relativa a la determinación de si el expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor.²¹⁴ Es más, la Ley Modelo ni siquiera se ocupa de la determinación de la ley aplicable a este caso concreto.

En consecuencia, debemos recurrir a las reglas generales sobre capacidad, representación y mandato establecidas en la legislación nacional aplicable.

Es claro que, respecto de la capacidad, la ley aplicable será la del domicilio del expedidor, cuando éste sea una persona física,²¹⁵ o la del lugar de su constitución, cuando el expedidor sea una persona jurídica de carácter privado.²¹⁶

Por lo que se refiere a las reglas de la representación corporativa o necesaria, consideramos asimismo que la ley aplicable debe ser la del lugar de constitución de la persona moral de que se trate.

²¹¹ French, Kevin J., op. cit., p.1426.

²¹² Párrafo 1 del artículo 5 de la Ley Modelo.

²¹³ Este es el mismo principio consagrado por el artículo 1800 del Código Civil, que a la letra dice: "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado."

²¹⁴ Párrafo 2 del artículo Y.

²¹⁵ Fracción II del artículo 13 del Código Civil.

²¹⁶ Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

Finalmente, en relación con la representación voluntaria (que, en nuestro derecho se confiere generalmente mediante el otorgamiento de un poder o la celebración de un contrato de mandato con representación), pensamos que debe aplicarse la ley del lugar donde el mismo deba surtir efectos, es decir, la ley del domicilio del banco receptor.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 1801 del Código Civil, "ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley."

Los actos celebrados a nombre de una persona por otra persona que no sea su legítimo representante, son nulos, según lo dispone el Artículo 1802 del ordenamiento citado.

En realidad no se trata de una nulidad sino, como bien hace notar Rojina Villegas,²¹⁷ de una inexistencia, por faltar al acto un elemento esencial, "que es el consentimiento del supuesto representado."

Trasladado al campo de las transferencias internacionales de crédito, podríamos concluir que una orden de pago documentada emitida por una persona que no sea el representante del supuesto expedidor, sería inexistente de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho mexicano. Huelga decir que la aplicación rígida del principio antes enunciado a las órdenes de pago que integran una transferencia de crédito, impondría a los bancos una carga de tal manera onerosa, que sería poco probable que el uso de la transferencia de crédito llegara a generalizarse en la práctica bancaria mexicana, sobre todo si se considera que su responsabilidad en relación con la verificación de firmas en un cheque, por ejemplo, resulta mucho menos estricta. La otra posibilidad sería que los bancos trasladaran al cliente el costo de esa responsabilidad, lo que probablemente promovería entre la clientela el uso del cheque como medio de pago más barato.

En todo caso, el banco receptor estaría facultado para exigir del verdadero expedidor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.²¹⁸

El método más empleado en el ámbito bancario para determinar si una orden de pago documentada ha sido emitida por una persona en particular, es el de la simple comparación de la firma que aparece en la orden de pago, con el ejemplar de la firma del supuesto expedidor en poder del banco receptor.

Tradicionalmente, la regla aplicable en este caso, ha sido que el banco receptor corra el riesgo de la falsificación de la firma del supuesto expedidor. Esta parece ser la regla, al menos en el derecho mexicano y en el norteamericano, aun

²¹⁷ Op. cit., Tomo V, Volumen I, p. 405.

²¹⁸ Artículo 1802 *in fine* del Código Civil.

cuando en este último parece brindarse a los bancos una mayor protección que en nuestro derecho común.

Como señalamos con anterioridad, tratándose del pago de cheques por el banco librado, la legislación especial (la LGTOC) deroga las disposiciones relativas de la legislación común, para establecer un régimen especial de responsabilidad a cargo de los bancos, menos rígido y oneroso que el anteriormente citado.

En relación con el pago de cheques por el banco librado, actividad en que la comparación de firmas adquiere una importancia particular, el derecho mexicano dispone que el supuesto librador no puede invocar la falsificación de su firma para objetar el pago hecho por el banco librado, si el supuesto librador ha dado lugar a ella por su culpa o por la de sus factores, representantes o dependientes; y que "cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario, hubiere dado aviso oportuno de la pérdida al librado."²¹⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado esta disposición en el sentido de que la "notoriedad" mencionada supone que la falsificación sea tan burda que pueda advertirse sin tener conocimientos especiales de grafología (AD 6493/60, Tercera Sala, sexta época, Informe de 1964, pág. 31).²²⁰ Asimismo, ha interpretado que el "elemento notoriedad de la falsificación de las firmas en un cheque que da derecho, conforme al Artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para objetar su pago, debe ser precisamente el que del propio vocablo se desprende: público y sabido de todos" (A.D. 6785/1950, Boletín de Información Judicial, págs. LV y LVI, 1953-54).

Pero, por otra parte, la misma Suprema Corte "ha sostenido que los bancos deben emplear personas expertas en el cotejo de firmas de documentos, que posean los conocimientos indispensables para que, aun cuando no sean peritos, puedan advertir las falsificaciones burdas de firmas (Cheques, cotejo de firmas de los. Obligaciones de los bancos. AD 273/59, Tercera Sala, sexta época, vol. XXXVIII);"²²¹ y que "si se atiende a que los empleados del banco encargados de pagar esos cheques deben reunir, para garantía de los depositantes de fondos, aptitudes y preparación especiales para apreciar más fácilmente las alteraciones o la falsificación de las firmas de los propios documentos, indudablemente que debe juzgarse con mayor rigidez su apreciación que la que pudiera exigirse de la ordinaria de todas las personas" (A.D. 6785/1950, Boletín de Información Judicial, págs. LV y LVI, 1953-54).

²¹⁹ Artículo 194, segundo párrafo, de la LGTOC.

²²⁰ Citada por Dávalos Mejía, op. cit., p. 271.

²²¹ Citada por Dávalos Mejía, op. cit., p. 271.

Consideramos que el régimen de responsabilidad de los bancos establecido por la legislación cambiaria mexicana, resulta mucho más acorde con la práctica internacional y que sería conveniente hacerlo extensivo, con las modificaciones necesarias, por supuesto, a la legislación sobre transferencias de crédito que eventualmente llegara a promulgarse en nuestro país. De lo contrario, se estaría imponiendo una carga demasiado onerosa sobre los bancos, que finalmente se traduciría en un incremento en el costo del servicio y un mayor uso del cheque en comparación con la transferencia de crédito.

No obstante lo anteriormente expuesto, debe tomarse en consideración que la gran mayoría de las órdenes de pago que pretende regular la Ley Modelo, así como las modificaciones a estas órdenes de pago, son transmitidas electrónicamente, "como señales eléctricas a través de redes de telecomunicación o como información magnética en cintas o discos."²²² Evidentemente, este tipo de órdenes de pago no están sujetas a la autorización tradicional ni les son aplicables las reglas generales antes estudiadas.

Debido en buena parte a su naturaleza incorpórea, "la autenticidad de este tipo de mensajes sólo puede verificarse de conformidad con un procedimiento inmaterial acordado con ese propósito entre el expedidor y su banco receptor."²²³

La Ley Modelo, lo mismo que el Artículo 4A, parten de la premisa de que la mejor manera de evitar las pérdidas ocasionadas por la emisión, alteración o modificación fraudulenta de las órdenes de pago no documentadas es mediante el uso de procedimientos de seguridad comercialmente razonables pactados entre las partes, que permitan al banco receptor, después de haber cumplido con lo dispuesto en ese procedimiento, tratar la orden de pago recibida como la orden de pago del supuesto expedidor, aun cuando dicha orden de pago no hubiere sido emitida por él o por alguna otra persona legalmente autorizada. En este sentido, ambos ordenamientos promueven el empleo de estos procedimientos de seguridad, estableciendo que, en todos aquellos casos en que una orden de pago sujeta a verificación haya sido efectivamente verificada de conformidad con el procedimiento de seguridad pactado entre las partes, las reglas del derecho común en materia de representación y mandato no serán aplicables.

c) El procedimiento de seguridad.

Aun cuando el supuesto expedidor pudiera no estar obligado por una orden de pago de conformidad con las reglas de la representación y el mandato que resulten aplicables, si la orden de pago en cuestión está "sujeta a autenticación"²²⁴

²²² Thévenoz, op. cit., p. 935.

²²³ Thévenoz, op. cit., p. 936.

²²⁴ Este es el término utilizado por la Ley Modelo. Sin embargo, consideramos que es más apropiado hablar de verificación conforme a un procedimiento de seguridad, toda vez que las

por otros medios que no sean la mera comparación de firmas"²²⁵ el supuesto expedidor será responsable del pago de dicha orden siempre y cuando:

1. La autenticación (esto es, el procedimiento de seguridad) constituya, en las circunstancias del caso, un método comercialmente razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas; y

2. El banco receptor hubiere cumplido lo dispuesto por el procedimiento de seguridad.

Una primera crítica que puede hacerse a la disposición de la Ley Modelo arriba transcrita es que la misma no establece cuándo una orden de pago determinada está o debe estar sujeta a verificación de conformidad con un procedimiento de seguridad. La respuesta a este cuestionamiento podría parecer obvia para muchos: una orden de pago está sujeta a verificación cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, la redacción del actual párrafo 2 del artículo 5 de la Ley Modelo podría interpretarse en el sentido de que no es necesario el consentimiento del expedidor para que una orden de pago esté sujeta a verificación. Dicho con otras palabras, si un banco verifica una orden de pago de conformidad con un procedimiento de seguridad comercialmente razonable establecido unilateralmente por ese banco, ¿el supuesto expedidor sería responsable del pago de dicha orden aun cuando no hubiera sido emitida por él o por otra persona legalmente autorizada?

De acuerdo con lo que parece haber sido la intención original del redactor de la Ley Modelo, la respuesta atinada sería no. Sin embargo, el texto de la ley no lo establece así. Por lo menos, no lo establece clara y expresamente.

Y que no se diga que no era necesario, pues curiosamente el párrafo 5 del mismo artículo, sí exige expresamente que el procedimiento de seguridad para descubrir duplicados erróneos, errores o discrepancias, sea producto de un acuerdo entre las partes. ¿Por qué no se hizo lo mismo con el procedimiento de seguridad que nos ocupa? Lo más probable es que haya sido producto del descuido.

Una segunda crítica giraría en torno al uso del vocablo "obligación" en lugar del vocablo "responsabilidad", que es más apropiado en el caso que nos ocupa. En efecto, el supuesto expedidor no es el obligado al pago de una orden de pago que ni él ni sus representantes emitieron. El obligado al pago es el verdadero expedidor, por extraño que pudiera parecer. Sin embargo, como lo más probable es que éste no cumpla dicha obligación, el supuesto expedidor

órdenes de pago así verificadas obligarán al supuesto expedidor aunque no estén autenticadas, es decir, autorizadas.

²²⁵ Párrafo 2 del artículo 5 de la Ley Modelo.

"responde" de su cumplimiento. Como bien apunta Tamayo y Salmorán,²²⁶ "la responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple)."

Una tercera crítica a la disposición objeto de este comentario sería que la misma no establece criterio alguno que permita determinar, en cada caso concreto, lo que debe considerarse un "método comercialmente razonable de protección contra órdenes de pago no autorizadas."

Existe, por lo tanto, el riesgo de que se presenten profundas inconsistencias en la interpretación que se dé a este concepto en los distintos ordenamientos jurídicos que llegaran a adoptar la Ley Modelo.

Como atinadamente señala Crawford,²²⁷ el concepto del término "comercialmente razonable" es un concepto acuñado por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia norteamericanas, aunque cada día es más aceptado por un mayor número de sistemas jurídicos.

A falta de criterios definidos en este sentido en la práctica Internacional, la referencia a la legislación norteamericana parece obligada e ineludible. En este, como en algunos otros aspectos, debemos reconocer la superioridad técnica del Artículo 4A sobre la Ley Modelo.

El inciso c) del Artículo 4A-202 señala que la cuestión de si un procedimiento de seguridad determinado es o no un procedimiento comercialmente razonable, es una cuestión de derecho que debe determinarse considerando la intención del cliente manifestada al banco, las circunstancias del cliente conocidas por el banco, incluyendo el monto, tipo y frecuencia de las órdenes de pago normalmente emitidas por el cliente, los procedimientos de seguridad alternativos ofrecidos al cliente, así como los procedimientos de seguridad normalmente utilizados por clientes y bancos en situaciones similares.

Como puede verse, el concepto de lo que es comercialmente razonable al amparo del Artículo 4A es lo suficientemente flexible como para adaptarse a las necesidades particulares de cada cliente y cada banco. Parece evidente que no podría razonablemente pedirse a un pequeño banco rural que ofrezca a sus clientes procedimientos de seguridad siquiera parecidos a los que pueden ofrecer a sus clientes los grandes bancos con presencia internacional. Tampoco sería razonable pedir que un banco ofreciera el mismo procedimiento de seguridad a dos de sus clientes, cuando uno es una compañía trasnacional que emite cientos de órdenes de pago al mes por montos bastante considerables, y el otro es una

²²⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la ciencia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 35.

²²⁷ Crawford, Bradley, "The UNCITRAL ...," p. 24.

persona física que muy de vez en cuando emite órdenes de pago por montos más bien modestos.

Además, el Artículo 4A-202 establece una presunción a favor de la razonabilidad de un procedimiento de seguridad escogido por el cliente (aún cuando éste no sea comercialmente razonable), después de que su banco le hubiere ofrecido un procedimiento comercialmente razonable. En este caso, se requiere que el cliente manifieste su consentimiento para asumir la responsabilidad que derive de la verificación de órdenes de pago de conformidad con el procedimiento de seguridad elegido por el cliente.

Indudablemente, uno de los aciertos del párrafo 2 del artículo 5 de la Ley Modelo estriba en que expresamente establece que la mera comparación de firmas no constituye un procedimiento de seguridad. Esto es así, toda vez que la naturaleza de ambos procedimientos es radicalmente distinta y, además, se aplican a diferentes tipos de órdenes de pago.

Como hemos visto, la verificación de una orden de pago de conformidad con un procedimiento de seguridad comercialmente razonable, permite al banco receptor tratar dicha orden de pago como la orden de pago del supuesto expedidor, quien responderá de su pago aun cuando no hubiera sido emitida por él o por otra persona facultada para obligarlo.

En vista de lo anteriormente expuesto, no podemos sino lamentar la desafortunada redacción del artículo 52 de la LIC que, aunque no se limita únicamente al tema de las transferencias de crédito sino que pretende abarcar las diferentes facetas de la llamada contratación electrónica, asimila los medios electrónicos de identificación pactados entre las partes, con la firma autógrafa del supuesto expedidor.

Habiendo asimilado los medios electrónicos de identificación con la firma autógrafa, no queda sino asimilar el uso de esos medios por una persona no autorizada a la falsificación de la firma del supuesto representado, cuyo riesgo, como hemos visto, corre a cargo del banco y no del cliente.

Lamentablemente, este pésimo ejemplo ha sido seguido no sólo por el propio legislador, en la fracción V del artículo 91 de la Ley del Mercado de Valores, sino incluso por el Banco de México, que gusta de repetir la misma equivocada letanía del artículo 52 de la LIC, en todas sus circulares que tienen que ver con la contratación electrónica.

d) La responsabilidad

En principio, el supuesto expedidor es responsable del pago de cualquier orden de pago sujeta a verificación que hubiere sido efectiva y debidamente verificada de conformidad con el procedimiento de seguridad comercialmente razonable pactado con su banco receptor.

Sin embargo, dicho supuesto expedidor no será responsable del pago de una orden de pago sujeta a verificación, si el procedimiento de seguridad no constituye, en las circunstancias del caso, un método comercialmente razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas. La Ley Modelo impone, de esta manera, al banco receptor, la obligación de ofrecer a sus clientes procedimientos de seguridad que sean comercialmente razonables.

El pacto en contrario en este respecto está expresamente prohibido por el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley Modelo.

El propósito de esta disposición consiste en obligar a los bancos a establecer protecciones razonables contra posibles fraudes, pero de ninguna manera convertirlos en aseguradores contra dichos fraudes.

Esta solución parece la más adecuada si se toma en consideración que en casi la totalidad de los casos, son precisamente los bancos los que diseñan y operan estos procedimientos de seguridad y que, generalmente, "el cliente sólo puede escoger un procedimiento de seguridad de entre aquellos que le hubiere ofrecido su banco, hecho lo cual debe, en consecuencia, adaptar sus equipos técnicos y sus procedimientos a los del banco."²²⁸

Siendo comercialmente razonable el procedimiento de seguridad y habiendo sido verificada una orden de pago de conformidad con dicho procedimiento, el supuesto expedidor responde de su pago, salvo que pruebe ("demuestre" según el término utilizado en la Ley Modelo) que dicha orden de pago fue emitida por una persona: a) que no es ni ha sido empleado suyo, o b) cuya relación con el supuesto expedidor no le permitía obtener acceso al procedimiento de autenticación (sic).

Analicemos con detenimiento esta disposición. Su primer efecto, evidente y justo, es que el supuesto expedidor responde del pago de una orden de pago fraudulentamente emitida en su nombre, si dicha orden de pago fue emitida por un empleado o ex-empleado suyo, o por cualquier otra persona cuya relación con el supuesto expedidor le hubiera permitido emitir la orden de pago ("an insider" en el argot jurídico procesal norteamericano).

²²⁸ Thévenoz, op. cit., p. 48.

La redacción del precepto no podía ser más desafortunada. Por principio de cuentas, la referencia a los empleados del supuesto expedidor no se limita a aquellos empleados que pudieran tener algún tipo de ingerencia en la emisión de órdenes de pago. La referencia tampoco tiene limitaciones geográficas. Supongamos que un empleado de la sucursal en Tokio de una compañía norteamericana con sede en Nueva York, que no tiene absolutamente nada que ver con la emisión de órdenes de pago o con el procedimiento de seguridad, emite fraudulentamente una orden de pago en nombre de ésta. ¿El supuesto expedidor sigue siendo responsable? La respuesta de la Ley Modelo es sí. Por otra parte, la referencia a los ex-empleados no encuentra justificación alguna, en los términos tan amplios en que está redactada.

Habría sido preferible establecer, con una redacción parecida a la de nuestro artículo 194 de la LGTOC, que el supuesto expedidor sería responsable del pago de cualquier orden de pago verificada, si el supuesto expedidor hubiere dado lugar a la emisión fraudulenta de dicha orden de pago, por su culpa o la de sus factores, representantes o dependientes.

El segundo efecto de la disposición consiste en imponer al banco receptor el riesgo de pérdidas ocasionadas por una orden de pago fraudulentamente emitida, alterada o modificada, si el verdadero expedidor es una persona vinculada con el banco receptor ("*insider*") e, incluso, si el verdadero expedidor es una persona no vinculada con las partes ("*outsider*").

Así, al menos en teoría, el riesgo de fraude cometido por personas no vinculadas con alguna de las partes, sea que se logre identificar o no al defraudador, corre por cuenta del banco receptor.

Sin embargo, en la práctica difícilmente podrá lograrse este resultado cuando no sea posible identificar al defraudador, toda vez que la carga de la prueba se impone en este caso al supuesto expedidor. Es decir, si no se puede identificar al defraudador, el supuesto expedidor difícilmente podrá probar en juicio que esa persona (cuya identidad desconoce) no está vinculada en modo alguno con él.

Es por esto que sugerimos que la carga de probar que la orden de pago fue fraudulentamente emitida por una persona vinculada con el supuesto expedidor (o por su culpa o la de sus factores, representantes o dependientes, como se quiera), debiera imponerse sobre el banco receptor y no sobre el supuesto expedidor.

En este caso, la solución del Artículo 4A parece menos técnica todavía. En efecto, el párrafo 2 del Artículo 4A-203 impone al supuesto expedidor la carga de probar que la orden de pago no fue emitida, directa o indirectamente, por una persona: a) encargada de actuar por el supuesto expedidor en relación con

órdenes de pago o con el procedimiento de seguridad, o b) que hubiere obtenido del supuesto expedidor o de una fuente controlada por el supuesto expedidor y sin autorización del banco receptor, información que le permitiera interferir con el procedimiento de seguridad.

Parece que el redactor del Artículo 4A se olvidó del principio general en materia de prueba, en el sentido de que el que niega no está obligado a probar, salvo en casos verdaderamente excepcionales expresamente previstos en la ley.²²⁹

3. Error

a) Planteamiento del problema

Es probable que, debido al gran número de órdenes de pago procesadas diariamente a través del sistema bancario internacional y debido también a la gran velocidad con que estas transferencias son procesadas por los bancos, los casos de error en las transferencias internacionales de crédito sean escaso frecuentes.

Sin embargo, salvo en el caso de fraude o insolvencia de alguna de las partes, los errores en la emisión de órdenes de pago generalmente serán resueltos fácilmente y no producirán, como en el caso de fraude, la pérdida del principal.

Los errores pueden ser cometidos por un expedidor al emitir su orden de pago o una comunicación modificando o revocando dicha orden de pago, así como por el banco receptor, al momento de ejecutar dicho orden de pago.

En este apartado sólo nos ocuparemos de los errores cometidos por el expedidor de una orden de pago en la emisión, modificación o revocación de la misma.

Los casos más comunes de error en la emisión de órdenes de pago son los siguientes:

1. El expedidor puede haber identificado por error como beneficiario a una persona distinta a la persona a quien el expedidor pretendía transferir los fondos;

2. La orden de pago puede establecer un monto mayor a aquel que el expedidor intentaba transferir (también podría considerarse dentro de esta categoría el señalamiento de un monto inferior al querido por el expedidor, pero

²²⁹ Artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

debido a que este error sólo produce efectos entre el expedidor y el beneficiario, no nos ocuparemos de él aquí); y

3. El expedidor puede haber transmitido un duplicado erróneo de su orden de pago.

No debe perderse de vista el hecho de que el concepto de error utilizado en la Ley Modelo nada tiene que ver con nuestra teoría del error como vicio del consentimiento que, eventualmente, podría producir la inexistencia o la nulidad del acto celebrado. Ni siquiera podríamos considerarlos dentro de la categoría del "error-indiferente" que, en opinión de Borja Soriano,²³⁰ es el que recae sobre cualidades secundarias del objeto y no sobre motivos determinantes de la voluntad, además de que no invalida el acto.

b) La responsabilidad.

De conformidad con lo dispuesto por el párrafo 5 del artículo 5 de la Ley Modelo, el expedidor queda obligado por una orden de pago aceptada por su banco receptor, en los términos de la orden de pago recibida por dicho banco receptor.

En este sentido, puede afirmarse que el expedidor asume el riesgo de las pérdidas que pudieran ocasionarse con motivo de los errores cometidos por él o por sus representantes. Esto no podía ser de otra manera, pues en la gran mayoría de los casos, el banco receptor no tiene manera de enterarse de la existencia del error.

Debe recordarse que la principal obligación de un banco receptor que ha aceptado una orden de pago es emitir una orden de pago "que concuerda con el contenido de la orden de pago recibida."²³¹ Y difícilmente podría sancionarse a una persona por cumplir en los términos de ley con una obligación a su cargo.

Si la transferencia llegara a completarse sobre la base de una orden de pago errónea, el expedidor estaría obligado a pagar a su banco receptor, en cuyo caso podrá obtener el excedente o el principal de la persona que indebidamente hubiere recibido los fondos, "por cualquier otro medio que dispusiese con arreglo a derecho." Este medio, en nuestro derecho positivo, está constituido por las disposiciones aplicables al enriquecimiento ilegítimo.

Sin embargo, al igual que en el caso de las órdenes de pago sujetas a verificación, las partes pueden acordar un procedimiento de seguridad que

²³⁰ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, décima Edición, p. 219.

²³¹ Párrafo 2 del artículo 8 de la Ley Modelo.

permita descubrir duplicados erróneos, errores o discrepancias en una orden de pago.

De ser este el caso, el expedidor no estará obligado por ese duplicado erróneo o por los errores o discrepancias en su orden de pago, si la aplicación del procedimiento de seguridad por el banco receptor "reveló o habría permitido revelar el duplicado erróneo, el error o la discrepancia."

De haberse acordado un procedimiento de seguridad de este tipo entre las partes, el riesgo de pérdidas ocasionadas por errores cometidos por el expedidor, se transfiere al banco receptor si éste no aplicó dicho procedimiento, siempre que su aplicación hubiere permitido descubrir el error.

4. Aceptación de una orden de pago

a) Consideración preliminar

Ante la recepción de una orden de pago, un banco receptor puede: a) aceptar dicha orden de pago, en cuyo caso estará obligado a ejecutarla o a poner los fondos a disposición del beneficiario, según se trate de un banco receptor distinto del banco del beneficiario o de este último, respectivamente; b) rechazar la orden de pago, en cuyo caso la orden de pago dejará de surtir efectos si es que el banco receptor hubiere dado aviso en tiempo del rechazo; o c) no hacer absolutamente nada al respecto. En este último supuesto, el silencio o inacción del banco receptor puede tomarse, en algunos casos, como aceptación ficta y, en otros, como negativa ficta, dependiendo de ciertas circunstancias.

En principio, ningún banco receptor está obligado por la Ley Modelo a aceptar una orden de pago. Dicho con otras palabras, un banco receptor goza de la más amplia libertad para aceptar o rechazar una orden de pago, sin que esté obligado siquiera a justificar los motivos de su decisión. Sin embargo, si el banco receptor decide no aceptar una orden de pago, está obligado, en ciertos casos, a dar noticia de su rechazo al expedidor.

En este sentido, a pesar de que el Grupo de Trabajo reconoció desde su primer período de sesiones, que podría ser muy útil para el expedidor conocer cuáles fueron las causas del rechazo, de modo que pudiera subsanar las deficiencias de su orden de pago, también se reconoció en ese mismo período de sesiones que "podría ser peligroso obligar al banco receptor a dar las razones de su rechazo,"²³² en virtud de que las razones que podía dar un empleado o funcionario ocupado podrían no ser las correctas. Además, se hizo notar que el problema se complicaba cuando el sistema del banco receptor rechazaba automáticamente y sin participación humana, una orden de pago, o cuando la

²³² A/CN.9/297, párrafo 51.

causa del rechazo era la sospecha por parte del banco receptor de la realización de actividades ilícitas (v.g., lavado de dinero).

Cabe mencionar que la facultad de todo banco receptor para rechazar una orden de pago se extiende incluso a aquellos casos en los que el expedidor hubiere realizado el pago de la misma en favor del banco receptor, sin más responsabilidad a cargo de este último, que pagar los intereses correspondientes por el tiempo durante el cual hubiere tenido la disposición de los fondos. Si bien esta facultad resulta justificada cuando el pago se ha hecho mediante depósito en la cuenta que el banco receptor mantiene con el propio expedidor, con un tercero o con un banco central extranjero, en virtud de la posible existencia de los riesgos de crédito, cambiario y político ya analizados, no encontramos razón alguna que permita justificar su existencia en relación con aquellos casos en los que el expedidor, siendo cuentahabiente del banco receptor, mantiene fondos suficientes en su cuenta para cubrir el importe de su orden de pago o incluso cuando el pago se ha hecho mediante depósito a la cuenta que el banco central del lugar donde tiene su domicilio el banco receptor, le lleva a éste.

En este sentido, la comparación con el pago de un cheque por el banco librado puede resultar de alguna utilidad. De conformidad con el derecho mexicano, el banco librado está obligado a pagar los cheques emitidos por el librador, hasta el importe de las sumas que el banco librado tenga a disposición de dicho librador. El banco que incumpla esta obligación, debe resarcir al librador los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, los cuales en ningún caso serán menores al "veinte por ciento del valor del cheque."²³³

Entendemos que una de las preocupaciones fundamentales tanto del redactor del Artículo 4A como de la Ley Modelo consistió precisamente en elaborar sendos ordenamientos que regularan en forma integral el fenómeno de las transferencias de crédito, evitando a toda costa la aplicación de las normas del derecho común y cambiario, sobre todo aquellas cuya aplicación pudiera resultar en una mayor responsabilidad para los bancos. Sin embargo, pensamos que en este punto particular, la solución no fue la más atinada y que su incorporación dentro de la Ley Modelo obedeció principalmente a la influencia recibida de la legislación norteamericana.

El concepto de aceptación de una orden de pago por el banco receptor reviste una particular importancia dentro de la Ley Modelo, pues es precisamente esta aceptación la que da lugar al surgimiento de la obligación del expedidor de pagar el importe de su orden de pago, así como al surgimiento de la obligación del banco receptor de ejecutar dicha orden de pago. Además, en relación específica al banco del beneficiario, la aceptación de la orden de pago marca el momento en que se completa la transferencia de crédito, y en algunos casos, el

²³³ Artículo 184 de la LGTOC.

momento en que el iniciador cumple la obligación subyacente frente al beneficiario.

Podemos decir, pues, con toda propiedad que antes de la aceptación de una orden de pago por el banco receptor (y salvo por lo que se refiere a ciertas obligaciones de notificar que analizaremos más adelante), ni éste ni el expedidor de dicha orden de pago tienen obligación alguna que cumplir en relación con la misma.

En este punto, la Ley Modelo y el Artículo 4A son total y absolutamente compatibles. Sin embargo, mientras que bajo el Artículo 4A la aceptación sólo ocurre cuando el banco receptor ejecuta la orden de pago, la Ley Modelo regula varios supuestos de aceptación que, además, difieren dependiendo de que el banco receptor sea el banco del beneficiario o cualquier otro.

De llegar a adoptarse la Ley Modelo en nuestro país, deberá ponerse especial atención al uso del vocablo "aceptación," de modo que no se le confunda con la aceptación de una supuesta pollicitación u oferta (la orden de pago) hecha por el expedidor, misma que debe ser "aceptada" por el banco receptor para que se perfeccione el consentimiento y el acto o contrato surja a la vida jurídica. En nuestra opinión, resulta evidente que la aplicación de las reglas tradicionales del perfeccionamiento del consentimiento en los contratos no podrían aplicarse a la aceptación de órdenes de pago sin contrariar su naturaleza y prácticamente impedir su ágil y eficiente procesamiento.

Entre muchas otras consecuencias negativas que podrían derivar de una aplicación forzada de las reglas tradicionales relativas a la formación del consentimiento en los contratos, bástenos con mencionar las siguientes: en primer lugar, se requeriría que en todos los casos el banco receptor comunicara su aceptación al expedidor (tanto en la teoría de la recepción como en la del envío), siendo que en la práctica cotidiana la casi totalidad de órdenes de pago son aceptadas por los bancos receptores mediante la simple ejecución de las mismas. En segundo lugar, los plazos durante los cuales el oferente queda obligado por su oferta o pollicitación no necesariamente son compatibles con los establecidos en la Ley Modelo en relación con la vigencia de las órdenes de pago.

b) Aceptación por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario

Un banco receptor que no sea el banco del beneficiario acepta una orden de pago al suceder el primero de los cinco eventos descritos en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo. Estos eventos son:

1. La recepción de la orden de pago por el banco receptor. Este supuesto sólo se considera como aceptación en caso de que el expedidor y su banco hubieren celebrado un convenio por virtud del cual el banco receptor estuviera obligado a aceptar todas las órdenes de pago recibidas de ese expedidor. El solo contrato de depósito de dinero en cuenta de cheques, por ejemplo, no es suficiente para actualizar este supuesto normativo, por lo que, los cuentahabientes de un banco receptor que deseen tener la certeza de que su banco aceptará y ejecutará todas las órdenes de pago emitidas por dicho cuentahabiente, siempre que el saldo en su cuenta alcance a cubrir el importe de las mismas, tendrán que celebrar un contrato por separado con dicho banco receptor. Como ya señalamos en otro lugar, somos de la opinión que debería haberse impuesto a los bancos receptores la obligación de aceptar una orden de pago en todos los casos en que el expedidor tuviera cuenta con el banco receptor correspondiente y el saldo de dicha cuenta fuera suficiente para cubrir el monto de la orden (siempre y cuando la responsabilidad por incumplimiento del banco receptor estuviere limitada). Esta es la solución que, atinadamente, incorpora el numeral 3.3 de la Circular, en relación con el SPEUA.

En su forma actual, la regulación expresa de este supuesto no era necesaria, pues en virtud del principio de la autonomía privada reconocido por la Ley Modelo, las partes pueden en cualquier momento regular libremente sus derechos y obligaciones derivados de una transferencia de crédito, salvo en aquellos casos en que la propia Ley Modelo disponga otra cosa.

Sin embargo, se tomó la decisión de regular en forma expresa este supuesto de aceptación, debido principalmente a que varios sistemas de transferencias de fondos (entre ellos CHAPS²³⁴ en Londres, el SPEUA en nuestro país y el propio Fedwire en Estados Unidos) imponen a sus participantes la obligación de aceptar todas las órdenes de pago que reciban de otros participantes a través del sistema.

2. El aviso de aceptación de la orden de pago, dado por el banco receptor al expedidor. Esta situación es tan rara en la práctica bancaria de nuestros días, por lo menos en lo que se refiere al procesamiento de órdenes de pago no documentadas, que consideramos injustificada su regulación expresa dentro de la Ley Modelo, aun cuando pudiera argumentarse que, si la posibilidad de que suceda existe, entonces su regulación expresa en la Ley Modelo no producirá daño alguno. Lo anterior no es del todo correcto, pues al regular este supuesto de aceptación la Ley Modelo ciertamente no lo hace de la mejor manera posible y deja varios interrogantes sin una respuesta clara, como por ejemplo: ¿qué formalidad debe revestir el aviso para ser válido?, ¿en qué momento se considera dado el aviso al expedidor: cuando se envía el aviso por el banco receptor o cuando dicho aviso es efectivamente recibido por el expedidor? En virtud de que

²³⁴ Acrónimo del Clearing House Automated Payment System.

ésta parece ser una práctica más bien vinculada con sistemas de pago tradicionales, no nos ocuparemos mayormente de ella en este apartado.

3. La ejecución de la orden de pago; es decir, la emisión por parte del banco receptor de una orden de pago con el propósito de ejecutar la orden de pago recibida. Ésta es, ciertamente, la forma más común en que un banco receptor suele aceptar una orden de pago en la práctica, y la única regulada expresamente en el Artículo 4A. Para estos efectos, resulta del todo irrelevante que la orden de pago emitida por el banco receptor concuerde o no con el contenido de la orden de pago recibida. El banco receptor habrá aceptado la orden de pago emitida por su expedidor aun cuando hubiere emitido una orden de pago totalmente distinta a la originalmente recibida, siempre que esto hubiere sido hecho con el propósito de ejecutar aquella.

4. El pago de la orden de pago. Para que este supuesto se considere como aceptación de la orden de pago, se requiere que: a) el expedidor mantenga una cuenta con el banco receptor; y b) el banco receptor cargue contra esa cuenta el importe de la orden de pago, con el propósito específico de recibir el pago de dicha orden. En relación con este supuesto de aceptación, consideramos innecesario el cumplimiento del segundo requisito, siendo suficiente, en nuestra opinión, la existencia de fondos suficientes en la cuenta correspondiente.

5. El transcurso del plazo previsto en el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo, sin que el banco receptor hubiere dado aviso de su rechazo al expedidor. Este supuesto de aceptación, que hemos llamado aceptación ficta o tácita, será analizado con mayor detalle en el siguiente apartado.

c) Aceptación ficta o tácita de una orden de una orden de pago

Interpretado a *contrario sensu*, el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo obliga al banco receptor a dar aviso de su rechazo al expedidor, a más tardar el día bancario siguiente al final del período de ejecución,²³⁵ siempre y cuando: a) la cuenta del expedidor en el banco receptor tenga fondos suficientes para cubrir el importe de la orden de pago, o el banco receptor hubiere obtenido el pago por cualquier otro medio; y b) la orden de pago contenga suficiente información para identificar al expedidor.

Cumplidas ambas condiciones, el banco expedidor está obligado a notificar el rechazo a su expedidor dentro del plazo señalado en la Ley Modelo.

Este tema fue debatido en el Grupo de Trabajo desde su primer período de sesiones. En éste se reconoció que un banco receptor no debería estar

²³⁵ Es decir, a más tardar el segundo día bancario siguiente a aquél en que el banco receptor hubiere recibido la orden de pago.

invariablemente obligado a aceptar y ejecutar las órdenes de pago que pudiera recibir, ni a justificar su decisión. Sin embargo, la opinión predominante fue que "el banco receptor debería estar obligado a notificar a su expedidor en caso de que decidiera no seguir la instrucción recibida."²³⁶

En general, nos parece acertada la solución que ofrece la Ley Modelo, toda vez que contribuye a la eliminación de incertidumbres y retrasos en el procesamiento de órdenes de pago, sin imponer una carga demasiado onerosa para los bancos en términos de costos, salvo, probablemente, en el caso de que la notificación deba hacerse a un expedidor que no sea cuentahabiente del banco receptor. Evidentemente, la disposición tiende a proteger los intereses del expedidor de buena fé que, habiendo pagado el importe de su orden de pago y sin tener conocimiento de que su orden de pago no será ejecutada, lo menos que puede esperar es la correcta y puntual ejecución de dicha orden de pago. En este sentido, el aviso serviría para que el expedidor pudiera emitir una nueva orden de pago a través de otro banco receptor que estuviera dispuesto a ejecutarla o para que, una vez subsanada la situación que motivó su rechazo por parte del banco receptor original, la vuelva a transmitir a este último.

Cabe señalar que, si bien no en forma directa, el inciso b) del Artículo 4A-210, impone al banco receptor una obligación de notificar a su expedidor, a más tardar en la fecha de ejecución, que no ejecutará una orden de pago. Esta obligación a cargo del banco receptor sólo existe respecto de aquellos expedidores que mantengan una cuenta con el expedidor, siempre y cuando el saldo disponible en esa cuenta, en la fecha de ejecución, permita cubrir el importe de la orden de pago.

Hasta aquí, las disposiciones de la Ley Modelo y del Artículo 4A parecen razonablemente compatibles. Sin embargo, ambos ordenamientos sancionan el incumplimiento de esta obligación a cargo del banco receptor de manera completamente diferente.

Al amparo del Artículo 4A, la responsabilidad de un banco receptor que hubiere incumplido su obligación de notificar al expedidor el rechazo de su orden de pago, se limita al pago de intereses. Esta obligación a cargo del banco receptor sólo existe en caso de que los recursos depositados en la cuenta del expedidor no generen intereses. De ser así, el banco receptor debe pagar intereses desde la fecha de ejecución, hasta la fecha en que la orden deje de surtir efectos de conformidad con lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 4A-211 (i.e., al cierre del quinto día bancario siguiente a la fecha de ejecución) o la fecha en que el expedidor reciba el aviso o tenga conocimiento de que su orden de pago no fue ejecutada, lo que suceda primero.

²³⁶ A/CN.9/297, párrafo 49.

Por el contrario, de conformidad con lo dispuesto por el inciso e) del párrafo 2 del Artículo 7 de la Ley Modelo, "la falta de noticia oportuna produce la aceptación ficta o por silencio"²³⁷ del banco receptor. Al aceptar la orden de pago, el banco receptor queda obligado a ejecutarla, debiendo hacerlo por el valor que corresponda a la fecha en que hubiere recibido el pago. Es decir, que la obligación del banco receptor de pagar intereses inicia a partir de la fecha en que hubiere recibido el pago y permanece vigente por toda la duración de la mora.

Esta disposición de la aceptación ficta del banco receptor constituye una de las "diferencias fundamentales entre la Ley Modelo y el Artículo 4A."²³⁸ Como bien señala Felsenfeld, esta "disparidad entre las dos versiones es desafortunada, toda vez que ambas regulan esencialmente transferencias idénticas."²³⁹

En este punto particular, la escasa doctrina se muestra sumamente dividida, pues mientras unos (principalmente los autores norteamericanos) enderezan acres críticas en contra de la disposición, otros, como Crawford por ejemplo, la defienden abiertamente. Sin embargo, consideramos que en buena medida la crítica de los autores norteamericanos en este sentido, preocupados principalmente por la extensión de la responsabilidad del banco receptor, carece de un sustento firme si se le analiza a la luz del texto de la Ley Modelo finalmente adoptado por la Comisión, en el que la posibilidad de exigir al banco receptor el pago de daños y perjuicios adicionales a los previamente cuantificados ("*consequential damages*") es casi nula. Resuelta pues la preocupación relativa a la responsabilidad, quedaría por resolver únicamente el problema del supuesto incremento en costos que generaría la obligación de notificar impuesta al banco receptor.

La sanción impuesta por la Ley Modelo pretende incentivar a los bancos a no permanecer inactivos ante la recepción de órdenes de pago y, en consecuencia (como ya señalamos anteriormente) eliminar la incertidumbre y los retrasos injustificados en el procesamiento de las órdenes de pago, derivados de dicha inactividad.

Aun cuando la regla de la aceptación ficta se establece en beneficio del expedidor de buena fé, en la práctica esta regla podría producir algunos resultados perjudiciales para dicho expedidor, al menos en los siguientes casos. En primer lugar, la aceptación de la orden de pago crea un vínculo jurídico entre el expedidor de buena fé y el banco receptor incumplido, acaso negligente, con el que probablemente el expedidor no quiera seguir vinculado. Visto desde un punto de vista estrictamente comercial, quizá el único interés inmediato del expedidor sea el de estar en completa libertad para emitir, a la brevedad posible, una nueva

²³⁷ Abascal Zamora, *op. cit.*, p. 5.

²³⁸ Patniks, Baxter y Bhaia, *op. cit.*, p. 276.

²³⁹ Felsenfeld, Carl, *Strange...*, p. 753.

orden de pago a través de otro banco receptor, de modo que pueda cumplir en tiempo su obligación frente al beneficiario, que es el objeto de la transferencia. Hecho lo anterior, es probable que el expedidor tenga algún interés en exigir la responsabilidad que pudiera resultar a cargo del banco receptor original. Sin embargo, al considerarse aceptada la orden de pago, el expedidor tendrá que centrar todos sus esfuerzos en lograr que el banco receptor que no ejecutó ni dió aviso oportuno del rechazo, ejecute la orden de pago.

Además, por virtud de la aceptación del banco receptor incumplido, su responsabilidad se limita a la que establece la Ley Modelo, con lo cual el expedidor, en principio, no podría exigirle el pago de daños y perjuicios, por ejemplo.

En opinión de Crawford, la Comisión optó por tratar el silencio del banco receptor como aceptación de la orden de pago, pues ello facilitaba "la imposición de la obligación de pagar intereses por la demora, al tiempo que permite extender al banco incumplido la protección del Artículo 18 sobre la exclusividad de las acciones"²⁴⁰ previstas en el Artículo 17 de la Ley Modelo.

A primera vista, esta pretensión de proteger de alguna manera al banco incumplido parece inentendible, pues como vimos, la regla se establece en favor del expedidor y no del banco receptor.

No es del todo claro si el propósito del Grupo de Trabajo y de la Comisión en este sentido se cumplirá o no en la realidad. Sin embargo, Crawford opina que "para el público, la obligación de dar aviso oportuno aumentará notablemente la velocidad y confiabilidad del procesamiento de las transferencias de crédito, que actualmente pueden verse demoradas durante semanas o meses por la simple falta de acción de los bancos intermediarios."²⁴¹

d) Aceptación del banco del beneficiario

En adición a los supuestos analizados a propósito de la aceptación por parte de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario (mismos que le son igualmente aplicables a éste último), el banco del beneficiario acepta una orden de pago, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 9 de la Ley Modelo, en los siguientes casos:

1. Cuando el banco del beneficiario acredita la cuenta del beneficiario o pone de alguna otra manera los fondos a su disposición. Este supuesto es el equivalente a la ejecución de la orden de pago por un banco receptor que no sea

²⁴⁰ Crawford, *The UNCITRAL...*, p.33

²⁴¹ Crawford, *The UNCITRAL...*, p.33.

el banco del beneficiario, y es el supuesto más común en que un banco del beneficiario acepta una orden de pago en la práctica.

Este supuesto de aceptación también es regulado en forma expresa por el Artículo 4A-209, en términos casi idénticos a los del artículo 9 de la Ley Modelo.

2. Cuando el banco del beneficiario da aviso al beneficiario de que tiene derecho a retirar los fondos o a utilizar la suma acreditada.

A diferencia de lo dispuesto por el Artículo 4A-209, que sólo exige que se notifique al beneficiario que se ha recibido la orden de pago, la Ley Modelo exige que ese aviso o notificación señale expresamente que el beneficiario tiene derecho a disponer de los fondos.

3. Cuando el banco del beneficiario da a la suma acreditada algún otro destino que concuerde con las instrucciones contenidas en la orden de pago.

En virtud de lo dispuesto por el inciso a) iii) del Artículo 4A-209, el hecho de que el banco del beneficiario ponga los fondos a disposición del beneficiario, de cualquier otra manera, se considera como pago en favor del beneficiario y, por lo tanto, como aceptación de la orden de pago.

4. Cuando el banco del beneficiario destina la suma acreditada al pago de una deuda que el beneficiario tenga con él (compensación) o al cumplimiento de la orden de un tribunal u otra autoridad competente.

La compensación de obligaciones también es considerada por el inciso a) ii) del Artículo 4A-209 como una forma de pago al beneficiario y, por lo tanto, como una forma de aceptación por parte del banco del beneficiario.

Cuando el banco del beneficiario sea una institución de crédito mexicana y, en consecuencia, resulte aplicable el derecho mexicano, debe tomarse en consideración que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2188 del Código Civil, "para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. Las que no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados;" en este caso, del beneficiario y su banco.

La aceptación ficta o tácita del banco del beneficiario opera de idéntica manera a la de cualquier otro banco receptor.

Cabe señalar que, a diferencia de lo dispuesto en relación con la aceptación de una orden de pago por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, el Artículo 4A sí regula la aceptación ficta del banco del beneficiario, que sucede a la apertura de actividades del día bancario siguiente a aquél en que

hubiere recibido la orden de pago, siempre y cuando el saldo disponible en la cuenta que el banco del beneficiario le lleva al expedidor sea suficiente para cubrir el importe de la orden de pago, o el banco del beneficiario hubiere recibido de cualquier otra manera el pago del expedidor.

e) La caducidad de las órdenes de pago

Las órdenes de pago que no hubieren sido aceptadas ni rechazadas antes del cierre de las actividades el quinto día bancario siguiente al del final del período de ejecución, dejan de surtir efectos legales.

Tanto en el párrafo 4 del artículo 7 de la Ley Modelo (aplicable a cualquier banco receptor que no sea el banco del beneficiario), como en el párrafo 3 del artículo 9 (aplicable sólo al banco del beneficiario), la Ley Modelo habla de que las órdenes de pago "caducan" si no son aceptadas o rechazadas dentro del plazo mencionado en dichas disposiciones.

El empleo del término "caducidad" no es del todo correcto si se le analiza desde la perspectiva del derecho positivo mexicano.

En efecto, en nuestro derecho, la caducidad "es una causa extintiva de derechos"²⁴² y no, como en el caso que nos ocupa de obligaciones más que de derechos.

La caducidad legal es "una sanción impuesta por la ley, a quienes dentro del plazo legalmente dispuesto, dejan de efectuar voluntaria y conscientemente los actos establecidos en la norma, o las omisiones requeridas que harían nacer o mantendrían vigente, un derecho sustantivo o procesal."²⁴³

Es evidente que, en el caso que nos ocupa, la conducta exigida por la norma no tiene como consecuencia directa y necesaria el nacimiento o la conservación de un derecho. Es más, podría decirse que la consecuencia directa y necesaria de la aceptación (que sería en este caso la conducta exigida por la norma) es precisamente lo contrario, es decir, el surgimiento de una obligación a cargo del sujeto de quien se exige dicha conducta, consistente en ejecutar la orden de pago recibida.

²⁴² Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Harla, S.A. de C.V., México, 1990, tercera edición, p. 512.

²⁴³ Díez González Cossío, Jorge, *Un ensayo sobre el instituto jurídico de la caducidad*, Tesis profesional, Facultad da Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.

5. Obligaciones de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario

a) Obligación de ejecutar

El banco receptor que ha aceptado una orden de pago está obligado a ejecutarla. Esta es, ciertamente, la obligación más importante de cualquier banco receptor en una transferencia internacional de crédito, misma que sólo surge con la aceptación de la orden de pago por el banco receptor. No es, como veremos, la única obligación a cargo del banco receptor que surge de la aceptación, aunque sí la principal.²⁴⁴

Una vez obligado a ejecutar una orden de pago, el banco receptor debe hacerlo dentro del plazo previsto en el artículo 11 de la Ley Modelo. De conformidad con este artículo, a menos que la orden de pago del expedidor especifique una fecha de ejecución o una fecha en que los fondos deban ponerse a disposición del beneficiario (para lo cual sería conveniente ejecutar la orden de pago en una fecha posterior), el banco receptor está obligado a ejecutar la orden de pago el día bancario que la hubiere recibido o, a más tardar, el día bancario siguiente. En este último caso, el banco receptor debe ejecutar la orden de pago por el valor que corresponda a la fecha en que la hubiere recibido, lo que en otras palabras significa que debe pagar intereses a partir de la fecha de recepción.

Para efectos de la Ley Modelo, ejecutar una orden de pago significa, en relación con un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, "la emisión de una orden de pago destinada a cumplir la orden de pago recibida por el banco receptor."²⁴⁵

Para que pueda decirse que la orden de pago emitida por el banco receptor está efectivamente destinada a cumplir la orden de pago del expedidor, deberá: a) haberse emitido al banco del beneficiario o a un banco intermediario; b) concordar con el contenido de la orden de pago recibida por el banco receptor; y c) contener "las instrucciones necesarias para efectuar de manera apropiada la transferencia de crédito."²⁴⁶

Analicemos en primer lugar el requisito de la conformidad o concordancia con la orden de pago del expedidor. ¿Qué significa exactamente el que la orden de pago emitida por el banco receptor concuerde con el contenido de la orden de pago del expedidor?

La Ley Modelo no establece expresamente cuál deba ser el contenido de una orden de pago. Sin embargo, es posible inferir válidamente, a partir de la

²⁴⁴ En contra, ver Bergsten, op. cit., p.458.

²⁴⁵ Inciso f) del artículo 2 de la Ley Modelo.

²⁴⁶ Párrafo 2 del artículo 8 de la Ley Modelo.

definición que del término en cuestión hace la Ley Modelo, los que consideramos elementos esenciales de toda orden de pago: una suma determinada o determinable de dinero (es decir, el monto o importe de la orden de pago), el beneficiario y el banco del beneficiario. Si falta alguno de estos elementos la instrucción recibida podrá ser cualquier cosa menos una orden de pago.

Además, la orden de pago del expedidor puede o no contener datos en relación con: a) el o los bancos intermediarios a través de los cuales deba tramitarse la transferencia de crédito, b) el sistema de transferencia de fondos a ser utilizado y c) la forma de transmisión de la orden de pago.²⁴⁷ Como veremos más adelante, si la orden de pago del expedidor no establece nada expresamente respecto de estos que podríamos llamar elementos accesorios de la orden de pago, en principio el banco receptor puede determinarlos libremente.

En relación con el monto de la orden de pago del expedidor, una buena lógica nos llevaría a pensar que la orden de pago emitida por el banco receptor sólo concuerda con el contenido de la orden de pago del expedidor, cuando el monto de ambas es idéntico. Si la orden del expedidor manda el pago de 100 pesos en favor del beneficiario, la orden de pago emitida por el banco receptor concordará con el contenido de aquella, si a su vez manda pagar 100 pesos en favor del beneficiario.

Sin embargo, esto no es necesariamente correcto a la luz de las disposiciones de la Ley Modelo. En efecto, el párrafo 2 del artículo 19 de dicha ley, señala con toda claridad que "la transferencia de crédito se completa aun cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea inferior a la orden de pago del iniciador por haber deducido de su importe uno o varios bancos receptores las comisiones por ellos cobradas."

Como en ningún lugar de la Ley Modelo se prohíbe expresamente a los bancos deducir el importe de sus comisiones del monto de la orden de pago, debemos concluir que un banco receptor que emite una orden de pago por el monto de la orden de pago del expedidor, menos el importe de sus comisiones, ejecuta en debida forma la orden de pago del expedidor.²⁴⁸

Esta solución difiere de la contenida en el inciso d) del Artículo 4A-302, que expresamente prohíbe a cualquier banco receptor deducir el importe de sus comisiones del monto de la orden de pago, salvo que cuente con el consentimiento del iniciador.

²⁴⁷ Ver Baxter, Thomas, C. and Raj Bhalja, *Proper and improper execution of payment orders*, The Business Lawyer, American Bar Association, Chicago, Illinois, June 1990, volume 45, number 5, p. 1455.

²⁴⁸ Para una discusión detallada del tema, ver infra.

Aunque por lo general el monto de las comisiones que cargan los bancos por el procesamiento de órdenes de pago pudiera llegar a parecer insignificante si se le compara con el monto de dichas órdenes de pago, la solución prevista por la Ley Modelo puede dar lugar a problemas jurídicos de consideración en la relación iniciador-beneficiario (o deudor-acreedor, si se prefiere), por lo menos si se le analiza desde el punto de vista del derecho mexicano.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2078 del Código Civil, "el pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y *nunca podrá hacerse parcialmente* sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley."

Es decir, en derecho mexicano, atento al principio de indivisibilidad o exactitud en el modo del pago, el pago de las obligaciones debe hacerse de una sola vez, en un solo acto, sin que el deudor pueda obligar al acreedor ni éste esté obligado a aceptar pagos parciales, salvo convenio expreso en contrario.

Una excepción legal a este principio la encontramos en el artículo 130 de la LGTOC, el cual dispone que el tenedor de una letra de cambio no puede rechazar un pago parcial. La disposición resulta igualmente aplicable al tenedor de un pagaré, pero no al tenedor de un cheque. Sin embargo, la disposición no podría hacerse extensiva a las transferencias de crédito sin violar lo dispuesto por el artículo 11 del Código Civil, que a la letra dice: "Las leyes que establecen excepción a la regla general, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

Así, de llegar a adoptarse en nuestro país el texto de la Ley Modelo, el párrafo 2 del artículo 19 de dicha ley vendría a derogar el citado principio de indivisibilidad de los pagos. Sin embargo, cabría preguntarse acerca de la validez de dicha derogación, toda vez que en nuestro país la materia de pago de las obligaciones es competencia local y no federal, siendo que, de llegar a adoptarse como ley nacional, la Ley Modelo tendría necesariamente el carácter de ley federal.

Otro problema que surge del análisis de lo que debe considerarse como una ejecución correcta de una orden de pago, en relación con el monto de la misma, es el de la moneda o unidad de cuenta en que esté denominada la orden de pago del expedidor.

El problema puede plantearse sencillamente de la siguiente manera: ¿puede un banco receptor hacer la conversión del monto de la orden de pago a una moneda o unidad de cuenta distinta de la señalada en la orden de pago del expedidor, sin contar con el consentimiento de este último y aún así ejecutar correctamente la orden de pago?

A este respecto, cabe mencionar que los primeros proyectos de la Ley Modelo elaborados por el Grupo de Trabajo, establecían la responsabilidad del banco del iniciador y de cada banco intermediario, frente al iniciador y a su expedidor, por las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio; con lo cual, si bien no se prohibía la práctica de hacer la conversión automática a la moneda local, común en opinión de algunos, sí se imponía a los bancos receptores la obligación de responder por las pérdidas que pudiera haber ocasionado dicha conversión.

Sin embargo, en su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió eliminar la referencia expresa a este tipo de pérdidas e incluirlas dentro del concepto general de la responsabilidad de los bancos por daños y perjuicios adicionales ("*consequential damages*"), misma que se encuentra bastante limitada en la Ley Modelo.

El problema volvió a tratarse con cierto detenimiento en el primer período de sesiones de la Comisión, a propósito de un documento presentado por la delegación francesa en el que, entre otras cosas, se sugería modificar el párrafo 2 del artículo 8 de la Ley Modelo, a efecto de establecer la obligación expresa a cargo del banco receptor, de ejecutar la orden de pago del expedidor en la moneda o unidad de cuenta establecida por el propio expedidor.

"La finalidad de esta adición sería aclarar que los bancos intermediarios no podrán, sin el consentimiento de la parte interesada, convertir los fondos recibidos a una moneda que no sea la designada en la orden."²⁴⁹

En el documento de referencia se señalaba que "la conversión automática de monedas por los bancos receptores es la principal fuente de conflictos entre bancos franceses y norteamericanos, en relación con el procesamiento de transferencias de crédito."²⁵⁰

En esa misma sesión de la Comisión, el representante de la Federación Bancaria de la Comunidad Europea se permitió ilustrar con un ejemplo la problemática descrita en el párrafo anterior. En diciembre de 1984, Société Générale (un banco francés) en ejecución de una orden de pago recibida de un expedidor, emitió una orden de pago a otro banco, con el propósito de que se transfirieran 2 millones de francos franceses a su subsidiaria en Estados Unidos. La orden de pago debía ejecutarse precisamente en francos franceses, pero el corresponsal norteamericano de Société Générale convirtió la suma a dólares, sin estar autorizado para ello. Pero, además, la conversión no la hizo sino hasta enero de 1985, debido a demoras imputables a dicho corresponsal norteamericano. Durante la demora, el dólar se había devaluado frente al franco francés por lo que, evidentemente, el beneficiario se negó a aceptar el pago. En

²⁴⁹ (A/46/17) párrafo 154.

²⁵⁰ A/CN.9/347/Add.1

consecuencia, el banco francés tuvo que pagar al expedidor 500 mil francos franceses por las pérdidas ocasionadas por la conversión indebida realizada por el banco norteamericano.

La propuesta finalmente no fue aceptada. La justificación de este rechazo se fundó, principalmente, en el reconocimiento de una práctica bancaria, al parecer bastante extendida, por virtud de la cual las órdenes de pago denominadas en moneda extranjera generalmente son convertidas a la moneda local del banco que debe hacer el pago en favor del beneficiario.

Según se dijo en esa sesión, tal práctica era seguida por los bancos incluso en aquellos países en los que no existe prohibición legal alguna para aceptar depósitos denominados en moneda extranjera, como es el caso de los Estados Unidos de América.

La Comisión, pues, "juzgó más apropiado dejar la cuestión de la conversión a la práctica bancaria y a las leyes que fueran aplicables a las operaciones del banco de que se tratara,"²⁵¹ aunque reconoció que, en algunos casos, la conversión a otra moneda podría considerarse como una ejecución incorrecta de la orden de pago del expedidor. Como la Comisión no se ocupó de aclarar cuáles serían estos casos, ante un eventual conflicto, el problema tendrá que ser resuelto por el juez del foro.

La solución de la Ley Modelo resulta o puede resultar perjudicial para el expedidor por las siguientes razones:

1. Supongamos que el expedidor emite una orden de pago el día 1 por un monto de 150 millones de marcos alemanes, equivalentes en ese día a 100 millones de dólares, que deben ser pagados precisamente en marcos alemanes a un beneficiario en Estados Unidos. El banco del iniciador recibe la orden de pago el día 1 y la ejecuta emitiendo una orden de pago que concuerda con el contenido de la orden de pago recibida, el día 2. Supongamos que el banco americano, sin estar autorizado para ello ni estar obligado legalmente, hace la conversión a dólares del monto de la orden de pago el día 3. Supongamos, además, que durante el día 2 y el día 3, el dólar se hubiera devaluado frente al marco alemán. Si el beneficiario aceptara el pago en dólares el día 3, estaría asumiendo una pérdida toda vez que la cantidad de dólares que recibiría no sería suficiente para que ese mismo día pudiera comprar los 150 millones de marcos que originalmente debía recibir. Además, su pérdida se incrementaría en función de los diferenciales de compra y venta de la divisa extranjera en los Estados Unidos. Ante una situación así, lo menos que uno podría esperar de un beneficiario en uso de sus facultades mentales es que rechace el pago que se le ofrece. Como consecuencia de lo anterior, los fondos deben regresarse al iniciador, para lo cual es necesario volver a convertirlos a marcos alemanes. Supongamos que el banco

²⁵¹ A/46/17, párrafo 155.

norteamericano hace esta conversión el día 4 y que entre el día 3 y el día 4 el dólar se hubiere vuelto a devaluar frente al marco alemán. El resultado será que el iniciador no recibirá de vuelta los mismos 150 millones de marcos que él entregó a su banco receptor, sino una cantidad que puede llegar a ser considerablemente menor.²⁵²

Ante esta situación, a lo más que el iniciador puede aspirar es a cobrar a su banco los intereses que hubieren generado sus 150 millones de marcos, desde el día en que él los pagó al banco receptor, hasta el día en que él hubiere recibido de vuelta los 140 o 145 millones de marcos que quedaron después de las dos conversiones indebidas realizadas por el banco norteamericano.

El expedidor sólo podrá exigir el pago de daños y perjuicios, si puede probar que la conversión constituyó, en el caso concreto, una ejecución indebida de su orden de pago y que el banco actuó: a) con la intención específica de ocasionar una pérdida, o b) con temeridad y a sabiendas de que podría resultar esa pérdida. Es decir, para efectos prácticos, el expedidor tendrá que asumir esta pérdida en la inmensa mayoría de los casos.

Poco importa para estos efectos que la conversión se hubiere hecho en violación de la supuesta práctica bancaria a que se ha hecho referencia, pues si dicha violación no se llevó a cabo con la intención específica de ocasionar la pérdida, el expedidor no podrá exigir el pago de daños y perjuicios ni demandar al banco con fundamento en un ordenamiento jurídico distinto de la Ley Modelo.

2. La conversión puede dar lugar a que el beneficiario se niegue a recibir el pago, con lo que, además, el iniciador probablemente habrá incumplido su obligación de pago frente al beneficiario, lo que eventualmente podría sujetarlo al pago de daños y perjuicios.

A fin de determinar en qué casos puede el beneficiario negarse válidamente a aceptar el pago en una moneda distinta e la originalmente pactada con el iniciador, debemos establecer la diferencia entre el llamado dinero de cuenta o dinero *in obligatione* y el llamado dinero de pago o dinero *in solutione*.

"El dinero de cuenta es el circulante en el que se expresa una obligación, mientras que el dinero de pago es el circulante con el que se libera la obligación."²⁵³

Consideramos que el beneficiario sólo puede válidamente rechazar el pago cuando pretenda hacerse con dinero distinto al dinero de pago o *in solutione*. Consideramos, asimismo, que el beneficiario estará obligado a recibir el pago, aun cuando no sea en el dinero de pago, cuando esté vigente en el lugar en el

²⁵² Ver infra, p. 173.

²⁵³ Mann, F.A., op. cit., p. 241.

que deba hacerse el pago un régimen de control de cambios o cuando el banco del beneficiario esté obligado por ley a hacer la conversión.

Cabe mencionar que, en nuestro país, ninguna de estas circunstancias existe hoy en día, pues el Decreto de Control de Cambios fue abrogado el 10 de noviembre de 1991, al paso que el párrafo tercero del artículo 8 de la Ley Monetaria vigente, establece la obligación a cargo del Banco de México y las instituciones de crédito, de cumplir con los pagos en moneda extranjera originados en transferencias de fondos desde el exterior, entregando precisamente la moneda objeto de dicha transferencia. De manera por demás absurda, si se permitiera a otro tipo de empresas participar en el negocio de las transferencias de crédito, esta excepción no les sería aplicable, por lo que tendrían que hacer el pago en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en la fecha del pago.

Finalmente, por lo que se refiere a los otros dos elementos esenciales de las órdenes de pago, a saber: el beneficiario y el banco del beneficiario, bástenos con decir que, en ambos casos y con mayor rigor técnico, la Ley Modelo entiende por concordancia la identidad entre los datos establecidos en la orden de pago del expedidor y la orden de pago emitida por el banco receptor en ejecución de la primera.

Es decir, cualquier discrepancia en este sentido entre la orden de pago emitida por el banco receptor y la orden de pago del expedidor, será considerada como ejecución incorrecta y podrá dar lugar a la responsabilidad del banco receptor.

Lo mismo sucede en relación con la designación de un banco intermediario o de un sistema de transferencia de fondos en la orden del expedidor, designación que en principio el banco receptor está obligado a respetar en sus términos. Sin embargo, puede suceder que el expedidor no haya designado ni banco intermediario ni sistema de transferencia de fondos. En este caso, se entiende que el banco receptor puede decidir unilateralmente qué banco intermediario o sistema de transferencia de fondos debe utilizar, siempre y cuando su determinación permita el procesamiento apropiado de la transferencia de crédito.

En relación con el medio o modo en que deba transmitirse la orden de pago, la Ley Modelo no establece nada expresamente.

En este sentido, vale la pena recordar que el párrafo 6 del artículo 7 del proyecto de la Ley Modelo analizado por la Comisión en su primer período de sesiones, sí hacía referencia al medio de transmisión de la orden de pago, junto con la determinación de los otros dos elementos accesorios de la orden de pago, y facultaba al banco receptor para no atender las instrucciones del iniciador en

relación con alguno de estos elementos, cuando el banco receptor determinara, de buena fé, que el atenerse a dichas instrucciones provocaría retrasos o gastos excesivos en la ejecución de la transferencia de crédito.

En esa misma sesión y a instancia de la delegación de los Estados Unidos, se tomó la decisión de que "el banco receptor no debería poder desviarse unilateralmente de las instrucciones que figuraran en la orden de pago"²³⁴ en relación con el banco intermediario y el sistema de transferencias de fondos designado por el expedidor. Sin embargo, si se aceptó que el banco receptor debería estar facultado para "modificar unilateralmente el medio de transmisión de la orden de pago si, por ejemplo, la finalidad de ese cambio era permitir la ejecución puntual de la orden de pago."

Con el propósito de instrumentar en debida forma esta decisión, la Comisión optó no por expresarlo de esa manera en el texto de la Ley Modelo (como hubiera aconsejado una buena técnica jurídica), sino que simplemente eliminó toda referencia a los medios de transmisión. Ahora, en caso de conflicto, el intérprete tendrá que recurrir a los documentos preparatorios de la Ley Modelo, para poder conocer la intención del redactor de la Ley Modelo, intención que no fue debidamente expresada en dicho texto legal.

b) Obligación de consultar al expedidor

Una segunda obligación a cargo del banco receptor, que al igual que la obligación de ejecutar surge sólo como consecuencia de la aceptación de la orden de pago del expedidor, consiste en consultar a este último en aquellos casos en que el banco receptor "determine que no es posible atenerse a la instrucción del expedidor que señale que deba utilizarse un banco intermediario o un sistema de transferencias de fondos determinado para realizar la transferencia de crédito o que, de atenerse a esa instrucción, se provocaría un retraso o gastos excesivos en la ejecución de la transferencia de crédito."²³⁵

Esta obligación a cargo del banco receptor debe cumplirse antes del final del período de ejecución, es decir, antes del cierre de actividades del día bancario siguiente al de la recepción de la orden de pago.

Si el banco receptor cumple en tiempo esta obligación, se considerará que ha ejecutado correctamente la orden de pago.

El objeto de la consulta al expedidor consiste en que éste le indique al banco receptor qué otras medidas debe tomar.

²³⁴ A/46/17, párrafo 172.

²³⁵ Párrafo 3 del artículo 8 de la Ley Modelo.

Como ya mencionamos con anterioridad, el párrafo 6 del artículo 7 del proyecto de Ley Modelo que analizó la Comisión en su primer período de sesiones, establecía una solución totalmente diferente, pues facultaba al banco receptor para no atenerse a las instrucciones del expedidor, cuando dicho banco hubiere determinado, actuando de buena fé, que de atenerse a dichas instrucciones se ocasionaría un retraso o gastos excesivos en la ejecución de la transferencia de crédito.

En ese período de sesiones, la Comisión decidió que "la Ley Modelo no debería permitir que el banco receptor hiciera caso omiso de las instrucciones de un expedidor, especialmente en lo relativo a la utilización de un banco intermediario designado."²⁵⁶

La decisión se justificó diciendo que, en aquellos casos en que el expedidor hubiera designado un banco intermediario, probablemente el banco del beneficiario estaría esperando el arribo de los fondos por ese conducto y podría incluso girar contra su cuenta en ese banco intermediario designado, aún antes de haber recibido los fondos, asumiendo que los fondos serían depositados en esa cuenta, lo que podría dar lugar a sobregiros y otras consecuencias negativas.²⁵⁷

La influencia de los Estados Unidos es evidente en este cambio. En un documento intitulado "*Continuing Concerns of the United States regarding the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers*," fechado el 29 de abril de 1991 (unos meses antes de la primera sesión de la Comisión) y distribuido entre todos los miembros de la Comisión, la delegación de los Estados Unidos señalaba que "un banco receptor no debería estar facultado a desatender unilateralmente las instrucciones relativas a la designación de un banco intermediario."

En este sentido, el régimen previsto por el Artículo 4A-302, obliga al banco receptor a emitir la orden de pago a través del banco intermediario designado por el expedidor, sin que esté facultado para cambiar unilateralmente esa designación. Además, si la orden de pago señala que la transferencia debe procesarse vía telefónica o por cable, el banco receptor "está obligado a transmitir la orden de pago por el medio más expedito." Finalmente, el Artículo 4A-302, faculta al banco receptor para no seguir las instrucciones del expedidor en relación con un sistema de transferencia de fondos cuando, actuando de buena fé, determine que no es posible seguir dichas instrucciones o que ello resultaría en demoras indebidas de la transferencia de crédito. En este caso, a diferencia de la Ley Modelo, el Artículo 4A no exige que el banco receptor consulte previamente con su expedidor.

²⁵⁶ A/48/17, párrafo 171.

²⁵⁷ Véase el Comentario Oficial del Artículo 4A-302, del cual parece haber sido tomada prestada, literalmente, esta justificación.

c) Obligación de prestar asistencia

El Artículo 13 de la Ley Modelo, bautizado por los representantes de los Estados Unidos como la disposición del "buen samaritano", obliga a cada banco receptor a prestar asistencia al iniciador y a cada banco expedidor subsiguiente, así como a tratar de obtener la asistencia del siguiente banco receptor, para completar los trámites bancarios de la transferencia de crédito.

Esta es la tercera obligación del banco expedidor que surge de la aceptación de la orden de pago. Sin embargo, a diferencia de las dos anteriores, esta obligación no se extingue con la correcta ejecución de la orden de pago por parte del banco receptor, toda vez que su vigencia termina hasta que se haya completado la transferencia de crédito.

Esta disposición, al igual que las relativas a la obligación del banco receptor de notificar al expedidor de ciertas inconsistencias en la orden de pago, tenían como propósito fundamental el promover la elevación de los estándares de operación del sistema bancario internacional, en el procesamiento de transferencias de crédito.

Desde un inicio, la delegación de los Estados Unidos se opuso terminantemente a la inclusión de esta disposición en la Ley Modelo.

En un documento preparado por esa delegación y sometido a la consideración del Grupo de Trabajo en su último período de sesiones, se señalaba lo siguiente: "nadie se opone al concepto del "buen samaritano," del que presta asistencia a quien la necesita. Pero establecerlo en un ordenamiento legal no es correcto. La ley mercantil debe ser cierta y clara, y no hay ninguna claridad ni certidumbre en este deber de asistencia."

Además, se criticaba la disposición en términos del impacto negativo que tendría sobre la estructura de costos de los participantes en el mercado de las transferencias de crédito, mismo que no podía ser siquiera estimado en virtud de que los alcances de la disposición no estaban bien determinados.

La disposición fue tachada de vaga e impráctica, pues no se establecía con precisión en qué debía consistir la asistencia.

Patrikis, Baxter y Bhala²⁵⁸ consideran que la disposición es inapropiada y que no debió haberse incluido en la Ley Modelo, debido entre otras, a las siguientes razones: el deber de prestar asistencia debe dejarse a la discreción de los participantes en el mercado, y no imponerse en una ley, sobre todo si se considera que en la mayoría de los casos esa asistencia constituye una práctica comercial generalmente aceptada; debido a la poca claridad del precepto, el

²⁵⁸ Op. cit., p.298.

contenido del deber de asistencia podría ser interpretado en forma inconsistente; y , por último, la disposición genera ineficiencias al no distinguir entre el banco que ejecutó correctamente la orden de pago y el banco responsable del error, pues impone sobre ambos la misma obligación.

Finalmente, en lo que puede verse como una salida política al problema, la Comisión decidió mantener en la Ley Modelo la obligación que nos ocupa, pero limitándola a los trámites bancarios de la transferencia, y sin establecer sanción alguna para el caso de incumplimiento. Trátase, pues, de lo que una parte de la doctrina denomina una "norma jurídica imperfecta". Aunque, analizado a la luz de las ideas de juristas como Austin, Bentham o Kelsen, este deber de prestar asistencia no podría ser considerado como un verdadero deber jurídico, toda vez que la norma jurídica no enlaza consecuencia jurídica alguna al incumplimiento de dicho deber.

Como medida protectora de los intereses del iniciador en una transferencia Internacional de crédito, que puede enfrentar serias dificultades si algo resulta mal con la transferencia en cuestión y no recibe la asistencia mínima razonable de los bancos receptores involucrados en la misma; y como codificación de una supuesta práctica bancaria reconocida Internacionalmente, la inclusión de esta disposición en la Ley Modelo nos parece apropiada.

Esta parece ser la opinión dominante entre los abogados bancarios norteamericanos, quienes en palabras de Felsenfeld, no están "muy preocupados con el deber de asistencia en general, principalmente porque los bancos actualmente asumen esa responsabilidad, esté o no codificada."

Sin embargo, en la medida que dicha disposición trata de modificar la práctica bancaria existente (recuérdese que esta práctica consiste en que cada banco receptor asiste a su expedidor pero no a otras partes en la transferencia con las que no tiene ningún contacto), nos parece que la misma puede encontrar una fuerte oposición entre las instituciones bancarias debido, principalmente, a las repercusiones que dicho deber podría tener sobre sus costos.

Finalmente, por lo que se refiere a la ausencia de sanción en caso de incumplimiento, consideramos que habría sido mejor, tanto desde un punto de vista jurídico como económico, que se hubiera tratado de precisar con cierto detalle las actividades que quedarían incluidas dentro de este deber de prestar asistencia, hecho lo cual, habría podido enlazarse con mayor facilidad una sanción justa al incumplimiento del mismo.

En nuestra opinión, tal como está redactado, el deber de prestar asistencia no constituye un verdadero deber jurídico sino apenas una recomendación de la conducta a seguir en ciertos casos.

Como bien imagina el lector, el Artículo 4A no contiene disposición que se parezca en modo alguno a este Artículo 13 de la Ley Modelo.

d) Obligaciones de dar aviso al expedidor

Cuando un banco receptor reciba una instrucción de cuyo contenido se deduzca que ha sido enviada como orden de pago, pero no contenga datos suficientes para constituir una orden de pago o, pese a constituir una orden de pago, los datos que contenga no sean suficientes para ejecutarla, deberá avisar al expedidor de esa insuficiencia, siempre que se pueda identificar al expedidor.²⁵⁹

Asimismo, cuando un banco receptor descubra que existe alguna incoherencia en la información relativa a la cuantía de dinero que ha de transferirse, deberá avisar al expedidor de esa incoherencia, si es posible identificar al expedidor.²⁶⁰

En ambos casos, la obligación a cargo del banco receptor no surge con la aceptación de la orden de pago, sino con la simple recepción de la misma.

Dicha obligación debe cumplirse dentro del plazo establecido en el párrafo 4 del artículo 11, es decir, a más tardar el día bancario siguiente al final del período de ejecución.

En ambos casos, la responsabilidad por incumplimiento es la misma: el banco receptor deberá pagar intereses al expedidor por el importe de cualquier pago que haya recibido del expedidor, durante el período que retenga el pago.²⁶¹

Estas dos obligaciones también fueron severamente criticadas por la delegación de los Estados Unidos, por considerarlas costosas e imprácticas.

Sin embargo, ambas disposiciones dejaron de preocupar en demasía a los Estados Unidos, una vez que la responsabilidad por incumplimiento se limitó al pago de intereses sobre las cantidades efectivamente pagadas por el expedidor.

La inclusión en la Ley Modelo de la obligación de avisar que una instrucción recibida por el banco receptor no constituye una orden de pago, nos parece del todo desafortunada. Si la Ley Modelo regula transferencias internacionales de crédito, transferencias que se integran por órdenes de pago precisamente y no por instrucciones de otro tipo, cabría preguntarse cómo es que la misma atribuye consecuencias jurídicas al sólo hecho de que el banco receptor

²⁵⁹ Párrafo 4 del artículo 8 de la Ley Modelo.

²⁶⁰ Párrafo 5 del artículo 8 de la Ley Modelo.

²⁶¹ Párrafo 4 del artículo 17 de la Ley Modelo.

reciba una instrucción que no constituye una orden de pago. Y no sólo eso, sino que impone además al banco receptor la obligación de analizar el contenido de dicha instrucción para tratar de deducir si su expedidor intentó enviarla como orden de pago o como otra cosa cualquiera.

"La disposición puede entorpecer el proceso normal de órdenes de pago e incrementar el costo de dicho proceso, sin que tenga impacto alguno en la seguridad del sistema de transferencias de fondos."²⁶²

Consideramos que el mismo comentario podría válidamente aplicarse a la disposición por virtud de la cual el banco receptor debe avisar al expedidor que su orden de pago no contiene datos suficientes para ejecutarla. En este sentido, consideramos que una orden de pago puede ejecutarse en todos aquellos casos en que se incluyan, por lo menos, los datos relativos al monto, el beneficiario y el banco del beneficiario; mientras que si falta alguno de estos datos, la instrucción no constituirá una orden de pago.

El deber de avisar al expedidor acerca de alguna posible incoherencia en la información relativa a la cuantía de dinero que ha de transferirse, plantea una problemática especial, que analizaremos a continuación.

Por principio de cuentas, vale la pena aclarar que esta posible incoherencia a la que se refiere la Ley Modelo no es otra sino la posible discrepancia entre el monto de la orden de pago escrito en palabras y el monto de dicha orden de pago escrito en cifras.

La regla general aplicable a los títulos de crédito en esta materia, consiste en que cuando se presente este tipo de discrepancia, el título valdrá por el importe del mismo que estuviere escrito en palabras. Esta es, al menos, la regla general establecida en el artículo 16 de nuestra LGTOC.

Sin embargo, es bien sabido que los modernos sistemas de transferencias de fondos de alta velocidad, generalmente ejecutan las órdenes de pago que reciben tomando como única referencia los caracteres numéricos incluidos en las mismas. Por tal motivo, se sugirió que la Ley Modelo permitiera a los bancos en un sistema de alta velocidad, ejecutar las órdenes de pago basándose exclusivamente en las cifras y no en las palabras.

La propuesta no fue aprobada y se mantuvo la obligación del banco de avisar de cualquier inconsistencia en este sentido, aunque se aceptó que esta obligación "se daría únicamente si el banco hubiera detectado la discrepancia, pero sin imponer al banco ninguna obligación de que efectuara indagaciones expresas para detectar esa discrepancia."²⁶³

²⁶² Patrikis, Baxter y Bhala, op. cit., p.292.

²⁶³ A/46/17, párrafo 166.

El resultado es que, bajo la Ley Modelo, los bancos pueden ejecutar una orden de pago, tomando como referencia, indistintamente, el importe escrito en palabras o el importe escrito en cifras, mientras no se detecte alguna inconsistencia entre ambas. Si bien aparentemente el esquema ofrece las bondades de la flexibilidad, en la práctica su aplicación puede promover la desunificación en esta materia.

Sin embargo, como bien señalan Patrikis, Baxter y Bhala, en la práctica las diferencias entre la Ley Modelo y el Artículo 4A en este sentido pueden llegar a ser mínimas, toda vez que la gran mayoría de las órdenes de pago señala el importe en caracteres numéricos exclusivamente.

6. Obligaciones del banco del beneficiario

a) Obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario

El banco del beneficiario que ha aceptado una orden de pago está obligado a "poner los fondos a disposición del beneficiario o a dar a la suma acreditada algún otro destino con arreglo a lo prescrito en la orden de pago y en la ley que rija la relación existente entre el banco y el beneficiario."²⁶⁴

Esta es la obligación fundamental a cargo del banco del beneficiario y podría decirse que es el equivalente de la obligación de ejecutar que tiene todo banco receptor que ha aceptado una orden de pago.

La obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario, al igual que la obligación del banco receptor de ejecutar la orden de pago del expedidor, surge sólo con motivo de la aceptación de la orden de pago.

En lo que consideramos un muy lamentable error, la Ley Modelo se limita a establecer la obligación mencionada anteriormente, pero sin señalar el modo y el plazo en que deba cumplirse, ni establecer la responsabilidad a cargo del banco del beneficiario en caso de incumplimiento, limitándose a remitir a lo dispuesto en la orden de pago y la ley aplicable a la relación del beneficiario con su banco.²⁶⁵

En efecto, según lo dispuesto por el párrafo 6 del artículo 17 de la Ley Modelo, "el banco del beneficiario estará obligado ante el beneficiario en la medida prevista por el régimen aplicable a la relación entre el beneficiario y el banco, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones previstas en los párrafos 1 (obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario) ó 5

²⁶⁴ Párrafo 1 del artículo 10 de la Ley Modelo.

²⁶⁵ Vid supra, p. 60, para una discusión más amplia del tema.

(obligación de avisar al beneficiario que no tenga cuenta con el banco del beneficiario) del artículo 10."

Lo que el redactor de la Ley Modelo parece haber olvidado en este sentido es que este régimen jurídico aplicable, en relación particular con las transferencias de crédito, es prácticamente inexistente en la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional y que, a falta de un régimen especial, podrían resultar aplicables las normas del derecho común. Las consecuencias negativas que podrían derivar de esta aplicación forzada de las normas del derecho común, con referencia al derecho mexicano, han sido estudiadas con anterioridad.²⁶⁶

Es verdad que las notables diferencias entre las normas de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales que se ocupan de regular la relación del beneficiario con su banco (pero ciertamente no la relación derivada del procesamiento de transferencias internacionales de crédito sino, principalmente, la derivada del depósito de dinero en cuenta de cheques), hacían prácticamente imposible el pretender regular esa relación en forma integral y uniforme dentro de la Ley Modelo.

Por esa razón, se decidió que la transferencia de crédito se consideraría concluida en el momento en que el banco del beneficiario aceptara la orden de pago en beneficio de este último, momento que, además, marcaba el surgimiento de la obligación fundamental a cargo del banco del beneficiario.²⁶⁷

Habiendo establecido este principio, el redactor de la Ley Modelo consideró que ningún acto que debiera realizarse con posterioridad a la aceptación de la orden de pago por parte del banco del beneficiario, debería quedar incluido dentro del ámbito de aplicación material de la Ley Modelo.

Sin embargo, el argumento carece de un soporte técnico medianamente sólido. Es verdad que la Ley Modelo regula transferencias internacionales de crédito y que éstas concluyen con la aceptación de la orden de pago por el banco del beneficiario. No obstante lo anterior, resulta que que la obligación del banco del beneficiario de poner los fondos a disposición del beneficiario no nace en un momento posterior a la aceptación de la orden de pago, sino precisamente en forma simultánea a dicha aceptación. Que los efectos de esa obligación se prolonguen en el tiempo más allá del momento de la aceptación es algo que, en principio, no debió haberse tomado en cuenta. Lo menos que podía haberse hecho en protección de los intereses del beneficiario, era establecer la forma y los plazos dentro de los cuales la obligación del banco del beneficiario debía ser cumplida.

²⁶⁶ Vid supra, p. 63.

²⁶⁷ Párrafo 1 del artículo 19 de la Ley Modelo.

Con mucha mejor técnica jurídica, a nuestro entender, el inciso a) del Artículo 4A-404 establece que, si un banco del beneficiario acepta una orden de pago está obligado a pagar el monto de la orden de pago al beneficiario. El banco debe cumplir su obligación precisamente en la fecha de pago establecida en la orden, a menos que la aceptación hubiere ocurrido en una fecha posterior a la fecha de pago, en cuyo caso debe cumplir su obligación el día bancario siguiente.

Las formas en que el banco del beneficiario puede pagar al beneficiario están reguladas en detalle en el Artículo 4A-405.

Además, el propio Artículo 4A-404 establece la responsabilidad que puede derivar para el banco del beneficiario que se niegue a pagar después de haber sido requerido por el beneficiario y de haber recibido noticia de circunstancias particulares que podrían ocasionarle daños o perjuicios. En este caso, que constituye por cierto una rara excepción al principio de la limitación de la responsabilidad de los bancos en el Artículo 4A, dicha ley faculta al beneficiario para exigir el pago de daños y perjuicios adicionales ("*consequential damages*").

Cabe mencionar que, al igual que la Ley Modelo, las transferencias de fondos reguladas por el Artículo 4A concluyen con la aceptación de la orden de pago por parte del banco del beneficiario. Lo anterior no obstó para que el redactor del Artículo 4A se ocupara de regular, al menos en sus aspectos fundamentales, la obligación a cargo del banco del beneficiario de pagar al beneficiario.

De conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del numeral 3.3 de la Circular 2022/95 del Banco de México, la institución participante en el Speua que reciba una orden de pago, deberá acreditar su importe en la cuenta del beneficiario, dentro de los treinta minutos siguientes a su recepción.

b) Obligación de prestar asistencia

La obligación de todo banco receptor de prestar asistencia a su expedidor y al iniciador de la orden de pago se hace extensiva también al banco del beneficiario.

c) Obligaciones de dar aviso al expedidor

Al igual que todo banco receptor, el banco del beneficiario está obligado a dar aviso a su expedidor, acerca de la insuficiencia de datos en la orden de pago

recibida,²⁶⁸ así como de las posibles discrepancias en la información relativa a la cuantía de dinero que ha de transferirse.²⁶⁹

Pero, además, el banco del beneficiario tiene una obligación adicional, exclusiva del banco del beneficiario por razones obvias, consistente en informar a su expedidor "cuando el banco descubra que existe alguna contradicción en la información que tiene por objeto identificar al beneficiario."²⁷⁰

Trátase aquí del problema relativo a las discrepancias existentes entre la información escrita en caracteres alfabéticos y la información escrita en caracteres numéricos (principalmente el número de cuenta) que pretende identificar al beneficiario.

Como hemos visto, este tema fue motivo de varios litigios ante tribunales norteamericanos, antes de la promulgación del Artículo 4A y, desafortunadamente, la solución no siempre fue la misma en todos los casos.

Aun cuando la Ley Modelo no lo establece clara y expresamente, pensamos que puede válidamente afirmarse que no existe obligación alguna a cargo del banco del beneficiario consistente en descubrir las posibles discrepancias en la orden de pago. Dicho con otras palabras, parece ser que, al amparo de la Ley Modelo el banco del beneficiario puede actuar, indistintamente, con base en los números o las palabras, mientras no descubra inconsistencias entre las mismas. Pero si por cualquier motivo llegara a descubrir tales discrepancias, entonces sí estará obligado a dar aviso a su expedidor.

Este aviso debe darlo, a más tardar, el día bancario siguiente al final del período de ejecución.

Como en este caso la obligación se establece en favor del expedidor y no del beneficiario, el párrafo 5 del artículo 17 de la Ley Modelo sí establece la responsabilidad por incumplimiento, a saber: el banco del beneficiario deberá pagar intereses al expedidor por cualquier monto que hubiere recibido del expedidor, desde la fecha del pago hasta el día en que se dé el aviso requerido.

En realidad, el alcance de la disposición va mucho más allá de la simple imposición de un deber de avisar al expedidor. La disposición permite, al mismo tiempo, determinar qué parte debe soportar la pérdida de los fondos transferidos cuando, como consecuencia de una discrepancia entre la información alfabética y la información numérica, el banco del beneficiario hubiere hecho el pago a una persona distinta del beneficiario. Sin embargo, de este problema habremos de ocuparnos más adelante.

²⁶⁸ Párrafo 2 del artículo 10 de la Ley Modelo.

²⁶⁹ Párrafo 3 del artículo 10 de la Ley Modelo.

²⁷⁰ Párrafo 4 del artículo 10 de la Ley Modelo.

d) Obligación de avisar al beneficiario

En virtud de la aceptación de una orden de pago, y a menos que en ésta se disponga otra cosa, el banco del beneficiario debe avisar al beneficiario que no tenga cuenta con dicho banco, que tiene fondos a su disposición. Lo anterior, siempre y cuando el banco cuente con la información suficiente para dar ese aviso.

A diferencia de la obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario, el redactor de la Ley Modelo sí se ocupó de establecer el plazo dentro del cual el banco del beneficiario debe dar el aviso que nos ocupa, a saber: a más tardar el día bancario siguiente al de la recepción de la orden de pago.

La Ley Modelo tampoco establece la forma en que deba darse este aviso, ni los medios de comunicación que deban utilizarse.

En realidad, las transferencias cuyo beneficiario no sea cuentahabiente del banco del beneficiario deben considerarse como una práctica casi inexistente en el mercado de las transferencias de fondos de alta velocidad, bajo costo y montos elevados, razón por la cual no nos ocuparemos mayormente de ellas.

Por su parte, el Artículo 4A tampoco prohíbe esta práctica.

Cabe aclarar, sin embargo, que como medida preventiva en relación con el ilícito comúnmente denominado "lavado de dinero", sería conveniente prohibir a los bancos pagar el importe de órdenes de pago cuyo beneficiario no mantenga por lo menos una cuenta con dicho banco.

Esta es la solución prevista por el numeral 3.3 de la Circular, pues exige que el pago se haga mediante abono en la cuenta que la institución receptora (i.e., el banco del beneficiario, para estos efectos) le lleve al beneficiario.

7. Revocación de órdenes de pago

a) La regla general

En principio, las órdenes de pago que integran una transferencia internacional de crédito regulada por la Ley Modelo, no están sujetas a revocación por parte de su expedidor; es decir, en principio, dichas órdenes de pago son irrevocables.

Este principio general, establecido en el artículo 12 de la Ley Modelo, resulta acorde con la forma en que normalmente son procesadas estas órdenes de pago a través de sistemas de transferencias de fondos, capaces de ejecutar las órdenes de pago recibidas en cuestión de segundos, tales como el SPEUA, por ejemplo.

b) Las excepciones

La regla general antes mencionada tiene las siguientes excepciones:

1. Un expedidor puede revocar su orden de pago, siempre y cuando la orden de revocación sea recibida por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, "en condiciones y con tiempo suficiente para que ese banco disponga de un margen razonable para darle curso antes del último de los dos momentos siguientes: el momento real de la ejecución o el comienzo del día en que la orden debería haber sido ejecutada."²⁷¹

2. Asimismo, un expedidor puede revocar su orden de pago, siempre y cuando la orden de revocación sea recibida por el banco del beneficiario, "en condiciones y con tiempo suficiente para que ese banco disponga de un margen razonable para darle curso antes del último de los dos momentos siguientes: el momento en que se completa la transferencia de crédito o el comienzo del día en que los fondos deben ponerse a disposición del beneficiario."²⁷²

Un expedidor y su banco receptor pueden válidamente pactar que las órdenes de pago emitidas por dicho expedidor no puedan ser revocadas ni siquiera en los dos casos de excepción arriba señalados.

Asimismo (aunque la Ley Modelo no lo señala expresamente), consideramos que el expedidor y su banco receptor pueden válidamente convenir en que las órdenes de pago emitidas por dicho expedidor, puedan ser revocadas aun cuando la orden de revocación respectiva hubiere sido recibida por el banco receptor, con posterioridad a los momentos señalados en los numerales 1 y 2 anteriores.

Es importante señalar que, por una parte, el derecho de un expedidor a revocar una orden de pago se limita única y exclusivamente a su propia orden de pago y no a la transferencia de crédito propiamente dicha. Es decir, en caso de que la orden de pago del expedidor hubiere sido ejecutada por el banco receptor, dicho expedidor no estaría facultado para revocar la orden de pago emitida por su banco receptor. Es más, ni siquiera estaría facultado para exigir a su banco receptor que emitiera una orden revocando su propia orden de pago, aunque el

²⁷¹ Párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo.

²⁷² Párrafo 2 del artículo 12 de la Ley Modelo.

banco receptor, *motu proprio*, puede cooperar con el expedidor en este sentido, cuando lo considere conveniente.

c) Las consecuencias

La revocación de una orden de pago libera al expedidor de su obligación de pagar a su banco receptor el importe de la orden de pago válidamente revocada. En caso de que con anterioridad a la revocación de su orden de pago el expedidor hubiera pagado al banco receptor el importe de la misma, el expedidor está facultado para exigir el reembolso de cualquier cantidad que hubiere pagado al banco receptor.

Si a pesar de haberse revocado válidamente una orden de pago, la transferencia de crédito se completa, tanto el banco del beneficiario como los demás bancos receptores estarán obligados a reembolsar a su expedidor cualquier pago que hubieren recibido de éste.

Cualquier expedidor que no sea el iniciador de la transferencia y que hubiere sido reembolsado por su banco receptor, deberá a su vez reembolsar a su expedidor.

Como una medida protectora de los intereses del iniciador y para asegurar que los fondos que deban ser reembolsados efectivamente lleguen hasta el iniciador, la Ley Modelo faculta al iniciador para obtener ese reembolso directamente de cualquier banco intermediario (y no sólo de su banco receptor) que no hubiere previamente reembolsado a su expedidor.

Además, la Ley Modelo faculta a cualquier banco que deba reembolsar a su expedidor, para reembolsar directamente al iniciador de la transferencia, con lo cual su obligación se extingue.

La finalidad primordial de estas disposiciones es evitar que los fondos pudieran no llegar hasta el iniciador cuando alguno de los bancos intermediarios a través de los cuales deban pasar esos fondos, hubiere sido declarado en quiebra o suspensión de pagos.

En virtud de que estas disposiciones podrían resultar contrarias a las reglas de los sistemas de transferencias de fondos, la Ley Modelo expresamente prevé que no se aplicarán a un banco si ello afecta sus derechos u obligaciones conforme a un acuerdo o a una regla de un sistema de transferencias de fondos.

Desafortunadamente, la Ley Modelo no aclara que estos acuerdos son sólo acuerdos para la compensación y liquidación de saldos netos entre bancos, ni se ocupa de definir lo que debe entenderse por sistemas de transferencias de

fondos, por lo que, ante un eventual conflicto, el alcance de la disposición tendrá que ser determinado en cada caso concreto por el juez del foro.

8. Ejecución incorrecta de órdenes de pago

a) Error en el monto de la orden de pago

Como vimos con anterioridad, el banco receptor que acepta una orden de pago está obligado a ejecutarla, lo que significa que debe emitir, dentro de los plazos previstos en la Ley Modelo, una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago recibida. Vimos también que, por lo que se refiere al monto de la orden de pago, se considera que el banco receptor la ha ejecutado correctamente, si el monto de la orden de pago emitida por dicho banco receptor era idéntico al monto de la orden de pago del expedidor, pudiendo en todo caso el banco receptor deducir de dicho monto el importe de sus comisiones, sin que por ello se considere que el banco receptor ha dejado de cumplir con su obligación de ejecutar correctamente.

Sin embargo, en la práctica puede suceder que, habiendo recibido una orden de pago por 100 pesos, el banco receptor la ejecute erróneamente emitiendo una orden por un monto menor (10 pesos, por ejemplo) o por un monto mayor (1,000 pesos, por ejemplo).

En el primer caso, es decir, cuando el monto de la orden de pago emitida por el banco receptor es inferior al monto de la orden de pago recibida, por razones diferentes de la simple deducción de sus comisiones, dicho banco receptor está obligado a emitir una orden de pago por la diferencia.²⁷³

Recordemos que el banco receptor no está obligado a descubrir las discrepancias que pudieran existir entre el monto de la orden de pago escrito en caracteres alfabéticos y el monto escrito en caracteres numéricos y que ejecuta correctamente la orden de pago cuando actúa con base en cualquiera de dichos montos sin haberse percatado de la discrepancia, situación que en su momento criticamos por promover la diversidad en una materia que lo que requiere precisamente es uniformidad.

Pero volvamos al asunto de la ejecución por un monto menor. El primer problema que se presenta en relación con el mismo es que, según el párrafo 5 del artículo 5 de la Ley Modelo, el expedidor está obligado por su orden de pago en los términos en que ésta hubiere sido recibida por el banco receptor.

Es decir, si la orden de pago del expedidor, en los términos en que fue recibida por el banco receptor, mandaba pagar 100 pesos, en principio el

²⁷³ Artículo 15 de la Ley Modelo.

expedidor está obligado a pagar 100 pesos al banco receptor, a pesar de que éste la hubiere ejecutado erróneamente por un monto de 10 pesos, por ejemplo.

Es cierto que en este caso el banco receptor está obligado a emitir una nueva orden de pago por la diferencia (90 pesos, en nuestro ejemplo) y que es responsable del retraso que sufra la transferencia por su culpa.

En estos términos, la solución no nos parece la más adecuada. Es muy probable que, en un primer momento, el interés casi exclusivo del expedidor consista en emitir una nueva orden de pago a través de algún otro banco (más eficiente que el originalmente seleccionado), con el propósito de que los fondos lleguen al beneficiario a tiempo, evitando así caer en incumplimiento respecto de la obligación subyacente. Sin embargo, parece que de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo, el expedidor continúa vinculado con su banco receptor y que lo mejor que puede hacer es presionar a este último para que emita la nueva orden de pago por la diferencia. ¿Y si el banco receptor no emite dicha orden de pago a pesar de todo? La Ley Modelo no se ocupó del asunto.

Consideramos que la solución a este problema en el Artículo 4A es mucho más apropiada. En efecto, el inciso b) del Artículo 4A-303 no establece obligación alguna a cargo del banco receptor consistente en emitir una nueva orden de pago por la diferencia, pero señala expresamente que si el error no es corregido *motu proprio* por el banco, éste sólo estará facultado para recibir o retener, según sea el caso, el importe de la orden de pago erróneamente emitida.

Así, el Artículo 4A deja en libertad al banco receptor para subsanar *motu proprio* su error (lo que seguramente sucederá en la mayoría de los casos), al tiempo que deja también en libertad al expedidor para buscar inmediatamente otro banco receptor que pueda ejecutar correctamente su orden de pago.

El problema que se presenta cuando el banco receptor ejecuta la orden de pago por un monto mayor al establecido en dicha orden, es diferente.

En este caso, de haberse completado la transferencia, el beneficiario habrá recibido fondos en exceso de los que originalmente debía recibir.

El riesgo de pérdida de ese excedente corre a cargo del banco receptor que ejecutó erróneamente la orden de pago, quien en todo caso estaría facultado para exigir del beneficiario la restitución del pago indebido.

En este caso, el expedidor sólo está obligado a pagar el importe de su orden de pago, en los términos en que ésta hubiere sido recibida por el banco receptor.

b) Error en la persona del beneficiario

Si el banco del beneficiario acepta una orden de pago en beneficio de una persona que no sea el beneficiario designado en la orden de pago correspondiente, la transferencia de crédito no se complete y el iniciador está facultado para obtener del banco del iniciador el reembolso de cualquier pago recibido por dicho banco, quedando facultado éste y cualquier banco expedidor subsiguiente para exigir de su banco receptor el reembolso de lo que cada uno hubiere pagado.

Recordemos que el banco del beneficiario no está obligado a descubrir las discrepancias que puedan existir entre la información escrita en caracteres alfabéticos y la información escrita en caracteres numéricos que identifica al beneficiario y que dicho banco del beneficiario "ejecuta" correctamente la orden de pago si realiza el pago en favor de la persona identificada con letras o números, indistintamente, siempre y cuando no se hubiere percatado de la discrepancia.

Si el banco del beneficiario paga a una persona que no sea el beneficiario, de conformidad con la información alfabética o numérica contenida en la orden de pago, sin darse cuenta de la discrepancia, el riesgo de pérdida de esos fondos corre por cuenta del expedidor, quien en todo caso podría reclamar de la persona que recibió los fondos, la restitución del pago indebidamente realizado.

Nos parece que a fin de promover la uniformidad en esta materia, la Ley Modelo debió haber facultado al banco del beneficiario a pagar a este último con base exclusivamente en el número de cuenta establecido en la orden de pago, a pesar de que el titular de esa cuenta y la persona identificada con letras en la orden de pago con el carácter de beneficiario, fueran distintas.

Esta es la solución del Artículo 4A-207, que expresamente establece que el banco del beneficiario no está obligado a determinar si el nombre y el número se refieren a la misma persona. Además, este ordenamiento legal dispone que cuando el iniciador no sea un banco, no estará obligado a pagar el importe de su orden de pago a menos que el banco del iniciador demuestre que antes de la aceptación de la orden de pago, el iniciador tenía conocimiento de que el banco del beneficiario podría pagar con base exclusivamente en el número de cuenta, aun cuando dicho número y el nombre incluido en la orden de pago designaran a personas distintas.

9. Responsabilidad

a) Breve digresión sobre el caso *Evra*.²⁷⁴

En junio de 1972, *Evra Corporation* ("Evra"), una corporación norteamericana con domicilio en Chicago, Illinois, dedicada a la comercialización de desechos metálicos, celebró un contrato de suministro a plazo de dos años, por virtud del cual se obligó a suministrar desechos de acero a una empresa brasileña. Al mismo tiempo, Evra celebró un contrato de fletamento (el "Contrato") sobre un barco (el "Pandora") en el cual transportaría la mercancía de los Estados Unidos a Brasil.

El plazo del Contrato era de un año, teniendo Evra la facultad de prorrogar unilateralmente dicho plazo por un período adicional de un año. El Contrato establecía una cantidad fija previamente determinada por concepto de flete, durante toda la vigencia del mismo (incluido el período opcional), que debía ser pagada quincenalmente, por adelantado, mediante depósito en la cuenta que el propietario del Pandora (el "Fletante") mantenía con el *Banque de Paris et des Pays-Bas* ("Paribas") en la ciudad de Ginebra, Suiza.

Al momento de la celebración del Contrato, los fletes estaban en un nivel sumamente bajo. Sin embargo, al poco tiempo, los precios del fletamento de embarcaciones comenzaron a repuntar significativamente, llegando en octubre de 1972 a un nivel considerablemente más elevado del que tenían en junio de ese año. En estas circunstancias, el Contrato resultaba del todo desfavorable para el Fletante, quien buscaba la manera de deshacer el Contrato por todos los medios lícitos a su alcance.

El Contrato incluía una cláusula facultando al Fletante para darlo por vencido anticipadamente en caso de no recibir puntualmente el pago quincenal del flete.

Normalmente, Evra realizaba el pago del flete en favor del Fletante de la siguiente manera: emitía telefónicamente una orden de pago al *Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago* ("Continental") por el importe del flete. Continental cargaba el importe de la orden de pago contra la cuenta de Evra y enviaba un télex a su oficina en Londres que a su vez era retransmitido a su corresponsal en Ginebra, *Swiss Bank Corporation* ("Swiss Bank"), solicitando a este último que depositara el monto de la orden de pago en la cuenta que Paribas le llevaba al Fletante.

El 25 de abril de 1973, Hyman-Michaels, principal accionista de Evra, llamó por teléfono a Continental y le solicitó transferir 27 mil dólares a la cuenta del

²⁷⁴ *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951 (7th. Cir. 1982).

Fletante en Paribas. El pago del flete por el período del 26 de abril al 11 de mayo de 1973, debía realizarse el 26 de abril de ese año.

El mismo 25 de abril por la tarde, Continental transmitió un télex a su oficina de Londres. Al día siguiente (26 de abril) el operador del télex en la oficina de Continental en Londres intentó retransmitir el télex recibido al número general del télex de Swiss Bank en Ginebra. Sin embargo, la línea permaneció ocupada por más de una hora, por lo que el operador de Continental decidió enviar el télex al número del departamento cambiario de Swiss Bank, a donde había transmitido órdenes de pago en ocasiones anteriores, cuando no había podido comunicarse con el número general.

El télex de Continental imprimió la confirmación de que el documento había sido recibido por Swiss Bank. Sin embargo, Swiss Bank no ejecutó la orden de pago y, en consecuencia, no se llevó a cabo el depósito en la cuenta del Fletante en Paribas.

Nunca pudo determinarse objetivamente qué fue lo que sucedió. Una posibilidad es que la máquina receptora no hubiera tenido papel y, la otra, que a pesar de haberse recibido físicamente el documento, el mismo no hubiera sido nunca entregado a su destinatario.

El 27 de abril Hyman-Michaels recibió un télex enviado por el Fletante, en el que éste hacía de su conocimiento que había dado por vencido el Contrato, toda vez que el pago del flete no había sido recibido.

Hyman-Michaels llamó a Continental para solicitarle que siguiera tratando de que el pago se realizara a través de Swiss Bank.

Swiss Bank trató en vano de encontrar el télex por lo que, finalmente, sugirió a Continental que volviera a transmitirle la orden de pago, lo que Continental hizo el 1 de Mayo de 1973.

Al día siguiente, Swiss Bank intentó depositar los 27 mil dólares, pero el pago fue rechazado.

La controversia fue sometida a arbitraje y el tribunal arbitral falló en contra de Evra, declarando rescindido el Contrato.

Evra se vió en la necesidad de volver a celebrar un nuevo contrato de fletamento sobre el Pandora, aunque en esta ocasión el flete era por una cantidad igual al doble del flete originalmente pactado.

Evra demandó a Swiss Bank ante un juez de distrito del Estado de Illinois,²⁷⁵ el pago de los gastos de arbitraje más el perjuicio (la ganancia lícita no obtenida por Evra en este caso) producto de la rescisión del Contrato.

Swiss Bank reconvino a Continental, solicitando al juez que, en caso de que llegara a fallarse en su contra, Continental debería indemnizarlo. Continental entonces demandó a Evra, con el propósito de recuperar cualquier cantidad que eventualmente tuviera que pagar en favor de Swiss Bank. Evra reconvino a Continental, alegando que éste había incumplido negligentemente su contrato con Evra al no haber ejecutado correctamente la orden de pago, por lo que debía responder del perjuicio junto con Swiss Bank.

El juez resolvió, en un primer momento, con base en la regla de la "relación más significativa," que la ley aplicable era la del Estado de Illinois y no la ley suiza, conforme a la cual Evra no tenía derecho a reclamar el pago de daños y perjuicios a Swiss Bank, toda vez que entre Evra y Swiss Bank no existía ningún tipo de relación contractual.

Acto seguido, el juez resolvió que, con arreglo a la ley de Illinois, Swiss Bank había actuado negligentemente y, en consecuencia, era responsable por el pago de 2.1 millones de dólares en favor de Evra.

La actitud negligente de Swiss Bank, en opinión del juez, había consistido en dejar que su máquina receptora de télex siguiera confirmando la recepción de mensajes que probablemente no podían imprimirse por falta de papel y por no contar con un sistema que le permitiera verificar que los télex recibidos en un departamento fueran entregados al departamento al que iban dirigidos.

Swiss Bank argumentó que el monto del perjuicio no podía haber sido previsto razonablemente, por lo que no debía condenársele al pago de éste. Sin embargo, el juez consideró que el solo hecho de que Evra hubiere transferido los fondos por cable ("*wire transfer*") y no por correo, era suficiente para alertar a Swiss Bank de la importancia de la transacción. Huelga decir que esta conclusión del juez norteamericano nos parece una verdadera exageración.

Asimismo, el juez resolvió que Swiss Bank no tenía derecho a ser indemnizado por Continental y que la demanda de Evra contra Continental debía desestimarse, toda vez que Continental no había incumplido obligación alguna a su cargo.

Swiss Bank apeló esta resolución y el asunto fue turnado a la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito.²⁷⁶

²⁷⁵ 522 F.Supp 820 (N.D., Ill. 1981).

²⁷⁶ 673 F.2d 951 (7th. Cir. 1982).

La corte no entró al fondo de la cuestión relativa a la ley aplicable, sino que simplemente asumió que la ley del Estado de Illinois era la aplicable. Asimismo, decidió que el Código de Comercio Uniforme (que aún no había incorporado el Artículo 4A) no era aplicable al caso controvertido, por lo que el mismo debía ser resuelto de conformidad con los principios del derecho común ("*common law principles*").

El principio más importante en materia de responsabilidad por daños ("*liability for consequential damages*") por incumplimiento de una obligación contractual de carácter comercial, se establece en el célebre caso inglés del siglo pasado, *Hadley v. Baxendale*²⁷⁷ que se enuncia de la siguiente manera:

"Cuando dos partes han celebrado un contrato que una de las partes ha dejado de cumplir, el monto de los daños que la otra parte debe recibir en relación con dicho incumplimiento debe ser aquel que corresponda a los daños que justa y razonablemente puedan considerarse que surgieron naturalmente, *i.e.*, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos derivados del incumplimiento en sí mismo, o aquellos que razonablemente pudiera suponerse que fueron contemplados por ambas partes, en la fecha de celebración del contrato, como resultado probable del incumplimiento."²⁷⁸

La regla que deriva de este caso es que no deberá condenarse al pago de daños y perjuicios a menos que el demandado hubiere tenido conocimiento de aquellas circunstancias especiales que podrían dar lugar a tales daños y perjuicios (teoría de la previsibilidad del daño).

El problema, como la misma resolución judicial señala, estribaba en que esta regla resulta aplicable únicamente dentro del ámbito de los contratos, y ciertamente no podía hablarse de una relación contractual entre Evra y Swiss Bank. No obstante lo anterior, la corte aplicó el principio a la solución de la controversia.

La Corte de Apelaciones anuló la sentencia del tribunal de primera instancia y resolvió que Evra no tenía derecho al pago de daños y perjuicios en contra de Swiss Bank. Entre otros, los argumentos de la resolución fueron que Swiss Bank no tenía suficiente información para inferir que si no ejecutaba una orden de pago por 27 mil dólares, podría ser condenado a pagar 2.1 millones de dólares por concepto de daños y perjuicios. "Las transferencias electrónicas de fondos no son tan poco comunes como para que en forma automática pongan a un banco sobre aviso de consecuencias extraordinarias si algo va mal con esa transferencia."²⁷⁹

²⁷⁷ 9 Ex. 341 (1854).

²⁷⁸ Citado por Effros, Robert. C., *op. cit.*, p. 528.

²⁷⁹ 673 F.2d, p. 956.

Además, la corte consideró que Hyman-Michaels no había actuado prudentemente al no haber intentado realizar el pago inmediatamente por otro conducto y que, siendo Evra una empresa sofisticada, "debía saber que ni siquiera los suizos son infalibles y que los mensajes en ocasiones se pierden o se demoran cuando son transmitidos entre varios bancos, dos de ellos situados a 5,000 millas de distancia, aun cuando todos los bancos hubieran actuado con el cuidado debido; por lo tanto, Hyman-Michaels debía haber tomado sus precauciones contra las consecuencias -mejor conocidas para él- de una situación que podría no deberse a la negligencia de las partes."²⁸⁰

El caso Evra reviste una particular importancia en relación con nuestro tema de estudio. La resolución del tribunal de primera instancia condenando a Swiss Bank al pago de daños y perjuicios, hizo ver a las instituciones que integran el sistema bancario norteamericano, cuán necesario y urgente era contar con un ordenamiento legal que regulara en forma integral los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia de fondos.

No obstante que finalmente la Corte de Apelaciones revirtió el fallo del tribunal de primera instancia, negando el pago de daños y perjuicios, la solución no fue en modo alguno bien recibida en el sector bancario.

Esto se debió principalmente a que, con base en los argumentos de la resolución judicial, podría concluirse que un banco sería condenado a pagar los daños y perjuicios que hubiere ocasionado por la ejecución incorrecta de una orden de pago, en todos aquellos casos en que hubiere tenido conocimiento de circunstancias particulares que pudieran dar lugar a tales daños.

Las consecuencias de semejante interpretación podrían resultar francamente desastrosas para aquellos bancos que diariamente procesan varios cientos o incluso miles de órdenes de pago por montos promedio cada una superiores al millón de dólares.

De resultar aplicable dicha interpretación, el flujo normal del procesamiento electrónico de órdenes de pago, realizado a gran velocidad, se vería seriamente afectado, pues los bancos tendrían que hacer una revisión minuciosa de cada orden de pago recibida, para poder evaluar el riesgo asumido en cada una y determinar el costo de la transferencia, mismo que, evidentemente, tendría que ser proporcional al riesgo asumido.

Como señala el comentarista del Artículo 4A, en su comentario al Artículo 4A-305, "el éxito de la industria de las transferencias por cable se ha basado principalmente en su capacidad para efectuar pagos a bajo costo y alta velocidad. Ambos aspectos, esenciales de los modernos sistemas de transferencias por

²⁸⁰ 673 F.2d, p. 856.

cable, se verían seriamente afectados por una regla que impusiera sobre los bancos la responsabilidad por daños y perjuicios."

Esta posible amenaza contra la eficiente operación de los sistemas de transferencias de fondos y la convicción de que era necesario terminar con la incertidumbre generada por la falta de reglas claras para todos los participantes, que les permitiera prever con un razonable grado de certeza, cuál sería su responsabilidad en caso de que algo saliera mal, fue uno de los principales motivos para que el sector bancario norteamericano comenzara a promover la elaboración de lo que con el tiempo sería el Artículo 4A. Y no se olvide que, en los Estados Unidos, quizá el grupo que más promovió la elaboración de dicha ley, a pesar de lo que pudiera pensarse, fue precisamente el sector bancario.

Sin embargo, los integrantes de dicho sector sabían muy bien que para lograr su objetivo en el sentido de limitar legalmente la responsabilidad de los bancos, que no excluiría por completo, como a veces se ha pretendido, tendrían que hacer algunas concesiones a los usuarios de dichos sistemas, que eran principalmente las grandes compañías.

En opinión de Patrikis, Baxter y Bhala, los usuarios cedieron en sus demandas relativas a la responsabilidad de los bancos y a cambio "obtuvieron ciertas concesiones de los bancos comerciales, a saber, las disposiciones relativas al fraude cometido por personas no vinculadas con las partes y la (mal llamada, en nuestra opinión) garantía de reembolso de los fondos."²⁸¹

b) Algunas consideraciones sobre el caso *Evra* en relación con el derecho mexicano

El artículo 2110 del Código Civil consagra un principio parecido al que deriva del caso inglés de *Hadley v. Baxendale* ya mencionado. En efecto, dicho artículo dispone que "los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."

Esta disposición es del todo compatible con la primera parte de la regla derivada del caso *Hadley v. Baxendale*, que establece que los daños deben ser aquellos que razonablemente pueda considerarse que surgieron naturalmente, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos derivados del incumplimiento en sí mismo.

²⁸¹ Op. cit., p. 105 y 106.

Sin embargo, en derecho mexicano no se requiere (como sí lo requiere la regla derivada del caso citado o el derecho francés,²⁸² por ejemplo) que el sujeto haya previsto o haya debido prever el o los daños para que quede obligado a repararlos. Esta es, al menos, la regla aplicable a la llamada responsabilidad contractual, cuya existencia en derecho mexicano no depende de la culpa del sujeto responsable, pues basta con el simple incumplimiento de la obligación para que aquéi quede obligado a indemnizar.

Así, la solución a la controversia en el caso Evra, de haber estado regida por el derecho mexicano y siempre y cuando el juez hubiera decidido aplicar (impropiamente, por cierto) el principio anterior, válido únicamente como hemos dicho en tratándose de la responsabilidad contractual, habría sido contraria a la solución de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos.

Sin embargo, consideramos que difícilmente un tribunal mexicano decidiría aplicar el principio anterior a un caso de responsabilidad que, de llegar a existir, no sería ciertamente una responsabilidad contractual sino extra-contractual.

Ante la falta de un ordenamiento jurídico que regule en forma integral las transferencias de crédito, el juez mexicano habría de resolver la controversia, atento a lo dispuesto por el Artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, "conforme a los principios generales de derecho," uno de los cuales es precisamente aquel que se enuncia diciendo que el acto o contrato sólo produce efectos entre las partes que lo celebran.

No pudiendo considerarse como un caso de responsabilidad contractual bajo el derecho mexicano, habría que analizar si la presunta responsabilidad de Swiss Bank puede considerarse como un tipo de responsabilidad extra-contractual por hecho ilícito. En virtud de que el elemento culpa sí es un factor determinante de este tipo de responsabilidad, sí se requiere para su existencia que por lo menos el primer resultado haya sido o haya debido ser previsto por el sujeto, "pues de lo contrario no podría decirse que existe el dolo o la culpa."²⁸³

Pero como no existe ninguna ley de orden público ni buena costumbre alguna que imponga a un banco receptor el deber de ejecutar las órdenes de pago que reciba, habría que concluir que tampoco podría imponerse una responsabilidad extra-contractual por hecho ilícito a cargo de Swiss Bank.

Sin embargo, más importante que todo lo anterior, nos parece la cuestión relativa a la determinación de si los daños y perjuicios reclamados por Evra podrían ser considerados como una "consecuencia inmediata y directa de la falta

²⁸² El artículo 1150 del Código Civil francés establece que "el deudor no estará obligado a pagar más daños y perjuicios que los previstos, o aquellos que se hayan podido prever al celebrar el contrato, excepto en el caso de que la falta de cumplimiento proceda de su mala fé."

²⁸³ Rojina Villegas, op. cit., tomo quinto, volumen II, p. 311.

de cumplimiento," a lo que evidentemente habría que contestar afirmativamente, pues en el caso que nos ocupa la falta de pago es la causa determinante del vencimiento anticipado del Contrato, por virtud del cual Evra se vió obligada a celebrar un nuevo contrato de fletamento en condiciones mucho menos favorables que las establecidas en el Contrato. Por lo tanto, en caso de que la demanda se hubiera dirigido contra el banco del iniciador, con el cual el iniciador sí mantiene una relación contractual, es muy probable que el juez hubiera dictado sentencia condenando al demandado al pago de los daños y perjuicios reclamados.

c) Responsabilidad por la no aceptación de la orden de pago por el banco del beneficiario

Quizá la disposición de mayor importancia dentro de la Ley Modelo sea precisamente aquella que impone al banco del iniciador, en caso de que la transferencia no se complete, la obligación de reembolsar al iniciador el importe de cualquier pago que hubiere recibido de este último, junto con los intereses sobre dicha cantidad, calculados desde el día en que el banco del iniciador hubiere recibido el pago, hasta el día en que el iniciador reciba el reembolso del mismo. En todo caso, el banco del iniciador, así como cualquier banco receptor subsiguiente, estarán facultados para repetir en contra de su banco receptor, por el importe efectivamente reembolsado, más los intereses.²⁸⁴

Con frecuencia se ha pretendido ver en esta disposición una especie de garantía ("*money-back guarantee*" o garantía de reembolso) otorgada por el banco del iniciador en favor de este último. Sin embargo, difícilmente podríamos llamarla con propiedad garantía, cuando no existe en el caso que nos ocupa una obligación garantizada. En este sentido, debe recordarse que ningún banco receptor, incluido el banco del beneficiario, está obligado a hacer que la transferencia se complete. Por otra parte, pretender regular esta obligación en el derecho mexicano como una verdadera garantía, podría dar lugar a problemas de consideración, pues en principio, atento a lo dispuesto por la fracción VIII del Artículo 46 de la LIC, los bancos sólo pueden "asumir obligaciones por cuenta de terceros con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito" y tienen prohibido, según lo dispuesto por la fracción IX del Artículo 106 del mismo ordenamiento legal, "otorgar fianzas y cauciones," salvo en casos especiales y con la previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En realidad, la disposición establece la responsabilidad civil a cargo del banco del iniciador, consistente en indemnizar al iniciador por los daños y perjuicios sufridos por este último, en caso de que la transferencia de crédito no

²⁸⁴ Párrafo 1 del artículo 14 de la Ley Modelo.

se hubiere completado, es decir, en caso de que la orden de pago no hubiere sido aceptada por el banco del beneficiario, en favor de la persona designada como beneficiario en la orden de pago del iniciador. Se trata, pues, de una indemnización compensatoria, cuyo monto se encuentra previamente determinado por la Ley Modelo: en cuanto al pago de daños, la obligación del banco del iniciador se limita a la devolución del principal; y, en cuanto hace al pago de los perjuicios, su obligación se limita al pago de intereses sobre dicho principal.

Ciertamente, la responsabilidad impuesta por la Ley Modelo sobre el banco del iniciador no es una responsabilidad por culpa (salvo en aquellos casos en que se origine con motivo del incumplimiento de alguna de las obligaciones a su cargo) sino una responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, como la llama Kelsen, en la cual se prescinde de todo elemento volitivo o subjetivo (como la intención o el cuidado observado por el sujeto) y se atiende únicamente a una doble realidad objetiva: el hecho causante de un daño y la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Tampoco se requiere que el hecho que dé origen a esta responsabilidad sea necesariamente un hecho ilícito, es decir, que viole un deber jurídico establecido por la norma jurídica o que viole una obligación surgida de contrato, declaración unilateral de voluntad o sentencia. Recuérdese en este sentido que ningún banco receptor, incluido el banco del beneficiario, está obligado a aceptar una orden de pago, lo que significa que cualquiera de dichos bancos está facultado para rechazar tales órdenes de pago. Así, la responsabilidad civil a cargo del banco del iniciador puede surgir con motivo del ejercicio de un derecho por parte del banco del beneficiario.

En consecuencia, el banco del iniciador es objetivamente responsable frente al iniciador tanto por hechos propios como ajenos, independientemente de que hubiere existido o no culpa de su parte e independientemente de que el hecho que hubiere dado origen a que la transferencia de crédito no se completara no sea un hecho ilícito sino uno perfectamente lícito, como el ejercicio no abusivo de un derecho, por ejemplo.

Además, tal responsabilidad a cargo del banco receptor subsiste incluso cuando el daño haya sido causado por caso fortuito o fuerza mayor.

Analizado a la luz de la tradicional teoría subjetiva de la responsabilidad o de la responsabilidad por culpa, como se quiera, el esquema de responsabilidad establecido en la Ley Modelo parece una aberración.

En virtud de que esta teoría toma como supuesto fundamental de la responsabilidad la culpa del sujeto, es obvio que, en principio, la responsabilidad sólo puede resultar a cargo del sujeto culpable, lo que excluye la posibilidad de imponer responsabilidad por el hecho ajeno, salvo cuando se trate de personas

que se encuentren bajo la custodia, vigilancia o dependencia del sujeto responsable. En estos casos, no se trata de una responsabilidad sin culpa a cargo del sujeto sino de una responsabilidad que surge precisamente de su culpa *in custodiando, in vigilando o in eligendo*, según sea el caso.

Además, la responsabilidad proveniente de hecho lícito está totalmente desterrada de la teoría subjetiva de la responsabilidad, pues difícilmente podría considerarse culpable a una persona que actuó sin violar deber u obligación alguna.

Afortunadamente, como señala Ihering, "la historia de la idea de culpa se resume en su abolición constante."²⁸⁵ Es decir, afortunadamente, la evolución de la teoría de la responsabilidad ha conducido hacia un sano distanciamiento en relación con la noción de culpa, así como al reconocimiento de que una gran cantidad de realidades producto del nuevo orden económico mundial, no pueden regularse debidamente utilizando para ello los muy reducidos moldes de la institución jurídica denominada culpa.

Así, aun cuando no ha sido plenamente reconocida por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, son cada vez más los autores que consideran que quien produce un daño debe repararlo, aunque no haya obrado ilícitamente.

"Desde luego, nos parece evidente que todo hecho del hombre que cause daño, obligue a su autor a la reparación, aplicando simplemente la noción de causalidad. El causante de un daño debe sufrir las consecuencias, porque es invertir el orden lógico de las cosas, el decir que el causante de un daño no debe sufrir las consecuencias, sino la víctima del mismo, todo porque el causante procedió lícitamente. Es evidente que el causante de un daño, cuando procede lícitamente, no deberá cubrir una indemnización total y por ello deben fijarse distintas reparaciones en la responsabilidad por hecho ilícito y por hecho lícito; pero lo que sí es inadmisibles es que el causante del daño quede liberado y que un tercero sufra las consecuencias de este hecho."²⁸⁶

Sin embargo, es necesario decirlo, no toda la doctrina se halla unida en torno a esta opinión. Para Kelsen, por ejemplo, la técnica consistente en disociar el resultado producido por una conducta y la calificación psicológica de dicha conducta, es una técnica propia del derecho primitivo.²⁸⁷ En realidad, no son pocos los que piensan que este supuesto desarrollo de la teoría de la responsabilidad constituye un retorno a los tiempos anteriores a la Ley Aquilia.

²⁸⁵ Citado por Osorio y Gallardo, Angel, *Responsabilidad objetiva*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, p. 892.

²⁸⁶ Rojina Villegas, op. cit., tomo quinto, volumen II, p. 79

²⁸⁷ Kelsen, op. cit., p. 76

Al respecto, bien vale la pena transcribir la opinión de Colin y Capitant en relación con la posibilidad de considerar al hecho dañoso, no necesariamente culpable ni ilícito, como una fuente independiente de obligaciones. Estos autores señalan: "Rechazamos el principio mismo de la responsabilidad por el simple hecho de que produciría consecuencias peligrosas e injustas: serviría nada menos que para matar toda iniciativa, para suprimir la concepción individualista del derecho civil, que es su propio fundamento. Decir: el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos, aunque sean lícitos, desde el momento en que perjudican a otro, porque cada cual debe correr el riesgo de sus actos, es apartar al hombre de la acción, es condenarlo a la inercia. La equidad en el reparto de los riesgos es, ciertamente, deseable en derecho, como lo sería en la economía política el reparto de las riquezas. Pero no hay que sacrificarle la producción, ni por lo tanto, la actividad humana, fuente de toda producción. Se comprende que el hombre pueda ser declarado responsable por la ley *a priori* del daño causado por las cosas que le pertenecen, por lo menos cuando estas cosas son, por naturaleza, peligrosas para terceros. En efecto, depende de cada uno el no introducir en el medio social semejantes cosas que pueden producir daños; se podría decir, en rigor, que toda propiedad constituye un monopolio que debe implicar cargas al lado de sus ventajas. Pero no se puede llegar hasta declarar al hombre responsable siempre de las consecuencias de sus actos, hasta hacer de cada ciudadano el asegurador del público contra las consecuencias dañosas para otro de los actos que realiza, aun cuando no quepa imputarle imprudencia alguna. ¿Puede decirse que depende del hombre el no obrar? No, seguramente. La necesidad de la acción es de por sí una especie de fuerza mayor que, cuando no existe culpa alguna demostrada y a su cargo, debe producir su completa liberación."

Por nuestra parte, no dudamos en adherirnos a la tesis que considera al hecho dañoso en sí mismo, independientemente de toda idea de culpa o ilicitud, como una fuente autónoma de obligaciones, sin que ello signifique renunciar a nuestra convicción de que uno de los fundamentos del derecho civil es precisamente su concepción individualista. Asimismo, reconocemos la necesidad de diferenciar entre la reparación debida en función del hecho lícito, por una parte, y del hecho ilícito, por otra, a fin de no estorbar inútilmente el desarrollo normal de la actividad humana.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos justificado el esquema de responsabilidad objetiva establecido en la Ley Modelo, por virtud del cual el banco del iniciador está obligado a reembolsar al iniciador cualquier pago que hubiere recibido de éste, más intereses, en todos los casos en que su orden de pago no sea aceptada por el banco del beneficiario, independientemente de la causa que le haya dado origen: hecho ilícito, ejercicio de un derecho e, incluso, el caso fortuito o fuerza mayor.

Quizá el punto más débil de este esquema sea precisamente el de hacer responsable al banco del iniciador no sólo por su propia conducta, sino incluso por conductas ajenas.

Sin embargo, tal decisión podría justificarse en virtud de que el iniciador en una transferencia internacional de crédito sólo tiene una relación directa con el banco del iniciador y no cuenta, por lo general, con los medios que le permitan determinar con precisión y relativa velocidad, en qué segmento de la transferencia pudo haber surgido un problema. En este último caso, evidentemente, resultaría mucho más difícil para el iniciador que para su banco, tratar de solucionar el problema, sobre todo si para ello debe negociar con un banco extranjero con el cual lo más seguro es que no mantenga relación comercial de ningún tipo. Además, tal decisión podría justificarse en virtud de que el sistema internacional de transferencias de crédito es operado precisamente por bancos y, en consecuencia, el banco del iniciador está en mejor posición que el beneficiario para seleccionar la forma más eficiente y segura de llevar a cabo la transferencia.

No debe perderse de vista el hecho de que, a final de cuentas, la responsabilidad por el reembolso del principal más intereses, no se impone sobre el banco del iniciador necesariamente (salvo cuando éste hubiera dado motivo, con su propia conducta, a que la transferencia de crédito no pudiera completarse), pues siempre podrá repetir contra su banco receptor por el monto de lo reembolsado más intereses.

Así, aun cuando en una primera instancia la responsabilidad del banco del iniciador pueda llegar a ser una responsabilidad por hecho ajeno, en última instancia el responsable siempre será el banco que hubiera propiciado, sea por error, incumplimiento o rechazo de una orden de pago, el que la transferencia no hubiere podido completarse.

Cabe mencionar que el país con la economía más grande del mundo ha adoptado en su legislación un esquema de responsabilidad similar al previsto en la Ley Modelo y que su aplicación práctica no ha interferido en modo alguno con la tradicional eficiencia y rapidez de los sistemas de transferencias de fondos. En este sentido, vale la pena señalar que ni los volúmenes de operación se han reducido en modo alguno, ni las comisiones por el servicio se han incrementado.

Como bien se hizo notar en el primer período de sesiones de la Comisión, la política en que se basa el deber de reembolsar es precisamente el de fortalecer la confianza de los usuarios en el sistema de transferencias de crédito.²⁸⁸

En nuestra opinión, la Ley Modelo establece un tipo especial de responsabilidad colectiva sobre los integrantes del sistema bancario internacional

²⁸⁸ A/48/17, párrafo 251.

que participan en una transferencia de crédito (pues, como veremos más adelante, no sólo el banco del iniciador sino todos los bancos receptores subsiguientes responden frente al iniciador), por el sólo hecho de que alguno de los integrantes de ese sistema, con su conducta lícita o ilícita, culpable o no, hubiere impedido que la transferencia de crédito en cuestión pudiera completarse.

"Se habla de responsabilidad colectiva cuando la sanción se dirige contra los individuos miembros de la misma comunidad jurídica de que forma parte el sujeto que, como órgano de tal comunidad, cometió el acto antijurídico, si la relación entre el infractor y los responsables está constituida por el hecho de que aquél y éstos pertenecen a dicha comunidad jurídica. La responsabilidad individual se produce cuando la sanción se dirige exclusivamente contra el infractor."²⁸⁹

Para concluir este apartado, sea suficiente con decir que, a nuestro entender, el esquema de responsabilidad previsto por la Ley Modelo constituye la forma más eficiente y equitativa de distribuir los riesgos inherentes a las transferencias de crédito.

d) Moneda del reembolso

Supongamos que un iniciador español emite una orden de pago por 500 millones de pesetas, instruyendo a su banco (el banco del iniciador) para que transfiera al beneficiario el equivalente en dólares de los Estados Unidos, del importe de su orden de pago. Si la transferencia de crédito no se completa y el banco del iniciador queda obligado a reembolsar al iniciador el importe de cualquier pago que hubiere recibido de éste, ¿deberá reembolsar los 500 millones de pesetas que recibió o el equivalente en dólares de dicha cantidad en la fecha en que se hubiere llevado a cabo la conversión?

Si atendemos al significado del verbo reembolsar que, según la Academia, quiere decir "volver una cantidad a poder del que la había desembolsado," parecería que el reembolso debe consistir precisamente en la devolución de lo recibido.

De ser así, el iniciador español debería recibir de vuelta sus 500 millones de pesetas, más intereses, independientemente del movimiento que entre la fecha del pago y la fecha del reembolso hubiera tenido el tipo de cambio de la peseta contra el dólar. En consecuencia, el banco del iniciador tendría que asumir la pérdida derivada de una apreciación de la peseta frente al dólar, al tiempo que haría suyas las ganancias derivadas de una depreciación de dicha moneda en relación con el dólar.

²⁸⁹ Kelsen, *op. cit.*, p. 81.

Esta quizá sea la solución más sencilla y transparente que pueda darse al problema; sin embargo, no pasa de ser una mera interpretación, toda vez que la Ley Modelo no regula esta situación expresamente.

Tal solución debiera resultar también aplicable, en nuestra opinión, al caso en que algún banco intermediario hubiera hecho la conversión sin estar autorizado para ello.

e) Excluyentes de responsabilidad

La Ley Modelo preve sólo dos supuestos que permiten excluir la responsabilidad establecida en el párrafo 1 de su artículo 14:

1. La cláusula de no responsabilidad, es decir, el acuerdo de voluntades entre el iniciador y su banco, por virtud del cual se elimine la obligación a cargo de este último, consistente en indemnizar el daño que pueda sufrir el iniciador con motivo del no completamiento de la transferencia de crédito.

A pesar de que el párrafo 2 del artículo 14 de la Ley Modelo pretende limitar la validez de dichos acuerdos a aquellos casos en que "un prudente banco del iniciador no hubiese en otro caso aceptado una determinada orden de pago en razón de un riesgo apreciable que entrañase la transferencia de crédito," la disposición es una de las menos afortunadas de la Ley Modelo.

Olvidando que en el caso del Artículo 4A el *quid pro quo* para la limitación de la responsabilidad de los bancos por los daños y perjuicios había sido precisamente la obligación de aquellos de reembolsar cualquier cantidad pagada por el iniciador, más intereses, en todos los casos en que la orden de pago del iniciador no hubiere sido aceptada por el banco del beneficiario, el redactor de la Ley Modelo dejó abierta la puerta para que esta importantísima protección de todo usuario del sistema de transferencias de crédito, pueda ser evadida con más o menos facilidad.

En efecto, para nadie es un secreto el hecho de que, salvo en muy contadas excepciones, los iniciadores no bancarios no tienen el mismo poder de negociación que sus contrapartes bancarias y que esta disposición permitiría a muchos bancos celebrar regularmente con sus clientes este tipo de contratos. Será una cuestión que deberá resolver el juez del foro en cada caso concreto, si el acuerdo así celebrado es válido o si debe anularse por contravenir lo dispuesto en la Ley Modelo. Sin embargo, el simple hecho de tener que acudir ante un tribunal para resolver una posible controversia es ya una carga para el iniciador que no debió habersele impuesto.

Cabe mencionar que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso f) del Artículo 4A-402, el derecho del expedidor a recibir el reembolso de cualquier pago que hubiere realizado en favor de su banco receptor en caso de que la transferencia no llegue a completarse, por cualquier motivo, no podrá ser modificado por acuerdo entre las partes.

2. La imposibilidad jurídica de un banco intermediario designado por el iniciador para reembolsar a su expedidor. Para que se dé esta excluyente de responsabilidad es necesario que el iniciador haya designado un banco intermediario en particular y que ese banco intermediario haya sido declarado en quiebra o suspensión de pagos, que haya sido intervenido o que por cualquier otra causa se encuentre imposibilitado legalmente para reembolsar a su expedidor. De ser este el caso, el banco del iniciador quedará liberado de su obligación de indemnizar y el iniciador tendrá derecho a reclamar la responsabilidad correspondiente de dicho banco intermediario.

La situación prevista por el párrafo 3 del artículo 14 de la Ley Modelo puede asimilarse a una de las causas tradicionales que permiten excluir la responsabilidad de quién ha causado un daño en casi todos los sistemas jurídicos, i.e., la culpa de la víctima.

Trataríase aquí de una presunción *iuris et de iure* en relación con la culpa *in eligendo* del iniciador, cuya reglamentación dentro de la Ley Modelo nos parece enteramente justificable.

Cabe señalar que esta situación es la única excluyente de responsabilidad prevista en el Artículo 4A.

Finalmente, debe señalarse que el caso fortuito o fuerza mayor no es una excluyente de la responsabilidad del banco del iniciador.

f) La llamada "regla del salto" ("*skip rule*")

El párrafo 4 del artículo 14 de la Ley Modelo permite a cualquier banco receptor que esté obligado a reembolsar a su expedidor cumplir con su obligación reembolsando directamente a un expedidor anterior en la transferencia de crédito. Esta regla cobra particular importancia cuando alguno de los bancos intermediarios que participan en una transferencia de crédito que no se ha completado, se encuentra legalmente imposibilitado para efectuar el reembolso en favor de su expedidor. En este caso, si un banco receptor reembolsara a su expedidor que se encuentra legalmente imposibilitado para efectuar a su vez el reembolso en favor de su expedidor, la persona que hubiere designado a ese banco intermediario (probablemente el iniciador), tendría que obtener el

reembolso directamente del mismo. Sin embargo, lo más seguro es que sólo pudiera recuperar, en el mejor de los casos, en moneda de quiebra.

Si un banco receptor tiene conocimiento de esta situación, está facultado por la Ley Modelo, aunque no está obligado a ello, para no reembolsar directamente a su expedidor, sino al expedidor de ese expedidor o a cualquier expedidor anterior en la transferencia de crédito.

En virtud de que esta regla podría resultar incompatible con la operación de los modernos sistemas de transferencias de fondos, que muchas veces establecen reglas para la distribución de pérdidas entre sus participantes en caso de insolvencia de uno de ellos, así como con la operación de los acuerdos para la compensación y liquidación de saldos netos entre los bancos parte de esos acuerdos, se decidió adicionar el párrafo 6 del artículo 14 que establece que la disposición que hemos llamado de la regla del salto, no será aplicable a un banco "si ello afecta sus derechos u obligaciones conforme a un acuerdo o una regla de un sistema de transferencias de fondos."

Como lo hicimos al tratar de la revocación de las órdenes de pago, debemos aquí también criticar la falta de precisión en el lenguaje utilizado por el redactor de la Ley Modelo, que habla de acuerdos simplemente, pero sin precisar que se trata de acuerdos interbancarios para compensar y liquidar saldos netos y no cualquier otro tipo de acuerdo. Por otra parte, la Ley Modelo no define el término "sistema de transferencias de fondos," contribuyendo con ello a la poca claridad del precepto.

La regla en cuestión podría también resultar incompatible con los ordenamientos jurídicos nacionales relativos a la quiebra y suspensión de pagos de los bancos. Si se considera, como pretenden algunos, a la obligación de reembolsar como una obligación independiente de cada banco receptor en favor de su expedidor y no como una responsabilidad civil de todos los bancos que participan en la transferencia en favor del iniciador, entonces el sólo hecho de que la transferencia no se complete haría que cada expedidor (incluyendo un banco expedidor que para entonces hubiere sido declarado en quiebra o suspensión de pagos) adquiriera un derecho de crédito independiente a cargo de su banco receptor.

De ser este el caso, el derecho a exigir el reembolso del banco receptor, formaría parte del patrimonio del banco fallido y quedaría, en principio, sujeto a las disposiciones aplicables de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Es verdad que, según lo dispuesto por el artículo 264 de nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, se consideran acreedores con privilegio especial (que son pagados después de los acreedores singularmente privilegiados y los acreedores hipotecarios, pero antes que los acreedores

comunes), "todos los que, según el Código de Comercio o leyes especiales, tengan un privilegio especial o un derecho de retención."

Podría, pues, argumentarse que, en efecto, la Ley Modelo está estableciendo un privilegio especial en favor de ciertos acreedores del banco fallido, lo que, según lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 159 del ordenamiento legal citado, facultaría a dichos acreedores a solicitar la separación de ese derecho de la masa.

No debe perderse de vista, por otra parte, que en derecho mexicano existe un régimen especial de quiebras aplicable a los bancos y que dentro de ese régimen especial, el catálogo de acreedores privilegiados parece no incluir a los que, según otras leyes, tienen algún privilegio especial o derecho de retención.

g) Acción directa del iniciador contra cualquiera de los bancos obligados a reembolsar.

Con el propósito fundamental de que el iniciador pueda obtener el reembolso de cualquier cantidad que hubiere pagado a su banco (el banco del iniciador) cuando la transferencia de crédito no se ha completado y dicho banco del iniciador se encuentra imposibilitado legalmente para reembolsar al iniciador, el párrafo 5 del artículo 14 de la Ley Modelo faculta a éste para "resarcirse" de cualquiera de los bancos intermediarios obligados a reembolsar.

Se aplica también en este caso la excepción prevista por el párrafo 6 de ese mismo artículo, en relación con los sistemas de transferencias de fondos y los acuerdos interbancarios para la compensación y liquidación de saldos netos.

Asimismo, son aplicables los comentarios en relación con la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos que se hicieron al tratar de la regla del salto.

h) Indemnización moratoria

A diferencia de la responsabilidad derivada del hecho de que la transferencia de crédito no hubiere podido completarse, la cual, como hemos visto, da lugar a una indemnización compensatoria en favor del iniciador, la responsabilidad civil derivada de la simple demora en la ejecución de la transferencia de crédito (cuando aún es posible que ésta se complete), obliga en una primera instancia al banco responsable a pagar intereses sobre el monto de la orden de pago, por el tiempo que dure la mora.

Una de las cuestiones más debatidas en el Grupo de Trabajo y en la Comisión fue la relativa a la determinación de si esta indemnización moratoria debía pagarse al iniciador o al beneficiario de la transferencia de crédito.

El sistema finalmente establecido en el artículo 17 de la Ley Modelo no ofrece una respuesta única a tal cuestionamiento. En realidad, como veremos a continuación, ofrece soluciones distintas no sólo en relación con los diferentes tipos de incumplimiento que pueden dar lugar a esta responsabilidad, sino también en relación con los distintos sujetos sobre los que puede imponerse esta responsabilidad, es decir, el banco del beneficiario o cualquier otro banco receptor distinto del banco del beneficiario.

1. Responsabilidad de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, por no emitir oportunamente una orden de pago cuyo contenido concuerde con el de la orden de pago de su expedidor: En este caso, según lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 17 de la Ley Modelo, el banco receptor estará obligado a pagar intereses por el monto de la orden de pago, por el tiempo que dure la mora.

Para estos efectos, se entiende que el banco receptor está en mora desde el día en que hubiere recibido la orden de pago (siempre y cuando estuviera obligado a ejecutarla) pues, según lo establecido por el párrafo 2 del artículo 11 de la Ley Modelo, el banco receptor deberá ejecutar la orden de pago "por el valor que corresponda a la fecha en que la haya recibido." Así, si un banco receptor que esté obligado a ejecutar una orden de pago, no la ejecuta el mismo día de su recepción, habrá incurrido en mora y, en consecuencia, estará obligado a pagar intereses a partir de esa fecha.

Siguiendo el principio jurídico que señala que lo accesorio sigue la suerte del principal, la responsabilidad del banco receptor se establece, con toda propiedad, en favor del beneficiario. Recuérdese que en todos los casos de indemnización moratoria partimos de la premisa de que la transferencia de crédito aún puede completarse, lo que significa que, aunque tarde, el beneficiario aún puede recibir el pago.

Aun cuando, como vimos, esta responsabilidad se establece en favor del beneficiario, lo común es que el banco intermediario que deba pagar intereses los pague a su banco receptor, a fin de que este a su vez los traslade al siguiente banco receptor, al banco del beneficiario o al propio beneficiario, según sea el caso.

Sin embargo, el redactor de la Ley Modelo consideró conveniente que el beneficiario pudiera exigir tal responsabilidad directamente del banco causante de la demora, para lo cual facultó en el párrafo 2 del artículo 17 al banco responsable, para cumplir su obligación pagando los intereses generados, bien

fuera a su banco receptor o directamente al beneficiario. En realidad, como se desprende de la simple lectura de la disposición bajo estudio, la Ley Modelo no confiere derecho alguno en favor del beneficiario sino que se limita a establecer un derecho en favor del banco responsable (por absurdo que parezca) para liberarse de su obligación pagando de cualquiera de las dos formas antes mencionadas.

El párrafo 3 de ese mismo artículo prevé un caso de excepción, en el cual el iniciador puede exigir de su banco (el banco del iniciador) el importe de los intereses que un banco Intermediario habría debido pagar al beneficiario y que por cualquier razón se abstuvo de pagar. Para que opere esta excepción, es necesario que el iniciador hubiere pagado al beneficiario el importe de dichos intereses. El banco del iniciador y cualquier banco receptor subsiguiente en la transferencia de crédito podrá repetir contra su banco receptor el monto de lo pagado, hasta llegar al banco responsable, quien ya no podrá repetir contra su banco receptor.

2. Responsabilidad del banco receptor que no sea el banco del beneficiario por no dar aviso de la insuficiencia de datos en una orden de pago o de transferirse. En este caso, el párrafo 4 del artículo 17 de la Ley Modelo, establece que el banco receptor deberá pagar intereses sobre el importe del pago que hubiere recibido de su expedidor "durante el período que retenga el pago." Consideramos que habría sido más propio indicar que el banco receptor estaría obligado a pagar intereses desde el día en que hubiere recibido el pago, hasta el día en que hubiere dado el aviso correspondiente.

En virtud de que en todos estos casos es todavía posible que la transferencia de crédito se complete, nos sorprende que se haya decidido que la víctima o el beneficiario de la indemnización moratoria sería el expedidor del banco receptor responsable y no el beneficiario.

Cabe señalar que el Artículo 4A no establece responsabilidad alguna a cargo del banco receptor por no dar determinados avisos.

3. Responsabilidad del banco del beneficiario frente a su expedidor, por no dar aviso de la insuficiencia de datos en la orden de pago, de inconsistencias en la información relativa al monto de dicha orden de pago, o de contradicciones en la información que tiene por objeto identificar al beneficiario: De conformidad con el párrafo 5 del Artículo 17 de la Ley Modelo, el banco del beneficiario está obligado a pagar intereses sobre el importe de cualquier pago recibido de su expedidor, desde la fecha de pago hasta el día en que dé el aviso requerido.

Como también aquí existe la posibilidad de que los fondos puedan ser transferidos al beneficiario, no nos parece correcto que los intereses se paguen al expedidor y no al beneficiario.

El Artículo 4A tampoco regula este supuesto de responsabilidad.

4. Responsabilidad del banco del beneficiario frente al beneficiario: A pesar de que la función primordial de prácticamente todas las transferencias de crédito es la de servir como medio de pago de obligaciones monetarias a cargo del iniciador y an favor del beneficiario, la Ley Modelo apenas si se ocupa de regular la relación del beneficiario con su banco.

Desde un punto de vista astrictamente formal (y no del todo correcto, como ya hemos hecho notar con anterioridad) esto se debe principalmente a que la Ley Modelo considera que una transferencia de crédito se ha completado en el momento an que al banco del beneficiario acepta la orden de pago y que todo lo que sucada de ahí en adelante no debe estar regulado por dicha ley. Desde un punto de vista que podríamos llamar de política legislativa, es el producto de la decisión de regular lo menos posible la relación del beneficiario con su banco, dadas las profundas diferencias que existen en esta materia en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y de la dificultad de lograr la uniformidad deseada.

En nuestra opinión, nos aprasuramos a repetirlo una vez más, esto constituye una de las más lamentables omisiones de la Ley Modelo. Veamos por qué.

Según lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 10 de la Ley Modelo, el banco del beneficiario que acepta una orden de pago está obligado, en principio, a poner los fondos a disposición del beneficiario. Cómo deba hacer esto el banco del beneficiario es algo que no se establece an la propia Ley Modelo. Por el contrario, esta ley remita a lo dispuesto en la orden de pago y en la ley que rija la relación del beneficiario con su banco que, por regla general, será la del domicilio del banco del beneficiario.

Por otra parte, la responsabilidad del banco del beneficiario frente a este último, tampoco está regulada por la Ley Modelo sino por "el régimen jurídico aplicable a la relación entre el beneficiario y el banco del beneficiario," lo que significa que en este régimen es donde tendrá que buscarse la norma que permita determinar el momento preciso en que el banco del beneficiario ha incurrido en mora, pues sólo a partir de ese momento podrá el beneficiario exigir la responsabilidad a cargo de su deudor.

De conformidad con el derecho mexicano, el cumplimiento de las obligaciones de dar (como ésta que nos ocupa) que tuvieren un plazo cierto, es

exigible a partir de la fecha de vencimiento de dicho plazo, sin necesidad de interpelación al deudor, fecha en la cual comenzará también su responsabilidad en caso de incumplimiento.

Sucede, sin embargo, que la Ley Modelo no señala plazo alguno y que, en la mayoría de los casos, las órdenes de pago no indican una fecha de pago determinada, lo que suele interpretarse en la práctica bancaria en el sentido de que dicha orden debe ejecutarse o pagarse, según corresponda, inmediatamente; sucede también que la legislación mexicana tampoco establece un plazo dentro del cual un banco del beneficiario deba poner los fondos a disposición de este último.

Tratándose de obligaciones de dar que no tengan un plazo cierto, la regla en derecho mexicano es totalmente diferente. El cumplimiento de las mismas sólo se vuelve exigible después de transcurridos 30 días siguientes a la interpelación al deudor. En consecuencia, dicho deudor no incurrirá en mora y su responsabilidad no comenzará sino hasta la expiración del plazo arriba señalado.

A partir de la mora, el banco del beneficiario estaría obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2117 del Código Civil, a pagar los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, mismos que "no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario."

Así, la responsabilidad civil del banco del beneficiario se hallaría legalmente limitada por la disposición mencionada, lo que resulta perfectamente compatible con la Ley Modelo; sin embargo, la referencia al interés legal, del 9% anual según lo dispuesto por el artículo 2395 del mismo ordenamiento, resulta del todo inapropiada. Por una parte, aplicado a las órdenes de pago denominadas en moneda nacional, dicho interés se encuentra muy por debajo del nivel promedio de las tasas de interés en nuestro país. Por otra parte, aplicado a órdenes de pago denominadas en alguna de las llamadas divisas fuertes, podría resultar muy elevado.

Los mismos comentarios hechos en relación con el incumplimiento del banco del beneficiario de poner los fondos a disposición de este último, son válidos para el incumplimiento de su obligación de notificar al beneficiario que no tenga cuenta con el banco del beneficiario, con una notable diferencia. Como aquí no tratamos con una obligación de dar sino con una obligación de hacer, los daños y perjuicios no tienen en principio una limitación legal. La solución no podría ser más injusta. Se favorece al beneficiario que no tiene ninguna relación previa con el banco del beneficiario, permitiéndole reclamar el monto efectivo de los daños y perjuicios que se le puedan haber causado, al paso que este mismo derecho del beneficiario cuentahabiente se limita legalmente.

i) Acuerdos para regular la responsabilidad civil a cargo de los bancos por la simple demora en la ejecución de la transferencia de crédito

Los bancos gozan de entera libertad para celebrar convenios por virtud de los cuales aumenten o reduzcan la responsabilidad a su cargo derivada del Artículo 17 de la Ley Modelo, en favor de otros bancos, así como para aumentar su responsabilidad frente a iniciadores o beneficiarios no bancarios.

Sin embargo, dicha responsabilidad civil a cargo de un banco y en favor de un iniciador o un beneficiario no bancario, no podrá reducirse mediante acuerdo entre las partes.

La Ley Modelo prohíbe expresamente que se reduzca esta responsabilidad, pactando una tasa de interés que se aleje considerablemente de las condiciones de mercado.

j) Intereses

En todos los casos en que un banco receptor deba pagar intereses, ya sea en favor del iniciador, de su expedidor o del beneficiario, según corresponda, la tasa de interés aplicable será aquella que libremente hubieren pactado las partes.

En principio, el acuerdo por virtud del cual se determine la tasa de interés aplicable, sólo produce efectos entre las partes que lo hubieren celebrado, por lo que las reglas de un sistema de transferencias de fondos sólo afectarán a los bancos participantes en dicho sistema, a menos que otras partes en la transferencia de crédito hubieran consentido en quedar obligados por dichas reglas.

A falta de acuerdo, el inciso m) del artículo 2 de la Ley Modelo, dispone que el interés se calculará con arreglo a la tasa y sobre la base habitualmente aceptadas por la comunidad bancaria para los fondos o el dinero involucrado.

La disposición se tomó del artículo 18 de los Lineamientos, cuyo primer párrafo señala que el "interés es el valor en el tiempo del monto de la transacción, en el Estado de la moneda involucrada. La compensación por intereses se calculará a la tasa y sobre la base habitualmente aceptadas por la comunidad bancaria local de ese Estado."

De conformidad con esta disposición de los Lineamientos, la tasa de interés aplicable a cualquier orden de pago denominada en dólares de los Estados Unidos, por ejemplo, sería siempre la tasa de fondos federales ("*federal*

funds rate"²⁹⁰) de la Reserva Federal de ese país, independientemente de que la transferencia en cuestión no tuviera ningún otro punto de contacto con los Estados Unidos. De la misma manera, la tasa de interés aplicable en relación con una orden de pago denominada en libras esterlinas, sería la tasa Libor²⁹¹ ("*London Interbank Offered Rate*"), independientemente de que ninguna de las partes tuviera su domicilio en Inglaterra.

A fin de que pudieran quedar incorporadas dentro de la definición de intereses no sólo las monedas de los distintos Estados, sino también las unidades de cuenta cuyo uso en el comercio internacional cada día es mayor, la Comisión decidió sustituir la palabra "moneda" por las palabras "fondos o dinero." Además, la Comisión decidió no hacer referencia expresa a la comunidad bancaria local para los fondos o el dinero en cuestión, sino referirse simplemente a la comunidad bancaria, sin precisar cuál.

Evidentemente, esta falta de precisión en el lenguaje puede dar lugar a conflictos innecesarios en el futuro. Supongamos que un banco inglés debe pagar intereses sobre el monto de una orden de pago denominada en dólares de los Estados Unidos. De acuerdo con los Lineamientos, el banco inglés estaría obligado a pagar la tasa de fondos federales de la Reserva Federal y no habría lugar a discusión sobre el particular. Sin embargo, de acuerdo con la Ley Modelo, el banco inglés podría estar obligado a pagar la tasa antes mencionada o la tasa Libor para depósitos en dólares, que es la tasa base que normalmente utiliza la banca europea para el otorgamiento de créditos en esa moneda. Así, el banco inglés trataría de pagar a la tasa más baja, mientras la víctima buscaría que se le pagara la más alta. Una vez más, la cuestión tendrá que ser resuelta por el juez competente en cada caso concreto, a falta de solución clara en la Ley Modelo.

Como señala Crawford, "la comunidad bancaria probablemente se refiera a un grupo local o nacional de bancos. Existe una comunidad bancaria internacional, por supuesto; pero es tan grande y sus prácticas son tan diversas que resultaría de poca ayuda para la Ley Modelo hacer referencia a ella. Ciertamente, no existe una tasa interbancaria de interés uniforme de aplicación universal. Un segundo significado de la expresión 'comunidad bancaria' la relacionaría con los fondos involucrados. El resultado sería que la tasa de fondos federales de los Estados Unidos se aplicaría a todas las obligaciones por intereses de los bancos en todas las transferencias denominadas en dólares, independientemente del lugar del mundo en que la sucursal afectada llevara a cabo sus operaciones. Un significado menos rudo se referiría a la tasa de interés

²⁹⁰ Según el *Dictionary of Finance and Investment Terms*, Barron's Educational Series, Inc., New York, 1985, la tasa de fondos federales es el interés cobrado por bancos con excedentes de reservas en un banco de la Reserva Federal, a bancos con necesidad de obtener créditos por un día ("*overnight*") para cubrir un déficit en sus reservas. Es el indicador más sensible a la tendencia de las tasas de interés, ya que es fijado diariamente por el mercado.

²⁹¹ Según el mismo *Dictionary of Finance and Investment Terms*, es la tasa a la que los principales bancos en Londres están dispuestos a otorgarse créditos denominados en eurodólares.

respecto de transferencias o créditos denominados en dólares, en la comunidad bancaria local de la que el banco responsable forme parte. Personalmente, prefiero esta última interpretación, pero debe reconocerse que éste es un punto de ambigüedad."²⁹²

No compartimos la opinión de Crawford en el sentido de que el interés deba determinarse sobre las bases comúnmente aceptadas por la comunidad bancaria local a la que pertenezca el banco responsable, principalmente porque no en todas las comunidades bancarias locales existirá un mercado para todas las posibles monedas o unidades de cuenta involucradas. Es posible que en una gran cantidad de países exista un mercado y se cuente con reglas más o menos claras para calcular el interés que deba pagarse respecto de créditos interbancarios denominados en dólares estadounidenses, marcos alemanes o libras esterlinas, por ejemplo; sin embargo, pretender que un banco australiano determine la tasa de interés aplicable a una transferencia denominada en pesos mexicanos, de conformidad con las bases aceptadas por la comunidad bancaria australiana para créditos interbancarios denominados en dicha moneda, nos parece un atentado inútil contra la buena lógica y la realidad en sí misma.

Por nuestra parte, pensamos que la solución ofrecida a este problema por los Lineamientos resulta mucho más acorde con la realidad y técnicamente superior desde un punto de vista jurídico. En realidad, pensamos que no sólo no se aventajó en nada con el cambio introducido por la Comisión en este sentido sino que, por el contrario, se retrocedió.

El Artículo 4A-506, que no tiene que preocuparse de monedas distintas a la de los Estados Unidos (aunque quizá debiera hacerlo) simplemente señala que la tasa de interés aplicable será la que hubieren pactado de común acuerdo el expedidor y su banco receptor, o la que se establezca en el sistema de transferencias de fondos a través del cual se hubiere procesado la transferencia.

A falta de acuerdo o de regla del sistema de transferencias relevante, el interés se calculará multiplicando la tasa de fondos federales aplicable por el monto sobre el cual deba pagarse intereses, y multiplicando después ese producto por el número de días por los que deba pagarse ese interés.

Para evitar toda duda, el propio artículo señala que la tasa de fondos federales aplicable será el promedio de las tasas de fondos federales publicadas por el Banco de la Reserva Federal de Nueva York en cada uno de los días por los que deba pagarse intereses, dividido entre 360.

Además de la precisión y la claridad con que está redactado, el artículo bajo estudio tiene otra gran virtud. Establece una diferencia en la indemnización por intereses que debe pagar un banco receptor cuando su responsabilidad

²⁹² Crawford, *The UNCITRAL...*, p. 35.

derive de hecho lícito, y la que debe pagar un banco receptor cuando su responsabilidad derive de hecho ilícito, permitiendo al primero reducir el monto de intereses a pagar en un porcentaje igual al de la reserva que hubiera debido constituir.

Lo interesante aquí no es tanto el método para calcular la reducción de la responsabilidad, sino la diferenciación en sí misma, diferenciación que, pensamos, debió haberse incluido igualmente en la Ley Modelo.

k) Exclusividad de las acciones

Con la finalidad de lograr la tan deseada y tan necesaria armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales en esta materia, la primera parte del artículo 18 de la Ley Modelo señala con toda claridad que "las acciones previstas en el artículo 17 serán excluyentes y no se podrá invocar ninguna otra acción prevista en otras reglas de derecho respecto del incumplimiento de los artículos 8 ó 10."

La disposición encierra una contradicción en sí misma, pues mientras el propio artículo 17 remite al beneficiario a la ley que resulte aplicable para que con base en ella pueda exigir la responsabilidad de su banco, el Artículo 18 prohíbe el ejercicio de acciones distintas a las previstas en la Ley Modelo.

Además, la referencia expresa a los artículos 8, 10 y 17, podría dar lugar a controversias en el futuro. Supongamos que un banco receptor ejecuta incorrectamente la orden de pago de su expedidor, emitiendo una orden de pago por un monto menor al de aquella. Producto de dicha ejecución incorrecta, ese banco receptor estará obligado, según lo dispone el artículo 15 de la Ley Modelo, a emitir una orden de pago por la diferencia. Sin embargo, la sanción para el caso de incumplimiento no está establecida en ninguna parte de la Ley Modelo. ¿Significaría esto que el expedidor podría ejercitar alguna acción prevista en un ordenamiento jurídico distinto, toda vez que el Artículo 18 de la Ley Modelo sólo resulta aplicable a los artículos 8, 10 y 17?

El desatino no paró ahí, sino que la segunda parte de este artículo establece una excepción al principio de la exclusividad de las acciones, haciéndolas no tan exclusivas, como apuntan Patrikis, Baxter y Bhala²⁹³ en casos en los que "se trate de una acción fundada en el incumplimiento o en la ejecución indebida por un banco de una orden de pago a) con la intención específica de ocasionar una pérdida o b) con temeridad y a sabiendas de que podría resultar esa pérdida."

²⁹³ Op. cit., p. 323.

Esta parte de la disposición no fue eliminada de la Ley Modelo, merced a la fuerte oposición de algunas delegaciones que argumentaban que en sus ordenamientos jurídicos nacionales, la responsabilidad proveniente del dolo era exigible en todos los casos y que una disposición que pretendiera eliminarla, difícilmente podría ser adoptada en dichos ordenamientos.

Esta afirmación no resulta totalmente cierta, por lo menos en lo que se refiere al derecho positivo mexicano. En efecto, el artículo 2106 del Código Civil señala que "la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones" y que "la renuncia de hacerla efectiva es nula." Sin embargo, en el caso que nos ocupa ni se está eliminando la responsabilidad civil ni se está renunciando a hacerla efectiva. Lo único que hace el legislador es cuantificar de antemano el monto de los daños y perjuicios que el sujeto responsable debe pagar.

En general, parece poco apropiado hablar de intención y temeridad en relación con el tema que nos ocupa, cuando la gran mayoría de las órdenes de pago son procesadas a gran velocidad por máquinas que, hasta el día de hoy, no sienten ni actúan con temeridad.

Esta disposición constituye, en opinión de algunos autores, la diferencia más significativa entre la Ley Modelo y el Artículo 4A.

Según Patrikis, Baxter y Bhala, "la disposición sobre exclusividad y sus excepciones no tiene paralelo en el Artículo 4A. Dicha disposición contiene defectos serios y no debió haberse incluido en la Ley Modelo."

Una parte de la doctrina americana critica el hecho de que con esta disposición, la Ley Modelo abre la puerta para que la limitación legal de la responsabilidad civil de los bancos (que fue una de las razones por las que se decidió elaborar lo que hoy conocemos como Artículo 4A) pueda ser evadida.

Sin embargo, a pesar de las evidentes deficiencias de la disposición, habría que reconocer que la posibilidad de que así suceda es bastante remota, cuando no inimaginable, como afirma Bergsten.

10. Pago de la obligación subyacente

a) La moneda escritural o dinero bancario

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, entiéndese por moneda el "signo o símbolo que por disposición del derecho representa a la unidad del sistema monetario, o múltiplos o submúltiplos de ésta, el cual tiene poder liberatorio para solventar obligaciones pecuniarias, dentro de los límites

establecidos por el derecho, por lo cual el acreedor está obligado a recibir el pago dentro de tales límites."²⁹⁴

De la definición anterior, vale la pena destacar los siguientes elementos:

1. La moneda es un signo o símbolo y no necesariamente un objeto corpóreo que ocupe un lugar en el espacio, como los billetes y monedas que constituyen hoy en día la concreción más común del dinero en la mayoría de los Estados. Esta caracterización de la moneda como signo o símbolo y no necesariamente como un trozo de metal o de papel con determinadas peculiaridades, no sólo es aceptada en la doctrina mexicana por Vázquez Pando, sino también por Francisco Borja Martínez, quien define a la moneda como "la unidad de valor creada por el Estado para que, a través de los signos que la representan, funja como medio general de pago en su territorio; a este propósito, el orden jurídico confiere a tales signos 'curso legal', esto es, poder liberatorio de obligaciones pecuniarias."²⁹⁵

En el caso específico de Vázquez Pando, bien vale la pena destacar el hecho de que su caracterización de la moneda como signo o símbolo, tiene por objeto dar cabida dentro de su definición del término moneda, a la moneda escritural, "la cual carece de materialidad, siendo una mera cifra que consta en algún registro."²⁹⁶ Al ampliar de esta manera la extensión de su definición, el autor pensaba particularmente en "la transferencia electrónica de fondos de una cuenta a otra."²⁹⁷

En la doctrina extranjera sobre este tema, Mann considera que "la calidad de dinero debe atribuirse a todos los bienes que, emitidos por la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, deberán servir como medios universales de intercambio en el Estado emisor."²⁹⁸ Este autor considera que, tradicionalmente, los hombres han asociado la idea de dinero con símbolos materiales como animales, productos, cantidades de algún metal o monedas y billetes. Sin embargo, reconoce que, en ocasiones, el dinero también ha sido expresado mediante símbolos incorpóreos, principalmente "cuentas bancarias que, para los fines de realización de pagos, se abonan o cargan."²⁹⁹

Baste lo anterior para dejar en claro que la moneda, como concreción sancionada por el derecho de ese concepto abstracto que es el dinero, no

²⁹⁴ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Reflexiones sobre el artículo 8° de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*, JUS, vol. II, Parte I, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 1985, p. 233.

²⁹⁵ Borja Martínez, Francisco, *El sistema monetario mexicano*, Jurídica, número 16, 1984, pp. 187-188.

²⁹⁶ Vázquez Pando, *Reflexiones...*, p. 282.

²⁹⁷ Vázquez Pando, *Reflexiones...*, p. 282.

²⁹⁸ Mann, op. cit., p. 30.

²⁹⁹ Mann, op. cit., p. 31.

necesariamente debe tomar la forma corpórea de una moneda metálica o de un billete de banco, sino que puede hacerlo de igual manera bajo la forma de una simple anotación en un registro, anotación que puede constar por escrito en un papel o ser sencillamente una realidad electrónica.

2. La moneda es siempre una creación del derecho y es resultado de un acto soberano del Estado, a quien el derecho internacional público tradicionalmente ha reconocido esa soberanía para legislar en relación con su propia moneda.

En este sentido, la moneda "es el producto del *jus cudendae monetae* perteneciente al poder supremo de todo Estado."³⁰⁰

Esta soberanía estatal para regular su propia moneda ha sido reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional, al señalar que "es, en efecto, un principio generalmente aceptado que un Estado tiene derecho a regular su propio circulante."³⁰¹

Lo anteriormente expuesto nos permite llegar a una primera conclusión: en un Estado determinado, sólo serán considerados como dinero (concepto abstracto) o moneda (concreciones del concepto dinero), aquellos signos o símbolos a los que el derecho vigente atribuya ese carácter.

Preguntarse, pues, si un signo o símbolo determinado al que la ley no le otorga expresamente carácter dinerario o monetario es o no es moneda en un Estado, carece en absoluto de relevancia para el jurista, pues la respuesta está previamente dada: sólo es dinero lo que el orden jurídico positivo dispone que sea tal.

El interrogante quizá podría plantearse válidamente en otros términos: ¿cuáles son los signos o símbolos a los que el derecho considera moneda?, ¿existe un número limitado de estos signos o símbolos o puede el legislador atribuir el carácter de moneda a cualquier signo o símbolo que considere adecuado para cumplir la función de medio general de pago dentro de una comunidad jurídica?

Nuestra opinión personal es que la facultad soberana del Estado para regular su propia moneda no tiene más limitaciones que las impuestas por el derecho internacional público y que, en principio, el legislador goza de la más entera libertad para considerar moneda cualquier signo o símbolo que le parezca adecuado, lo mismo una pieza de cacao que una cifra electrónicamente inscrita en un registro de la misma naturaleza.

³⁰⁰ Mann, op. cit., p. 531.

³⁰¹ *Serbian and Brazilian Loans*, Publicaciones de la Corte, Serie A, números 20-21, p. 44.

3. Según Borja Martínez, la función que el derecho confiere, de manera primordial a la moneda, es la de servir como medio general de pago. Para ello, es necesario que el derecho confiera a la moneda poder liberatorio para solventar obligaciones dinerarias.

El concepto del "poder liberatorio" es un atributo de la moneda, por virtud del cual el deudor en una obligación dineraria cumple su obligación entregando al acreedor la cantidad de moneda pactada, quedando con ello liberado de su obligación.

El concepto de poder liberatorio no debe confundirse con la obligación legal a cargo del acreedor de una obligación dineraria, de recibir la moneda en pago, confusión en la que incurre con gran frecuencia nuestro legislador nacional.

4. Obligación de recibir a cargo del acreedor. Es posible que por razones de índole plenamente práctica, el orden jurídico obligue al acreedor a recibir ilimitadamente determinado tipo de moneda en pago de obligaciones dinerarias, al paso que sólo lo obliga a recibir limitadamente otro tipo de monedas, lo que no significa que estas últimas no sean monedas o que su poder liberatorio se halle disminuído.

Vázquez Pando denomina a aquel tipo de moneda que el acreedor está obligado a recibir ilimitadamente, "signos monetarios fundamentales," y a aquellos otros que sólo está obligado a recibir parcialmente, "signos monetarios de apoyo."

Tanto los signos monetarios fundamentales como los de apoyo tienen poder liberatorio ilimitado, pues al recibirlos el acreedor, el deudor queda liberado de su obligación.

b) La moneda en el derecho mexicano

La fracción X del artículo 73 constitucional faculta al Congreso, entre otras cosas, para fijar las condiciones que deba tener la moneda. Dejando a un lado las evidentes deficiencias de la disposición, pensamos que la misma sí otorga una facultad general al Congreso para legislar en materia de moneda.

En ejercicio de esta facultad, el Congreso expidió la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos en 1931, misma que con múltiples y no siempre muy afortunadas reformas, sigue en vigor actualmente.

En su artículo 1º, la Ley Monetaria establece el "peso" como la unidad de nuestro sistema monetario y señala que esa unidad "tendrá la equivalencia que por ley se señalará posteriormente." Esta equivalencia no ha sido señalada hasta la fecha, por la sencilla razón de que no existe tal equivalencia, pues como bien

hace notar Vázquez Pando, el peso "en la actualidad es una unidad abstracta de medición, carente de una definición de valor específico en términos de metal o de algún otro parámetro extrínseco."³⁰²

La respuesta a la pregunta ¿qué es moneda en derecho mexicano? está dada por los artículos 2° y 2°bis de la Ley Monetaria, que atribuyen el carácter de moneda a los siguientes signos o símbolos:

a) los billetes del Banco de México;

b) las monedas metálicas de veinte, diez, cinco, dos y un pesos, y de cincuenta, veinte, diez y cinco centavos, con los diámetros, composición metálica, cuños y demás características que señalen los decretos relativos;

c) las monedas metálicas conmemorativas de acontecimientos de importancia nacional, en platino, en oro, en plata o en metales industriales, con los diámetros, leyes o composiciones metálicas, pesos, cuños y demás características que señalen los decretos relativos; y

d) las monedas metálicas acuñadas en platino, en oro y en plata, cuyo peso, cuño, ley y demás características señalen los decretos relativos. Cabe mencionar que este último tipo de moneda, a diferencia de los tres mencionados anteriormente, no está destinada a circular.

Fuera de estos signos o símbolos, el derecho mexicano no reconoce moneda alguna, como moneda nacional, claro está.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley Monetaria, establece erróneamente que los billetes del Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado. En realidad, lo que el legislador quiso decir y no pudo, es que todo acreedor de obligaciones dinerarias está obligado a recibir en pago, sin limitación alguna, los billetes del Banco de México que su deudor le ofrezca.

Mientras que el acreedor está obligado a recibir ilimitadamente los billetes del Banco de México con los cuales pretenda pagarle su deudor, sólo está obligado, según lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley Monetaria, a recibir cien monedas metálicas de cada denominación, en cada pago.

Las obligaciones de pago en moneda mexicana "se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas señaladas en el artículo 2°."

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que, de conformidad con el derecho positivo mexicano, sólo son moneda los billetes emitidos por el Banco de

³⁰² Vázquez Pando, "Derecho...", p. 57.

México y determinadas piezas metálicas cuyas condiciones son fijadas por el Congreso. Poco importa en este sentido que la casi totalidad de obligaciones dinerarias se cumplan actualmente mediante el libramiento y entrega de cheques o mediante transferencia de fondos entre cuentas bancarias; estas cuentas no son, jurídicamente, moneda.

Esto no impide, sin embargo, que en un futuro más o menos cercano, el legislador pudiera atribuir el carácter de moneda a aquellos pasivos bancarios pagaderos a la vista, contra los cuales se libran cheques o se transfieren fondos a otra cuenta.

c) El pago mediante transferencia en derecho mexicano

Pago es "el acto jurídico consensual consistente en el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que se ejecuta con la intención de extinguir una deuda preexistente."³⁰³

La definición legal de pago se establece en el artículo 2062 del Código Civil, que a la letra dice: "pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."

Independientemente de que pueda considerársele o no como moneda desde un punto de vista estrictamente jurídico positivo, es innegable que la transferencia de crédito entre una cuenta bancaria y otra constituye el medio más importante de pago de obligaciones dinerarias, si bien no en el número de transferencias realizadas, sí, indudablemente, en el volumen de los pagos involucrados.

La transferencia de crédito constituye el medio de pago de obligaciones dinerarias más importante en el ámbito comercial, principalmente en el comercio internacional y en los mercados de divisas y de capitales internacionales.

Sin embargo, por lo menos en derecho mexicano, las obligaciones dinerarias deben solventarse entregando precisamente billetes del Banco de México y determinadas monedas metálicas.

Ahora bien, atento al principio de exactitud en la sustancia del pago, el acreedor de cosa cierta, como lo es todo acreedor de una suma determinada de dinero, "no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor."³⁰⁴

¿Podría decirse entonces que el deudor que paga los 1,000 pesos que debe a su acreedor mediante transferencia de dicha cantidad a su cuenta

³⁰³ Rojas Villegas, op. cit., tomo V, volumen II, p. 215.

³⁰⁴ Artículo 2012 del Código Civil.

bancaria y no mediante la entrega física de billetes y monedas, está entregando una cosa distinta de la que se obligó a pagar? Más importante aún, ¿podría válidamente el acreedor rechazar el pago así ofrecido por su deudor con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2012 del Código Civil?

Tal cuestionamiento admite, en principio, dos respuestas. Una aplicable al caso en que acreedor y deudor hubieren pactado que el pago de la obligación se hiciera precisamente mediante transferencia de la cantidad debida a la cuenta bancaria del acreedor, en cuyo caso no existe duda de que el deudor se libera transfiriendo los fondos en la forma convenida. Y otra aplicable al caso en que no exista dicho acuerdo de voluntades entre las partes. Afortunadamente, las más de las veces las partes pactan que el pago se haga precisamente mediante transferencia de crédito.

Según Mann, "en ausencia del consentimiento del acreedor, explícito o implícito, las deudas sólo pueden cubrirse mediante el pago de lo que la ley considere dinero, o sea el dinero legal."³⁰⁵ Según este autor, las deudas dinerarias se contraen precisamente en términos de dinero y no en términos de cuentas bancarias o certificados, por lo que deben pagarse con dinero.

Y, sin embargo, la realidad nos muestra que salvo por algunas pequeñas deudas de algunas cuantas amas de casa por montos no precisamente significativos, la gran mayoría de las obligaciones en dinero se pagan no mediante la entrega de billetes y monedas, como ordena la ley, sino precisamente mediante el libramiento y entrega de cheques o mediante transferencia de fondos entre cuentas bancarias.

Ante esto ¿qué diremos?, ¿que se trata de una realidad metajurídica que no debe interesar al jurista sino al sociólogo o al economista? De ninguna manera. Aceptamos que de conformidad con nuestra legislación vigente los pasivos bancarios pagaderos a la vista no son considerados moneda; sin embargo, no aceptamos que se cierre los ojos ante una realidad innegable que requiere ser regulada jurídicamente de manera apropiada.

Es cierto, pues, que en el derecho mexicano rige el principio de exactitud en la sustancia del pago antes mencionado. Sin embargo, también es verdad que dicho principio tiene varias excepciones en tratándose de obligaciones dinerarias. Quizá la excepción menos ignorada por la doctrina sea aquella que se refiere a la facultad del deudor de pagar, bajo ciertas circunstancias reguladas en la Ley Monetaria, en una moneda distinta a la moneda de pago originalmente acordada con el acreedor. Esta excepción está expresamente establecida en el artículo 8° de la Ley Monetaria.

³⁰⁵ Mann, op. cit., p. 30.

Sin embargo, al menos un connotado tratadista mexicano plantea como una posible excepción a este principio, la existencia de "medios de pago que de utilizarse pueden llegar a extinguir la obligación, sin que se trate ni de entregas simbólicas ni de daciones en pago y que, por otra parte, no implican la entrega real de monedas."³⁰⁶

Evidentemente, entre estos medios de pago el autor pretende hacer referencia especial al fenómeno que hemos denominado transferencia de crédito.

Veamos qué sucede en la práctica.

La transferencia de crédito es un medio de pago utilizado las más de las veces para hacer el pago de obligaciones dinerarias por montos sumamente elevados. A manera de ejemplo, bástenos recordar que el monto promedio de una transferencia procesada a través de CHIPS en el año de 1991 era de 5.7 millones de dólares y que el monto promedio de una transferencia de crédito procesada a través de Fedwire en ese mismo año era de 3.0 millones de dólares.

Supongamos que A debe a B 500 millones de pesos y que en el contrato que dio origen a dicha obligación las partes no pactaron absolutamente nada acerca de la entrega de esta cantidad de dinero. Supongamos que el día del vencimiento de la obligación A transfiere los 500 millones de pesos a la cuenta que el banco C le lleva a A.

¿Podría B válidamente rechazar el pago hecho por A y exigir la entrega de billetes y monedas? Peor aún, ¿podría dar por vencido anticipadamente el contrato y exigir de A el pago de daños y perjuicios por no haber cumplido su obligación de pago?

Una Interpretación literal del artículo 7 de la Ley Monetaria quizá podría justificar una respuesta afirmativa.

Sin embargo, nos adherimos a la opinión de Vázquez Pando en el sentido de que resulta difícil pensar que un tribunal considerara que no se ha cumplido la obligación en este caso, por el sólo hecho de que el pago se hubiere hecho mediante transferencia.

Como bien apunta el mismo autor, tratándose de operaciones cuantiosas, parecería incluso contrario a la buena fé contractual el exigir la entrega de billetes y monedas. Efectivamente, se estaría imponiendo innecesariamente al deudor la obligación de retirar los fondos de su banco y transportarlos bajo su propio riesgo hasta el lugar donde deba hacerse el pago. El primer problema que enfrentaría el deudor sería el de que muy probablemente el efectivo disponible en la sucursal de su banco a la que acudiera a cobrar un cheque, por ejemplo, no alcanzaría

³⁰⁶ Vázquez Pando, *Derecho*..., p. 107.

para cubrir el importe de dicho cheque. Solucionado este problema, el deudor correría a partir de ese momento el riesgo de ese dinero, pues aunque el dinero constituye un género, el riesgo del mismo no se transmite al acreedor mediante la simple especificación, como ocurre en todos los demás casos, sino que es necesaria su entrega.

Y, cabría preguntarse ¿qué hará el acreedor con sus 500 millones de pesos en billetes? Salvo que se tratara de un incapaz, por no llamarlo de otra manera, iría inmediatamente a depositarlos en su banco, muy probablemente al mismo banco al cual el acreedor pudo haber transferido los fondos directamente.

Entonces, ¿por qué no permitir al deudor en estos casos pagar a su acreedor mediante transferencia de crédito y liberarse así de su obligación de pagar?

Como hemos visto, la solución que deriva de una interpretación literal de nuestro ordenamiento jurídico positivo, daría lugar a graves injusticias, pues permitiría al acreedor rechazar sin justificación alguna el pago ofrecido de buena fé por su deudor, cuando quizá el único motivo para ello sea el poder rescindir un contrato válidamente celebrado que por alguna circunstancia hubiere resultado, con el transcurso del tiempo, más oneroso para el acreedor de lo que originalmente había previsto.

d) La moneda escritural en el derecho mexicano

Hemos visto que el ordenamiento jurídico positivo en nuestro país sólo reconoce dos concreciones del dinero: los billetes del Banco de México y determinadas monedas metálicas.

Por consiguiente, vale la pena repetirlo, el llamado dinero bancario o moneda escritural, que en la vida diaria no sólo funciona como dinero sino que la sociedad de alguna manera lo reconoce como tal, no es dinero. Es, aunque parezca extraño, un medio de pago de obligaciones dinerarias ampliamente utilizado, que carece de una regulación normativa adecuada.

Esta es la respuesta de nuestro derecho positivo. De acuerdo. No significa, sin embargo, que sea la mejor de las respuestas posibles ni que sea la respuesta que deba seguir ofreciendo.

Analicemos en primer lugar el caso de la moneda escritural con referencia específica al banco central. ¿Habrá alguien que se atreva a decir que existe alguna diferencia entre el portador de un billete de 100 pesos emitido por el Banco de México y el titular de un crédito quirografario a cargo de dicho instituto

central por la misma cantidad, anotado en una cuenta contra la que el titular de la misma puede librar cheques o transferir recursos a otra cuenta, por ejemplo?

¿Qué no ambos constituyen pasivos a cargo del Banco de México?

Luego entonces, ¿por qué atribuir poder liberatorio a un signo (billete) y negárselo a otro (inscripción de un crédito en cuenta) si ambos son generalmente utilizados como medios de pago y si ambos, a final de cuentas, no son sino dos especies de un mismo género, a saber: pasivos a cargo del banco central?

Uno de los principales argumentos para no otorgar el carácter de monedas a cualesquier signo que caprichosamente pudiera seleccionar el legislador, reside precisamente en la protección del acreedor. Pues bien, en el caso que nos ocupa, el acreedor que reciba un billete de 100 pesos y el acreedor cuya cuenta en el banco central se acredite con 100 pesos, gozan exactamente de la misma protección, ni más ni menos.

En conclusión, pensamos que no existe razón alguna que impida a nuestro legislador conferir poder liberatorio a este tipo de pasivos a cargo del banco central, pagaderos a la vista y anotados en una cuenta, contra la cual su titular puede librar cheques o emitir órdenes de pago, toda vez que con ello no se afecta en modo alguno el interés público y sí se contribuye enormemente a una operación eficiente de nuestro sistema de pagos.

La cuestión no aparece tan clara a primera vista cuando referimos el problema de la moneda escritural a las cuentas llevadas por las instituciones de crédito.

Es verdad que, de conformidad con el Artículo 4 de la Ley de Banco de México, corresponde privativamente a éste emitir billetes y ordenar la acuñación de moneda metálica, así como poner ambos signos en circulación.

Sin embargo, esto no ha sido siempre así. En nuestro país, del 15 de abril de 1913 al 30 de noviembre de 1916, los billetes de los bancos privados, por disposición gubernamental, tenían poder liberatorio, lo que les daba el carácter de moneda. Por otra parte, no todos los bancos centrales en todos los Estados que integran la comunidad internacional tienen el carácter de entidades estatales y muchos de ellos ni siquiera tienen el monopolio de la emisión monetaria.

Además ¿no dispone el artículo 86 de la LIC que los integrantes del sistema bancario se consideran de acreditada solvencia?

Cierto que nuestra triste realidad hace que el contenido de esta disposición parezca irrisorio. Sin embargo, tampoco encontramos razones de peso que

impidieran el que el legislador pudiera en un futuro más o menos cercano conferir poder liberatorio a determinados pasivos bancarios pagaderos a la vista.

¿Que debe protegerse al acreedor? Pues bien, nosotros sostenemos que es necesario también proteger al deudor de buena fé, ya que el pago no es sólo una obligación a su cargo sino también un derecho. Y por cierto, un derecho nada despreciable, toda vez que precisamente le permite liberarse de su obligación.

e) La nota al pie de página

En virtud de que el propósito fundamental de todo iniciador, en la gran mayoría de las transferencias de crédito, consiste precisamente en cumplir con una obligación dineraria a su cargo y en favor del beneficiario, es lógico que la Ley Modelo se ocupara de alguna manera del tema relativo al pago de la obligación subyacente, tema que, en nuestra opinión, no cede en importancia ante ninguno de los otros temas tratados con anterioridad.

Originalmente, el proyecto de Ley Modelo incluía una disposición que autorizaba el pago de una obligación dineraria mediante transferencia de fondos a la cuenta bancaria del beneficiario, salvo acuerdo en contrario entre las partes.

Esta disposición fue eliminada del texto del proyecto de Ley Modelo durante el sexto período de sesiones, pues se consideró que de alguna manera se estaba limitando la soberanía monetaria de los Estados.

El argumento no era precisamente correcto. Siendo la Ley Modelo un texto que, finalmente, si ha de tener alguna significación jurídica, debe ser expedido como ley por el poder legislativo de cada Estado, dicha limitación, de llegar a existir, no pasaría de ser una mera sugerencia.

Es cierto que quizá no fuera la Ley Modelo el lugar más adecuado para dicha disposición. Es cierto. Con referencia específica a nuestro derecho, tal disposición quizá debiera formar parte de la Ley Monetaria, particularmente de su artículo 7, como hemos visto.

Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió eliminarla y se mantuvo únicamente el siguiente texto:

"Cuando la finalidad de la transferencia de crédito sea cumplir una obligación del iniciador con el beneficiario que puede cumplirse mediante transferencia a la cuenta indicada por el iniciador, la obligación se considerará cumplida en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y en la medida en que esta obligación quedarle satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo."

Este era el texto del párrafo 2 del artículo 17 del proyecto de Ley Modelo que la Comisión analizó en su segundo período de sesiones, en el que se manifestaron varios puntos de vista contrarios al mantenimiento de la disposición. Entre otras cosas, se señaló que la Ley Modelo no debería ocuparse de la cuestión relativa a los medios de pago legales y que, en todo caso, debería exigirse el consentimiento del acreedor, para que la operación pudiera considerarse cumplida.

Como no pudo llegarse a ningún acuerdo aceptable, la Comisión decidió, como en otras ocasiones cuando un asunto se complicaba demasiado, mandar el texto analizado a una nota al pie de página. Así se aprobó y la disposición finalmente aparece como una nota al artículo 19, relativo a la conclusión de la transferencia de crédito.

Ocupémonos ahora, aunque sea brevemente, de la disposición en sí misma.

Debe notarse, en primer lugar, que la disposición bajo estudio no pretende determinar qué tipo de obligaciones puedan válidamente cumplirse mediante transferencia de fondos, cuestión que habrá de resolver, como ya mencionamos, la Ley Monetaria.

A pesar de lo anterior, la disposición exige que, en todo caso, el beneficiario haya "indicado" la cuenta a la que deban transferirse los fondos. Esto en sí mismo ya encierra una contradicción, pues qué sucede si la ley que determina las obligaciones que pueden cumplirse mediante transferencia no impone este requisito. La Ley Modelo no señala cómo deba hacerse esta indicación, si debe ser expresa, verbal o escrita, o si basta con que un beneficiario mantenga una cuenta en un banco para que se considere que ha indicado dicha cuenta.

Mejor habría resultado el silencio del redactor de la Ley Modelo en este sentido.

La disposición establece, además, el momento en que debe considerarse cumplida la obligación, es decir, cuando el banco del beneficiario acepte la orden de pago y, como consecuencia de ello, quede obligado a poner los fondos respectivos a disposición del beneficiario.

La última parte de la disposición, constituye, a nuestro entender, un desatino, producto de una mala copia del Artículo 4A-406. En efecto, si una obligación se considera cumplida, dicha obligación se extingue y el deudor simplemente queda liberado de ella. No había pues razón para hacer comparaciones inútiles como el que hace la disposición bajo estudio al decir que

la obligación se considerará cumplida "en la medida en que esa obligación quedaría satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo."

Si bien la disposición resulta criticable en varios aspectos, no debe perderse de vista el hecho de que la Ley Modelo no pretende ser otra cosa sino un modelo precisamente y servir como guía a los legisladores nacionales al momento de elaborar leyes sobre la materia.

En este sentido, la disposición cumple cabalmente su función. Será responsabilidad del legislador nacional sacarla de la Ley Modelo (lugar al que definitivamente no pertenece) y colocarla en el lugar adecuado.

Por último, debe tratarse el asunto relativo al principio de exactitud en el modo del pago, en relación con el tema que nos ocupa.

Nos referimos, evidentemente, al problema relativo a la aceptación del banco del beneficiario de una orden de pago por un monto menor al de la orden de pago del iniciador, cuando ello se deba al cobro de comisiones de uno o más bancos intermediarios.

Conforme al principio mencionado, "el pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley."³⁰⁷

Trátase de una disposición prohibitiva. Por lo tanto, el acto que la contravenga será nulo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Código Civil.

Por los términos claros y precisos en que está redactado el Artículo 2078, consideramos que en ningún caso el acreedor podrá ser obligado a recibir una cantidad menor a la que le es debida, salvo que así lo hubiere acordado o que la ley lo disponga de esa forma, aun cuando la diferencia pudiera parecer insignificante.

Es verdad que lo que este principio de la exactitud en el modo del pago pretende evitar es que el acreedor se vea obligado a recibir cantidades insignificantes en repetidas ocasiones, sin que esto le represente ninguna utilidad. Interpretado de esta manera, podría concluirse que el acreedor está obligado a recibir el pago cuando la diferencia entre lo que recibe y lo debido sea una cantidad insignificante, independientemente de que pueda exigir al deudor el pago de la diferencia.

A esa conclusión llega A. von Thur³⁰⁸ en relación con el Código Civil alemán, al señalar que las prestaciones parciales son admisibles "cuando la parte

³⁰⁷ Artículo 2078 del Código Civil.

que falte para la prestación total sea tan insignificante, que el hecho de rechazar lo que al acreedor se le ofrece sea inadmisibles al tenor del artículo 2 del Código Civil."

Si bien esta interpretación parece bastante razonable, los términos de los artículos citados de nuestro Código Civil parecen no dar lugar a ella.

Después de todo, si el acreedor queda obligado a recibir pagos parciales cuando así lo disponga la ley, vale más establecerlo de esa manera claramente y evitar problemas de interpretación posteriores.

El problema en la Ley Modelo surge del hecho de que el párrafo 2 del artículo 19 se limita a señalar que "la transferencia de crédito se completa aun cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea inferior a la suma indicada en la orden de pago del iniciador, por haber deducido de su importe uno o varios bancos receptores, las comisiones por ellos cobradas."

Es decir, la Ley Modelo establece que no obstante que el monto de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario no sea idéntico al de la orden de pago del iniciador, la transferencia se completa. Sin embargo, no establece claramente que el beneficiario estará obligado a recibir esos pagos parciales.

Como suponemos que esa haya sido la intención del redactor de la Ley Modelo, nuestro legislador, en caso de que decida adoptar la Ley Modelo, no tendrá sino expresar esa intención correctamente.

f) El Artículo 4A

Cuando el propósito de una transferencia de crédito sujeta a las disposiciones del Artículo 4A sea el de cumplir con una obligación dineraria subyacente a cargo del iniciador y en favor del beneficiario, la obligación se considerará cumplida en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago en beneficio del beneficiario.

Según lo dispuesto por el inciso b) del Artículo 4A-406, la obligación a cargo del iniciador se considera cumplida de la misma manera que si se hubiera entregado una cantidad igual en efectivo.

El Artículo 4A no exige que el beneficiario indique la cuenta bancaria a la que deben transferirse los fondos. Sin embargo, le permite rechazar el pago cuando el pago mediante transferencia se hubiere prohibido en el contrato que

³⁰⁸ Citado por Rojina Villegas, op. cit., tomo V, volumen II, p. 240.

hubiere dado origen a la obligación del iniciador, siempre y cuando se cumplan, adicionalmente, los siguientes requisitos:

a) que el beneficiario, dentro de un plazo razonable después de haber recibido del banco del beneficiario aviso de la recepción de la orden de pago, hubiere notificado su rechazo al expedidor;

b) que los fondos no hubieren sido retirados por el beneficiario ni aplicados al pago de una deuda a cargo del beneficiario; y

c) que el beneficiario pudiere sufrir una pérdida que hubiere podido razonablemente evitarse si se hubiera cumplido con el contrato.

Con mejor técnica jurídica que la Ley Modelo, el inciso c) del mismo artículo establece que, en caso de que el banco del beneficiario hubiere aceptado una orden de pago por un monto inferior al de la orden de pago del iniciador, debido al cobro de comisiones por parte de uno o varios bancos intermediarios, el pago al beneficiario se considerará hecho por el importe de la orden de pago del iniciador, a menos que el beneficiario no reciba el pago de la diferencia, después de haber interpelado al iniciador.

El Artículo 4A tiene en este sentido dos ventajas significativas sobre la Ley Modelo. En primer lugar, no requiere del consentimiento tácito o expreso del beneficiario para que el iniciador pueda pagar su obligación mediante transferencia. En realidad, el Artículo 4A permite al deudor pagar de ese modo y sólo otorga al beneficiario el derecho de rechazar el pago en circunstancias muy limitadas.

Además, el Artículo 4A sí obliga expresamente al beneficiario a aceptar los pagos parciales de los que antes nos hemos ocupado.

CAPÍTULO II
CONCLUSIONES

Del estudio previo, se pueden señalar como conclusiones fundamentales, las siguientes:

1. La transferencia de crédito constituye un medio de pago autónomo, que debe regirse por principios y normas jurídicas igualmente autónomas. Querer, en este sentido, sujetar la transferencia de crédito a la teoría general de las obligaciones o a las reglas aplicables a los contratos, o peor aún, querer considerarlo como una especie de algún contrato regulado por la ley (v.g., el contrato de mandato) es ir en contra de la naturaleza de las cosas.

2. La transferencia de crédito constituye actualmente el medio de pago de obligaciones dinerarias más importante, si bien no en el número de pagos realizados, sí por lo que se refiere a los montos involucrados.

3. La insuficiencia de la legislación común en la mayoría de los países, para regular adecuadamente la transferencia de crédito es, nos atreveríamos a decir, evidente.

4. Existe no sólo la necesidad sino la urgencia de contar con ordenamientos jurídicos en la gran mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional (con la única excepción de los Estados Unidos de América) que regulen en forma integral el fenómeno de la transferencia de crédito (fenómeno de rara y difícil configuración desde un punto de vista jurídico), principalmente por lo que se refiere a los derechos y obligaciones de las partes.

5. Producto de eso que podríamos llamar la "vocación" interestatal o internacional de la transferencia de crédito, es necesario no sólo legislar con los ojos puestos en los distintos mercados domésticos, sino con el propósito común de fomentar el proceso de armonización de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en esta materia.

6. La Ley Modelo constituye el marco de referencia obligado de cualquier legislador nacional que pretenda regular dentro de su territorio esta figura jurídica, teniendo en cuenta lo señalado en el numeral anterior.

7. La Ley Modelo es un texto perfectible en muchos aspectos; sin embargo, es resultado del consenso de una buena parte de los Estados que integran la comunidad internacional y es plenamente compatible con la forma en que operan normalmente los sistemas de transferencias de crédito y con la única ley actualmente en vigor sobre la materia: el Artículo 4A. Estos son factores que nuestro legislador debe considerar cuidadosamente antes de lanzarse a legislar sobre la transferencia de crédito.

8. Sería conveniente iniciar a la brevedad en nuestro país el proceso de consultas y negociaciones entre las distintas partes involucradas, que conduzca a la promulgación de una ley que regule en forma integral la transferencia de crédito. Nos parece evidente que este proceso debe partir de un análisis serio de la Ley Modelo y el Artículo 4A entre las autoridades financieras, el sector bancario y los usuarios de este servicio, que son principalmente las grandes empresas, los demás intermediarios financieros y algunos inversionistas que podríamos llamar "institucionales."

9. Seguramente, a diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos de América respecto de la elaboración del Artículo 4A, el proceso tendiente a la elaboración de un texto legal que regule la transferencia de crédito en nuestro país no contará con el apoyo decidido del sector bancario, pues hasta el día de hoy las instituciones que integran ese sector parecen no haberse dado cuenta de los graves riesgos que pueden derivar de la inexistencia de una reglamentación clara y precisa de la materia. Por lo tanto, será más una labor de las autoridades financieras, que deben cuidar no sólo el buen funcionamiento del sistema sino también los intereses del público, así como de los usuarios del servicio de transferencias de crédito.

10. La uniformidad a nivel internacional sólo podrá lograrse en la medida en que los distintos Estados comiencen a adoptar como ley nacional, textos parecidos o compatibles con la Ley Modelo, con las modificaciones mínimas indispensables que permitan su coexistencia armónica con el resto de normas jurídicas del sistema de que se trate.

11. Sería un lamentable error que nuestro legislador se lanzara a la odisea de elaborar un texto legal sin tomar en consideración los trabajos de organismos internacionales y de otros Estados en esta materia. Sería tanto o más lamentable que el hecho de que se abstuviera de legislar al respecto.

12. El precario desarrollo a nivel mundial de las normas jurídicas aplicables a las transferencias de crédito se debe principalmente al eficiente funcionamiento del sistema de transferencias de crédito, así como al bajo margen de error con el que operan, y no precisamente a que el derecho vigente ofrezca soluciones adecuadas a los problemas que eventualmente pueden surgir.

13. A fin de lograr la uniformidad en el plano internacional, sería conveniente utilizar el mismo lenguaje general que emplea el redactor de la Ley Modelo y no tratar de sustituir aquellos términos que acaso no tuvieran una significación jurídica previa en nuestro derecho positivo, por términos técnicos cuyo empleo pudiera resultar incompatible con ordenamientos jurídicos extranjeros. Evidentemente, debe cuidarse en todo momento el buen uso del idioma español en la ley que eventualmente llegara a expedir

nuestro legislador, cosa que en ocasiones el redactor de la Ley Modelo no hizo.

14. Sugerimos que la transferencia de crédito sea regulada en nuestro país como una operación de crédito exclusivamente bancaria, excluyendo la posibilidad de que otro tipo de empresas, no sujetas a los mismos regímenes de capitalización ni sujetas a la misma supervisión por parte de las autoridades financieras, puedan participar en este mercado con el carácter de bancos receptores.

15. Para esto, sugerimos modificar el texto actual del artículo 31 de la Ley del Banco de México, con objeto de excluir la referencia a esas "otras empresas" que presten el servicio de transferencias de crédito o de fondos de manera profesional.

16. Al ser una operación de crédito exclusivamente bancaria, la transferencia de crédito sería un acto principal de comercio, de mercantilidad condicionada por el carácter de los sujetos que necesariamente deben participar en la misma. Sin embargo, sería un acto absolutamente mercantil si el legislador decidiera regularla dentro de la LGTOC.

17. Como hemos tratado de demostrar con anterioridad, no existen argumentos sólidos que justifiquen una reglamentación diferenciada de las transferencias internacionales de crédito, por una parte, y de las transferencias nacionales de crédito, por la otra. Por lo tanto, sugerimos que en un sólo ordenamiento legal se regulen ambos tipos de transferencia.

18. Sería conveniente contar, en la ley que eventualmente llegara a promulgarse en nuestro país a propósito de las transferencias de crédito, con una disposición que establezca que, en la interpretación de esa ley, por lo menos cuando se trate de transferencias internacionales de crédito, se tendrá en cuenta su carácter materialmente internacional, así como la necesidad de promover la unificación en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fé en el comercio internacional.

19 Es necesario contar en dicha ley con una disposición relativa a la aplicación supletoria de otras normas jurídicas, para el caso de situaciones que no estén expresamente previstas en la misma. El esquema sugerido sería el siguiente:

- a) ley sobre transferencia de crédito;
- b) LIC o la Ley Orgánica que corresponda;
- c) reglas de los sistemas de transferencias de crédito;

- d) usos y prácticas bancarias, nacionales o internacionales;
- e) usos y prácticas mercantiles, nacionales o internacionales; y
- f) legislación mercantil;
- g) Código Civil.

En todo caso, las cuestiones relativas a las transferencias de crédito que no estén expresamente resueltas por la ley especial, deben resolverse de conformidad con los principios generales sobre los cuales fue elaborada la Ley Modelo, entre los cuales se pueden citar: la autonomía privada, el deber de reembolso, la limitación de la responsabilidad de los bancos y el buen funcionamiento de los sistemas de transferencias de crédito.

20. Como una medida contra el ilícito comúnmente denominado "lavado de dinero," se sugiere que los bancos sólo puedan ejecutar aquellas órdenes de pago que reciban de sus cuentahabientes y que, en todos los casos, el beneficiario sea, a su vez, cuentahabiente del banco del beneficiario.

21. Al considerar la transferencia de crédito como una operación de crédito exclusivamente bancaria, el legislador podría definir el término "banco" como cualquier institución de crédito, con el significado que a este término se atribuye en la LIC, incluyendo por supuesto a las filiales bancarias de instituciones financieras del exterior.

22. Nos parece del todo acertada la decisión del redactor de la Ley Modelo en el sentido de excluir a las transferencias de débito del ámbito de aplicación de dicha ley, situación que no debería modificarse.

23. Se sugiere excluir expresamente las órdenes de pago sujetas a condición del ámbito de aplicación de la ley que eventualmente llegara a expedir el legislador nacional. Sin embargo, cuando un banco ejecute una orden de pago sujeta a condición mediante la emisión de una orden de pago pura y simple, deberá considerarse a dicho banco como el iniciador de una transferencia de crédito sujeta a dicha ley.

24. No existe justificación alguna para hacer referencia expresa a los consumidores. Cualquier usuario del servicio de transferencias de crédito, sea o no un consumidor para efectos de otras leyes, está suficientemente protegido por el texto de la Ley Modelo.

25. La falta de regulación en la Ley Modelo del plazo y forma en que el banco del beneficiario debe cumplir su obligación de poner los fondos a

disposición del beneficiario, constituye una de las más lamentables omisiones de la misma. En consecuencia, sugerimos que nuestro legislador se ocupe de establecer con toda claridad el plazo en que debe cumplirse la obligación, la forma en que debe hacerse y la responsabilidad civil del banco del beneficiario en caso de incumplimiento, cuestiones todas estas que son dejadas por la Ley Modelo a la ley que rige la relación del beneficiario con su banco.

26. Sería conveniente facultar al beneficiario para exigir de su banco el monto de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por el incumplimiento de este último, siempre que el beneficiario le hubiere requerido el pago por escrito.

27. Para efectos de la ley que eventualmente llegara a promulgarse, las sucursales de un banco situadas no sólo en un Estado extranjero sino incluso las situadas en distintas entidades federativas en territorio nacional, sí deben considerarse como bancos independientes. Sin embargo, no debe dársele ese mismo tratamiento a las "oficinas separadas" de ese banco situadas en un Estado extranjero.

28. Debe permitirse que un sistema de transferencias de crédito pueda variar los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia de crédito, salvo aquellos derechos y obligaciones establecidos en disposiciones que no permitan el pacto en contrario, siempre y cuando esas partes tengan conocimiento, antes de que el iniciador hubiere emitido su orden de pago, del contenido de dichas reglas y de que la transferencia sería procesada precisamente a través de ese sistema de transferencias de crédito.

29. Asimismo, debe permitirse que un sistema de transferencias de crédito puede elegir la ley aplicable a toda la transferencia, elección que sólo obligará a las partes que no sean participantes en dicho sistema cuando, antes de la emisión de la orden de pago del iniciador, hubieren tenido conocimiento de que la transferencia sería procesada a través de ese sistema en particular, así como de la ley aplicable según las reglas del mismo.

30. Por lo que se refiere a la disposición sobre el conflicto de leyes, consideremos conveniente (aunque no del todo necesario, como señalamos anteriormente) establecer expresamente en la ley que las partes pueden libremente pactar la aplicación de la ley de cualquier Estado para regular sus derechos y obligaciones recíprocas derivadas de una orden de pago, aun cuando dicho orden de pago no tenga relación alguna con la ley elegida, siempre que ello no constituya un fraude a la ley o contrevenga el orden público mexicano.

31. En relación con el principio de la *lex loci executionis* como regla de aplicación supletoria a falta de acuerdo entre las partes en relación con la ley aplicable, señalamos que no era necesario preverla expresamente en la ley, toda vez que es la misma solución prevista por nuestro derecho positivo. Sin embargo, si se decide conservarla dentro de la ley, la única sugerencia sería cambiar su ubicación topográfica trasladándola de la nota al pie donde actualmente se encuentra, al articulado de aquella.

32. La cuestión previa relativa a la facultad de un expedidor para obligar al supuesto expedidor, debe resolverse de conformidad con lo establecido en la ley del Estado donde tenga su domicilio el banco receptor.

33. Debido principalmente al vacío legal existente en la gran mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional en la materia que nos ocupa, el reenvío en este caso específico debería estar prohibido.

34. El pago de una orden de pago en favor de un banco receptor mediante depósito en la cuenta que mantenga con un banco central extranjero, cuando la orden de pago no esté denominada precisamente en la moneda de ese banco central extranjero, sólo debería considerarse realizado cuando se cuente con el consentimiento expreso o tácito del banco receptor.

35. La legislación debe tratar de reducir a su mínima expresión el riesgo de pérdida de los fondos en casos de fraude, pero sin interferir indebidamente con la ágil y eficiente operación de los sistemas de transferencias de fondos, ni pretender convertir a los bancos en aseguradores de todos los riesgos implícitos en la transferencia de crédito.

36. Convendría regular expresamente la responsabilidad de un banco receptor por la ejecución de una orden de pago "documentada" que no hubiera sido emitida por el supuesto expedidor o por una persona autorizada por aquél, de manera similar a la regulación que se hace en el artículo 194 de la LGTOC respecto de la responsabilidad del banco librado por el pago de un cheque, cuando la firma que aparece en el mismo no es la del supuesto librador. Así, el supuesto expedidor de una orden de pago no autorizada sólo podrá válidamente negarse a pagar el importe de la misma, cuando la alteración o falsificación fueren notorias. De no regularse expresamente esta situación, resultarían aplicables las normas del derecho común, según las cuales el acto celebrado por una persona a nombre de otra sin estar facultado para ello, es inexistente respecto del supuesto representado.

37. Ya que el redactor de la Ley Modelo no se ocupó de hacerlo, nuestro legislador deberá procurar que se señale expresamente en el texto de la ley

que eventualmente llegara a promulgarse, que el procedimiento de seguridad conforme al cual deban verificarse las órdenes de pago, debe ser resultado de un acuerdo entre las partes y que ningún procedimiento de seguridad utilizado unilateralmente por un banco receptor, será considerado como un método comercialmente razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas.

38. Asimismo, nuestro legislador deberá procurar establecer los criterios que permitan al juzgador determinar cuándo un procedimiento de seguridad pactado por las partes constituye un método comercialmente razonable de protección contra órdenes de pago no autorizadas.

39. Estos criterios deben ser lo suficientemente flexibles como para ajustarse a las circunstancias particulares de cada cliente y cada banco, sin tratar de establecer criterios de validez universal aplicables a todo tipo de banco y cliente.

40. Cuando el banco receptor ofrezca a su cliente varios procedimientos de seguridad y el expedidor elija uno que pudiera no constituir un método comercialmente razonable de protección contra órdenes de pago no autorizadas, dicho procedimiento deberá considerarse como un método comercialmente razonable si entre los procedimientos ofrecidos al expedidor había por lo menos uno que sí cumplía con ese requisito.

41. En nuestra opinión, el supuesto expedidor sólo debería ser responsable del pago de una orden de pago no autorizada pero verificada de conformidad con un procedimiento de seguridad, en aquellos casos en que dicho supuesto expedidor hubiere dado lugar a la emisión fraudulenta de la orden de pago por su culpa, la de sus factores, responsables o dependientes.

42. Con el propósito de evitar que el supuesto expedidor resulte obligado a pagar el importe de una orden de pago no autorizada pero verificada, en todos aquellos casos en que no pueda identificarse al defraudador, sugerimos que la carga de probar que la orden de pago fue emitida fraudulentamente por una persona vinculada con el supuesto expedidor se imponga sobre el banco receptor.

43. Por las razones expuestas, no debe utilizarse el término "autenticación," sino el de "procedimiento de seguridad."

44. En relación con la verificación de las órdenes de pago de conformidad con un procedimiento de seguridad acordado entre las partes, debe evitarse cualquier referencia al malhadado texto del artículo 52 de la LIC, el artículo

91 de la Ley del Mercado de Valores y la inmensa cantidad de circulares del Banco de México que aluden a la mal llamada "firma electrónica."

45. Todo banco receptor debería estar obligado a aceptar las órdenes de pago emitidas por un expedidor que sea su cuentahabiente, cuando existan fondos suficientes en esa cuenta para cubrir el importe de la orden de pago, otorgándose en todo caso al banco receptor la facultad de rechazar dentro de un plazo razonable aquellas órdenes de pago que involucren un riesgo significativo para el banco receptor.

46. Las reglas tradicionales del perfeccionamiento del consentimiento en los contratos no podrían aplicarse a la aceptación de una orden de pago sin contrariar su propia naturaleza e impedir la eficiente operación de los sistemas de transferencias de fondos.

47. No existe razón alguna para que nuestro legislador mantenga la disposición relativa a la aceptación ficta de un banco receptor por el sólo transcurso del tiempo, salvo el caso del banco del beneficiario, cuando hubiere recibido el pago de su expedidor.

48. El término caducidad definitivamente no debería ser utilizado por nuestro legislador para referirse al momento en que una orden de pago deja de producir efectos.

49. No debe permitirse a los bancos deducir el importe de sus comisiones del monto de la orden de pago, sin estar autorizados para ello por su expedidor.

50. El banco receptor no debe estar facultado para tramitar la orden de pago a través de un banco intermediario distinto al señalado en la orden de pago de su expedidor; sin embargo, sí debe estarlo para enviar dicha orden de pago a través de un sistema de transferencia de fondos distinto al señalado en la orden de pago, cuando determine, actuando de buena fé, que de seguir las instrucciones de su expedidor, se producirían demoras o gastos excesivos en la transferencia de crédito.

51. El deber de prestar asistencia, establecido en el artículo 13 de la Ley Modelo, debe ajustarse de modo que refleje la práctica bancaria, que consiste en que cada banco receptor proporciona esta asistencia a su expedidor, pero no a terceros con los que no tiene relación alguna.

52. No existe fundamento alguno para obligar al banco receptor a dar aviso a su expedidor, cuando reciba una instrucción que parezca, sin serlo, una orden de pago.

53. Tampoco existe fundamento para obligar al banco receptor, incluido el banco del beneficiario, a dar aviso a su expedidor de la insuficiencia de datos en su orden de pago.

54. Sería conveniente facultar al banco receptor para ejecutar la orden de pago con base exclusivamente en la información escrita en caracteres numéricos, sin que exista obligación alguna a su cargo de detectar posibles inconsistencias entre dicha información y la información escrita en caracteres alfabéticos, salvo que se hubiere pactado el uso de un procedimiento de seguridad que permitiera detectar este tipo de inconsistencias.

55. Hemos tratado de mostrar la necesidad que existe de que se establezcan en la ley los plazos y la forma en que el banco del beneficiario debe cumplir su obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario; situación que nuestro legislador no deberá pasar por alto si no quiere que la ley así promulgada sea un fracaso.

56. Convendría establecer la facultad del banco del beneficiario de pagar al beneficiario con base exclusivamente en el número de cuenta del beneficiario, sin que exista obligación a su cargo de detectar posibles inconsistencias entre dicho número de cuenta y el nombre del beneficiario, salvo que se hubiere pactado el empleo de un procedimiento de seguridad que hubiere permitido detectar tales inconsistencias.

57. Nuestro legislador debe aclarar que los acuerdos a que se refieren el párrafo 9 del artículo 12 y el párrafo 6 del artículo 14 de la Ley Modelo, son exclusivamente acuerdos interbancarios para la compensación y liquidación bilateral o multilateral de saldos netos entre las instituciones participantes en dichos acuerdos, y no cualquier otro tipo de acuerdos.

58. Debe definirse el término sistema de transferencias de fondos, incluyendo dentro de tal definición no sólo al SPEUA sino también a aquellos otros sistemas actualmente en operación en otros países, siempre que cumplan con ciertos requisitos establecidos por las autoridades financieras.

59. Cuando un banco receptor ejecute una orden de pago por un monto menor al de la orden de pago recibida de su expedidor, la ley debe señalar que la obligación de dicho expedidor será sólo por el monto de la orden de pago emitida por el banco receptor, dejando en libertad al expedidor para que, en caso de que su banco receptor no corrija *motu proprio* su error, pueda emitir inmediatamente una nueva orden de pago por la diferencia a través de algún otro banco receptor más eficiente que el originalmente seleccionado.

60. Consideramos que el deber de reembolso debe caracterizarse en la ley como lo que realmente es: una indemnización compensatoria resultado de la responsabilidad civil impuesta sobre el sistema bancario en su conjunto.

61. El esquema de responsabilidad a cargo de los bancos (objetiva y colectiva) establecido en la Ley Modelo nos parece la forma más eficiente y equitativa de distribuir los riesgos inherentes a la transferencia de crédito.

62. En caso de que la transferencia de crédito no se complete, por cualquier motivo, el banco del iniciador deberá devolver al iniciador una cantidad igual a la que dicho banco del iniciador hubiere recibido, en la misma moneda, más sus correspondientes intereses.

63. Una de las disposiciones menos afortunadas de la Ley Modelo es aquella que permite al banco del iniciador limitar o excluir mediante acuerdo su responsabilidad en caso de que la transferencia no se complete, consistente en reembolsar al iniciador el importe de su orden de pago, más intereses, en aquellos casos en que "un prudente banco del iniciador no hubiese en otro caso aceptado una determinada orden de pago en razón de un riesgo apreciable que entrañase la transferencia de crédito." Esta disposición no debería figurar en la ley que eventualmente llegara a promulgarse como tal en nuestro país.

64. La Ley Modelo no establece el momento a partir del cual el iniciador puede exigir de su banco el reembolso de lo pagado, más sus intereses, cuando la transferencia no se ha completado. Nuestro legislador no debe incurrir en la misma incuria.

65. Debe facultarse al beneficiario para exigir directamente al banco responsable el pago de los intereses que éste deba pagar de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 de la Ley Modelo, aun cuando dicho banco no sea el banco del beneficiario

66. Nuestro legislador debe establecer en la ley la tasa de interés que deba servir de base para calcular la indemnización por intereses tratándose de órdenes de pago denominadas en moneda nacional, tratando, en la medida de lo posible, de establecer diferentes tasas para el caso de responsabilidad por hecho lícito no culpable y para el caso de responsabilidad por hecho ilícito o culpable.

67. Por lo que hace a la tasa de interés que deba utilizarse para calcular los intereses en relación con órdenes de pago denominadas en moneda extranjera, nuestro legislador debe apartarse de la Ley Modelo y seguir la fórmula de los Lineamientos, para establecer que la indemnización por

intereses se calculará a la tasa y sobre la base habitualmente aceptadas por la comunidad bancaria local del Estado de la moneda involucrada.

68. La posibilidad de que un expedidor pueda ejercitar alguna acción prevista en otras reglas de derecho en caso de incumplimiento o ejecución indebida de la orden de pago por parte de su banco receptor, no debe permitirse.

69. En lo que quizá sea la conclusión más controversial de este trabajo, no dudamos en pronunciarnos en favor de que se otorgue poder liberatorio de obligaciones dinerarias a la llamada moneda escritural o dinero bancario. En este sentido, es preciso reconocer que la transferencia de crédito constituye hoy día el medio de pago de obligaciones dinerarias más importante por cuanto se refiere al monto de los pagos involucrados. Evidentemente, esto no podría quedar regulado en la ley, sino que lo más conveniente sería adicionar un segundo párrafo al artículo 7 de nuestra ley monetaria.

70. No debe exigirse el consentimiento del acreedor para que su deudor cumpla la obligación de pagar una suma cierta de dinero mediante transferencia de crédito a su cuenta bancaria; sin embargo, sí debe otorgarse al beneficiario la facultad de negarse a recibir el pago mediante transferencia cuando esa forma de pago se hubiere prohibido expresamente en el contrato original, siempre y cuando el beneficiario hubiera sufrido daños y perjuicios que hubiera podido evitar de haberse hecho el pago de conformidad con el contrato.

71. Debe establecerse claramente la obligación del beneficiario de aceptar un pago por un monto menor al que le es debido, cuando la diferencia se deba a que uno o varios bancos intermediarios dedujeron sus comisiones del monto de la transferencia.

BIBLIOGRAFIA

Abascal Zamora, José María, *Breve resumen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito*.

Acosta Romero, Miguel, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, cuarta edición.

Adame Goddard, Jorge, *Estudios sobre la compraventa Internacional de mercaderías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XVII, 1986.

Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XVIII, 1987.

Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XXI, 1990.

Article 4A. Funds Transfers. Official Text - 1989. With comments.

Astudillo Ursúa, Pedro, *Los títulos de crédito*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, segunda edición.

Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

Barrera Graf, Jorge, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

Baxter, Thomas C. and Raj Bhala, *Proper and improper execution of payment orders*, *The Business Lawyer*, American Bar Association, Chicago, Illinois, June 1990, Volume 45, Number 5.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Harla, México, 1990, tercera edición.

Bergsten, Eric, *A payments law for the world: UNCITRAL Model Law on international credit transfers*, *Payment Systems of the World*, Edited by Robert C. Effros, Oceana Publications, Inc., New York, London, Rome.

Borja Martínez, Francisco, *El sistema monetario mexicano*, Jurídica, número 16, 1984.

Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, décima edición.

Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Editorial Herrero, S.A. de C.V., México, 1984, décima cuarta edición.

Crawford, Bradley, *International credit transfers: the influence of Article 4A on the Model Law*, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 19, 1991.

Crawford, Bradley, *The UNCITRAL Model Law on international credit transfers*, remarks before the International Trade Law Conference, Canberra, October, 1991.

Dávalos Mejía, Carlos, *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, Harla, México, 1992.

Diez González Cossío, Jorge, *Un ensayo sobre el instituto jurídico de la caducidad*, tesis profesional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Dictionary of Finance and Investment Terms, Barron's Educational Series, Inc., New York, 1985.

Effros, Robert C., *A banker's primer on the law of electronic funds transfers*, *The Banking Law Journal*, Volume 105, Number 6, November-December 1988.

Felsenfeld, Carl, *The compatibility of the UNCITRAL Model Law on international credit transfers with Article 4A of the UCC*, *Fordham Law Review*, Vol. 60, 1992.

Felsenfeld, Carl, *Strange bedfellows for electronic funds transfers: proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL Model Law*, *Alabama Law Review*, 1991, Vol. 42:2:723.

Felsenfeld, Carl, *Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code*, Current legal issues affecting central banks, Edited by Robert C. Effros, International Monetary Fund, May, 1992.

French, Kevin J., *Unauthorized and erroneous payment orders*, *The Business Lawyer*, American Bar Association, Chicago, Illinois, June 1990, Volume 45, Number 5.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, octava edición.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, trigésima novena edición.

García Moreno, Víctor Carlos, *Derecho Conflictual*, El Derecho en México. Una visión de conjunto, tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, novena edición.

Geva, Benjamin, *The law of electronic funds transfers*, Mathew Bender & Co. Inc., New York, 1994.

Guía Jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos, Nueva York, 1987 (A/CN.9/SER.B/1).

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 24° período de sesiones, 10 a 28 de junio de 1991, Asamblea General, Documentos Oficiales, Suplemento No. 17 (A/46/17).

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25° período de sesiones, 4 a 22 de mayo de 1992, Asamblea General, Documentos Oficiales, Suplemento No. 17 (A/47/17).

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

International Chamber of Commerce, *Guidelines on International Interbank Funds Transfers and Compensation*, ICC Publishing, S.A., Paris, France, 1990.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado y el Derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

Lojendio Osborne, Ignacio, *La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito*, Revista de Derecho Mercantil, Número 207, Enero-Marzo 1993, Madrid.

Mann, F.A., *El aspecto legal del dinero*, Banco de México, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, traducción de Eduardo L. Suárez, México, 1986.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, vigésimo sexta edición.

Margadant S., Guillermo F., *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1986, décima cuarta edición.

Osorio y Gallardo, Angel, *Responsabilidad objetiva*, Enciclopedia Jurídica Oméba, Tomo XXIV.

Patrikis, Ernest, Thomas C. Baxter and Raj Bhala, *Wire transfers. A guide to U.S. and international laws governing funds transfers*, Bankers Publishing Company, Probus Publishing Company, Chicago, Illinois; Cambridge, England, 1993.

Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Harla, S.A. de C.V., México, 1995, sexta edición.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, séptima edición.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, vigésima edición.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, quinta edición.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, décimo segunda edición.

Statement of the position of the United States delegation with respect to the Model Law on international credit transfers resulting from the twenty first session of the Working Group on International Payments.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la ciencia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Thévenoz, Luc, *Error and fraud in wholesale funds transfers: UCC Article 4A and the UNCITRAL harmonization process*, Alabama Law Review, Vol. 42:2:881.

UNCITRAL, *The United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations Publications, Sales No. E.86.V.8.

Van den Bergh, Paul and John M. Veale, *Payment system risk and risk management*, The payment system: design, management and supervision, Edited by Bruce J. Summers, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1994.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Derecho Monetario Mexicano*, Harla, México, 1991.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Reflexiones sobre el artículo 8° de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*, JUS, Vol. II, Parte I, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 1985.

White, James J. and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code, Volume 1B*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1993.

Wolff, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1958.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1988, Vol. XIX.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1989, Vol. XX.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1991, Vol. XXII.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo del autor

CAPÍTULO I. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito	8
A. Introducción a la Ley Modelo	9
1. Origen	9
2. Descripción general de su contenido	12
3. Participación de México	14
B. La Ley Modelo en el derecho mexicano	15
1. La transferencia de crédito como acto de comercio	15
a) Las transferencias de crédito realizadas por bancos	15
b) Las transferencias de crédito realizadas por entidades que en el curso normal de sus negocios ejecutan órdenes de pago	15
2. La transferencia de crédito como operación bancaria y de crédito	17
a) Las operaciones bancarias	17
b) Las operaciones de crédito	22
3. La Ley Modelo: derecho formalmente nacional; materialmente internacional	30
C. Ámbito de aplicación	34
1. Transferencias de crédito	36
a) El Artículo 4A	39
b) Los Lineamientos	40
c) El SPEUA	40
2. Instrucciones sujetas a condición	41
a) El Artículo 4A	46
b) Los Lineamientos	47
c) El SPEUA	47
3. Transferencias electrónicas	48
a) El Artículo 4A	51
b) Los Lineamientos	51
c) El SPEUA	52
4. El concepto de banco	52
a) El Artículo 4A	55
b) Los Lineamientos	55
c) El SPEUA	55

5. Consumidores	56
a) El Artículo 4A	59
b) Los Lineamientos	60
c) El SPEUA	60
6. Cobertura de principio a fin	60
a) El Artículo 4A	66
b) Los Lineamientos	67
c) El SPEUA	67
7. Transferencias internacionales de crédito	67
a) La exclusión de las transferencias nacionales de crédito ...	68
b) El criterio de la internacionalidad de las transferencias de crédito	71
c) Sucursales de un mismo banco	75
d) El Artículo 4A	75
e) Los Lineamientos	76
f) El SPEUA	76
D. Naturaleza jurídica de la Ley Modelo	77
1. El derecho del comercio internacional	77
2. Ley modelo	79
a) El Artículo 4A	81
b) Los Lineamientos	82
c) El SPEUA	82
3. Libertad para contratar y autonomía privada	83
a) El Artículo 4A	86
b) Los Lineamientos	88
c) El SPEUA	88
E. Conflicto de leyes	90
1. Necesidad de contar en la Ley Modelo con disposiciones sobre el conflicto de leyes	90
a) Conflicto de leyes	90
b) El carácter interlocal o internacional de la transferencia de crédito	92
2. La nota al pie de página	96
3. Los puntos de contacto	100
a) <i>Lex voluntatis</i>	100
b) <i>Lex loci executionis</i>	103
4. Una cuestión previa: la capacidad del verdadero expedidor ...	104
5. El reenvío	105
6. El Artículo 4A	106
7. Los Lineamientos	107
8. El SPEUA	108

F. Obligaciones de las partes	109
1. Obligaciones del expedidor	109
a) El pago	109
b) Exigibilidad del pago	109
c) Modalidades del pago	111
2. Fraude	114
a) Planteamiento del problema	114
b) Órdenes de pago autorizadas y verificadas	117
c) El procedimiento de seguridad	120
d) La responsabilidad	124
3. Error	126
a) Planteamiento del problema	126
b) La responsabilidad	127
4. Aceptación de una orden de pago	128
a) Consideración preliminar	128
b) Aceptación por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario	130
c) Aceptación ficta o tácita de una orden de pago	132
d) Aceptación del banco del beneficiario	135
e) La caducidad de las órdenes de pago	137
5. Obligaciones de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario	138
a) Obligación de ejecutar	138
b) Obligación de consultar al expedidor	145
c) Obligación de prestar asistencia	147
d) Obligaciones de dar aviso al expedidor	149
6. Obligaciones del banco del beneficiario	151
a) Obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario	151
b) Obligación de prestar asistencia	153
c) Obligaciones de dar aviso al expedidor	153
d) Obligación de avisar al beneficiario	155
7. Revocación de órdenes de pago	155
a) La regla general	155
b) Las excepciones	156
c) Las consecuencias	157
8. Ejecución incorrecta de órdenes de pago	158
a) Error en el monto de la orden de pago	158
b) Error en la persona del beneficiario	160
9. Responsabilidad	161
a) Breve digresión sobre el caso <i>Evra</i>	161
b) Algunas consideraciones sobre el caso <i>Evra</i> en relación con el derecho mexicano	166
c) Responsabilidad por la no aceptación de la orden de pago por el banco del beneficiario	168

d) Moneda del reembolso	173
e) Excluyentes de responsabilidad	174
f) La llamada "regla del salto" (" <i>skip rule</i> ")	175
g) Acción directa del iniciador contra cualquiera de los bancos obligados a reembolsar	177
h) Indemnización moratoria	177
i) Acuerdos para regular la responsabilidad civil a cargo de los bancos por la simple demora en la ejecución de la transferencia de crédito	182
j) Intereses	182
k) Exclusividad de las acciones	185
10. Pago de la obligación subyacente	186
a) La moneda escritural o dinero bancario	186
b) La moneda en el derecho mexicano	189
c) El pago mediante transferencia en derecho mexicano	191
d) La moneda escritural en el derecho mexicano	194
e) La nota al pie de página	196
f) El Artículo 4A	199
 CAPÍTULO II. Conclusiones	 201
 Bibliografía	 213