

rado nula o se habría modificado reduciendo la indemnización estipulada. A la inversa, una parte puede no obtener la aplicación de una cláusula de este tipo aun cuando en los tribunales de su propio Estado los derechos fijados en esa cláusula se juzgaran admisibles.

11. No es posible analizar dentro del alcance de este informe las clases de contratos a cuyo respecto podría adoptarse un régimen unificado de indemnización fijada convencionalmente. No obstante, dado que los sistemas de *common law* y los sistemas de derecho civil coinciden en considerar que estas cláusulas pueden desempeñar una función útil pero pueden utilizarse para obtener ventajas injustas sobre la contraparte, parece razonable concluir que es posible lograr un acuerdo sobre las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales para su empleo en una amplia gama de contratos utilizados en el comercio internacional.

ANEXO II*

Nota de la Secretaría: permuta o cambio internacional

1. Durante las consultas con organizaciones internacionales sobre el futuro programa de trabajo de la Comisión se señaló la creciente importancia de las transacciones por permuta o cambio. Cabe distinguir estas transacciones de las transacciones de compraventa en que las mercancías entregadas no se pagan en dinero sino con otras mercaderías o alguna otra contraprestación de valor.

2. Los sistemas jurídicos enfocan de modo distinto el contrato de permuta o cambio. En general, los sistemas de derecho civil disponen expresamente que las disposiciones sobre la compraventa se aplican también, por analogía, a la permuta^a, y especifican que se consideran a cada una de las partes en un contrato de permuta como el vendedor de las mercaderías que transfiere y el comprador de las mercaderías que recibe, respectivamente. Un enfoque similar figura en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América, en cuya sección 2-304 se dispone que "el pago del precio puede efectuarse en dinero o de otro modo. Si es pagadero en su totalidad o en parte en mercaderías cada parte se considera vendedora de las mercaderías que ha de transferir".

3. Los países de *common law* que siguen la Ley de venta de mercaderías de 1893, inglesa, tienen un criterio diferente. La sección 1 de dicha Ley restringe el significado de un contrato de compraventa al de contrato "mediante el cual el vendedor transfiere o conviene en transferir la propiedad de las mercaderías a cambio de una contraprestación en dinero". Cuando la contraprestación a cambio de la transferencia de las mercaderías no se efectúa en dinero, existe un contrato de cambio distinto del contrato de compraventa, y la Ley de venta de mercaderías no es directamente aplicable a dicho contrato^b. Apparently los principios de *common law* aplicables a la compraventa de mercaderías se aplican normalmente al cambio^c.

4. El hecho de que la legislación sobre las transacciones de permuta o cambio se encuentre relativamente poco desarro-

llada puede deberse a que, aparentemente, dichas transacciones no son muy frecuentes en el plano nacional. Cuando se manifiestan las disposiciones sobre la compraventa se aplicarán por analogía en algunos países, mientras que en otros países se aplicarán los principios de *common law* relativos a la compraventa. Sin embargo, hay pruebas de que las transacciones internacionales de permuta o cambio son frecuentes en la actualidad y de que su función e importancia económica pueden ser considerables. De este modo, se recurre a menudo a las transacciones de "compensación" equivalentes a un intercambio de mercaderías, a fin de aliviar las dificultades de divisas.

5. Se sugiere que la transacción de permuta o cambio internacional tiene la suficiente importancia comercial para justificar mayor estudio. Dicho estudio demostraría probablemente que no puede establecerse de modo satisfactorio un régimen uniforme de las transacciones de permuta internacional ampliando simplemente el ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías a fin de incluir dichas transacciones. En primer lugar, las disposiciones de ese proyecto de convención no se refieren en todos los casos a las cuestiones inherentes a una transacción de permuta, y pueden surgir difíciles problemas de interpretación debido a que el precio en dinero de la compraventa se sustituye por mercancías u otra contraprestación distinta. En segundo lugar, habría que adaptar el régimen de recursos por el incumplimiento, en especial en relación con el recurso que consiste en una reducción del precio. En tercer lugar, las disposiciones de la compraventa no contienen reglamentación alguna sobre el suministro de servicios técnicos y documentación con respecto a las mercaderías vendidas; en virtud de muchos contratos de cambio internacional, parte de la contraprestación consiste en el suministro de dichos servicios y documentación.

6. Se sugiere que la Comisión mantenga provisionalmente el contrato de permuta o cambio internacional en su programa de trabajo en espera de un estudio de la Secretaría sobre el ámbito y contenido de un posible régimen uniforme. Dicho estudio podría presentarse a la Comisión en su 12º período de sesiones, en 1979.

ANEXO III*

Nota de la Secretaría: algunos aspectos jurídicos de las transferencias electrónicas de fondos de carácter internacional

Introducción

Antecedentes

1. En el quinto período de sesiones de la Comisión (1972), en relación con el examen del tema "Pagos internacionales", se señalaron a la atención los importantes cambios generados en las prácticas bancarias internacionales por los desarrollos recientes en materia de métodos y procedimientos electrónicos de pago, y se expresó la esperanza de que en la labor de la Comisión en la esfera de los pagos internacionales se tomaran en cuenta dichos desarrollos^a. En su tercer período de sesiones, en relación con su evaluación de la conveniencia de preparar normas uniformes aplicables a los cheques internacionales, el Grupo de Trabajo de la Comisión sobre títulos negociables internacionales pidió a la Secretaría "que obtuviera información acerca de las repercusiones que en el uso de los cheques para los pagos internacionales podían tener, en un porvenir cercano, el uso cada vez más frecuente de las transferencias electrónicas y el desarrollo de los sistemas de telecomunicaciones entre bancos"^b.

* Publicado anteriormente como documento A/CN.9/149/Add.2 el 12 de mayo de 1978.

^a Por ejemplo, Brasil, Código Civil, art. 1164; Etiopía, Código Civil, art. 2409; Francia, Código Civil, art. 1707; Alemania, República Federal de, BGBI., art. 515; Hungría, Código Civil, art. 386; Italia, Código Civil, arts. 1552 a 1555; Países Bajos, Código Civil, art. 1582; República Socialista Federativa Soviética Rusa, Código Civil, art. 255; Suiza, Código de Obligaciones, art. 237. Véase también el Código Internacional de Checoslovaquia, art. 425.

^b Benjamin, *Sale of Goods*, primera edición (1974), pág. 29; Cheshire y Fifoot, *Law of Contract*, tercera edición australiana por J. G. Starke y P. F. P. Higgins, pág. 211.

^c Halsbury, *Laws of England*, vol. 29, tercera edición (1960), pág. 387.

* Publicado anteriormente como documento A/CN.9/149/Add.3 el 1º de mayo de 1978.

^a CNUDMI, informe sobre el quinto período de sesiones (A/8717), párr. 57 (Anuario... 1972, primera parte, II, A).

^b Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de su tercer período de sesiones (1975) (A/CN.9/99), párr. 136 (Anuario... 1975, segunda parte, II, 1).

2. En la presente nota, preparada en el contexto del examen de su futuro programa de trabajo que ha de emprender la Comisión, se procura bosquejar aquellas cuestiones jurídicas relativas a las transferencias electrónicas de fondos de carácter internacional a cuyo respecto las indagaciones de la Secretaría en los círculos bancarios y comerciales revelaron la necesidad o el deseo de que se tomaran medidas a nivel internacional. En relación con este tema, cabe señalar que el mismo fue examinado con cierto detenimiento en el último período de sesiones del Grupo de Estudio de la CNUDMI sobre títulos negociables internacionales (19 al 22 de septiembre de 1977). En la presente nota figura un resumen de sus deliberaciones (véanse los párrafos 36 a 48 *infra*)^c.

El sistema actual

3. Transferencia electrónica de fondos (TEF) es una expresión general que abarca todos los nuevos mecanismos en materia de pagos cuyo objetivo o efecto consiste en eliminar total o parcialmente a la orden corriente transmitida mediante documentos y sustituirla por impulsos electrónicos que pueden elaborarse mediante computadoras.

4. Ya se han desarrollado o puede preverse que se desarrollen numerosos sistemas diferentes de transferencia electrónica de fondos, muchos de los cuales están actualmente en uso en diversos países, aunque en la mayoría de los casos para transferencias internas y no internacionales. Los mismos comprenden desde un sistema simple en que el primer banco codifica datos contenidos en documentos en una cinta magnética para su procesamiento automático por ese mismo banco y por bancos a los que posteriormente se entrega la cinta, hasta un sistema tan plenamente automático y computado-rizado como el llamado sistema de transferencia en el punto de venta; en este último, las conexiones de computadoras del sistema permiten que un usuario autorizado, insertando una tarjeta plástica en una terminal ubicada en el local del comerciante que ha de recibir el pago, y oprimiendo las teclas de entrada necesarias, haga transferir fondos de su cuenta en un banco a la cuenta del comerciante en ese mismo banco o en otro de los bancos participantes en forma casi instantánea (es decir, en "tiempo real", que es la expresión usada).

5. Sin embargo, en el contexto de los pagos internacionales los dos medios "electrónicos" más corrientes de transferencia actualmente en uso siguen siendo la transferencia por cable o por télex. Esos dos modos de transferencia pueden ilustrarse con el siguiente ejemplo simple. Un comprador (C) que desea transmitir fondos a un vendedor (V) de otro país se dirige al banco X, en el que tiene una cuenta, y le pide que transmita por cuenta suya una cantidad determinada a V. El banco X luego de debitar en la cuenta de C la cantidad en cuestión o de haber obtenido otra forma de provisión de fondos, envía una orden por cable o por télex al banco Y, su corresponsal en el lugar donde debe hacerse el pago, pidiéndole que pague a V la cantidad determinada y la debite en la cuenta del banco X. El banco Y cumple la orden pagando la cantidad personalmente a V, enviándole un cheque bancario o depositando la cantidad en su cuenta bancaria del banco Z, si tiene conocimiento de la misma.

6. Con respecto a estos modos de transferencia, cabe observar que en el mejor de los casos son sólo cuasieletrónicos, en particular en lo que respecta a la transferencia por cable, dado que el producto final previsto es una hoja de papel que contiene la orden de pago al banco Y y que no es directamente susceptible de procesamiento electrónico por el banco Y.

Tendencia futura

7. La tendencia futura va en el sentido de una mayor reducción, y quizá en última instancia de la eliminación, de

^c También se puede señalar a la atención el hecho de que por lo menos un Estado (los Estados Unidos de América) ha propuesto oficialmente que se incluya el tema de la transferencia electrónica de fondos en el futuro programa de trabajo de la Comisión. Véase el capítulo IV, párr. 17, del presente informe.

la función mediadora del papel en tales transacciones. Con ello no sólo se aceleraría considerablemente el proceso, sino que además se reducirían los costos, al facilitar la recuperación de información y eliminar la tediosa verificación manual de documentos y las oportunidades de errores administrativos. En el ejemplo anterior, un sistema plenamente electrónico contemplaría una conexión entre las computadoras de los bancos X y Y, y posiblemente Z, sea directamente o, cuando tal cosa funcione, indirectamente, por medio de una red de conmutación de mensajes que abarque a muchos otros bancos. En ese caso, la orden de pago podría ejecutarse casi instantáneamente mediante créditos y débitos hechos por las respectivas computadoras, respondiendo a mensajes electrónicos provenientes de la computadora del banco X.

8. Para lograr un sistema plenamente automático e integrado de TEF se necesita además un mecanismo de compensación de transacciones entre los bancos de origen y los bancos receptores, como por ejemplo, el constituido por las cámaras de compensación automática (*automatic clearing houses* — ACH) que funcionan en los Estados Unidos de América. Las mismas son asociaciones regionales de bancos y otras instituciones financieras, cada una de las cuales tiene instalaciones por conducto de las cuales se canalizan todas las comunicaciones de transferencias electrónicas de fondos entre sus miembros. La ACH recibe, registra y transmite electrónicamente cada uno de esos mensajes, y, sobre la base de dichos registros y de conformidad con las normas de la asociación, efectúa las liquidaciones entre las cuentas de los miembros, sea inmediatamente o, lo que es más común, al cierre de cada día hábil o al día siguiente.

9. Desde luego, la función de compensación automática también puede estar a cargo de un banco, por ejemplo, de un banco central, en el cual tengan depósitos todos los demás bancos. Por ejemplo, tal es el caso del Sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos, que desde hace mucho tiempo cumple funciones de compensación automática por cuenta de los bancos sobre una base regional, y muy recientemente ha decidido conectar esos servicios regionales de compensación a una red nacional^d. En Francia cumple una función análoga de compensación automática el Banco de Francia. Sin embargo, cabe dudar de que a nivel internacional se puedan establecer fácilmente servicios de compensación automática directa entre bancos privados, dadas las enormes cuestiones políticas y de política económica que deberían resolverse previamente. Sin embargo, un sistema de esa índole es viable entre bancos centrales y otros bancos autorizados para ello por la legislación de los Estados en que tienen su sede, tales como los bancos miembros del Banco de Pagos Internacionales.

10. Aunque hasta ahora no existe ningún sistema plenamente integrado y automático de transferencia de fondos a nivel internacional, constituye un desarrollo notable en tal sentido la Sociedad de telecomunicaciones financieras interbancarias mundiales (Society for World-Wide Interbank Financial Telecommunications — SWIFT). La SWIFT, que tiene su sede en Bruselas, es una asociación de varios centenares de bancos de Europa y América del Norte, incluidos varios bancos centrales. Su función principal es mantener servicios de transmisión automática de mensajes entre sus bancos suscriptores por medio de una red electrónica que conecta las computadoras y otros mecanismos de procesamiento de datos de sus miembros. Pese a que la SWIFT misma no funciona como una cámara de compensación automática, de todos modos tiene el efecto de brindar una comunicación tan rápida entre todos los bancos participantes que hace viable la realización casi instantánea de créditos y débitos en las cuentas de dichos bancos, con la única condición de proceder posteriormente a la liquidación entre los bancos en la forma que hayan convenido.

^d Véase *The New York Times*, 17 de abril de 1978, pág. D1.

Análisis

11. En relación con la transferencia electrónica de fondos para pagos internacionales se plantean cuestiones de dos niveles: el primero es de carácter general y el segundo se refiere a la relación jurídica entre las partes específicas de una transacción de TEF.

Cuestiones de carácter general

12. Una de las preocupaciones que se destaca en el primer plano de cualquier examen de este tema es la relacionada con la seguridad de los sistemas de TEF respecto del acceso no autorizado, y especialmente del fraudulento. Esa preocupación se acentúa debido a los siguientes hechos generalmente reconocidos. Primero, un sistema basado en computadoras es sumamente vulnerable a las manipulaciones de cualquier persona que tenga los conocimientos técnicos y el acceso necesarios; con frecuencia muchos defraudadores detenidos, especialmente empleados, han indicado que habían tenido la tentación de probar debido a la aparente sencillez del proceso y a las grandes dimensiones del premio que podía obtenerse dedicándose al fraude con ayuda de computadoras. Segundo, parece muy dudoso que se pueda idear un sistema completamente a prueba de fraudes, aunque efectivamente se podría elevar en grado sumo el nivel de sofisticación en que tendría que operar el ladrón. Tercero, aunque el fraude mediante computadoras es relativamente fácil de cometer, su detección puede ser muy difícil y costosa, no sólo debido a que no hay ningún documento físico que se pueda examinar en busca de alteraciones, etc., sino también porque se puede dar a la propia computadora la orden de "olvidar" (es decir, borrar) todo rastro de las transacciones fraudulentas, dejando, como se dice, ninguna "huella para los auditores"^e.

13. Presumiblemente, el problema de seguridad se vuelve más difícil debido a las conexiones internacionales necesarias para efectuar transferencias internacionales de fondos por medios electrónicos. Son más numerosos los puntos en que se puede obtener acceso al sistema, el nivel de seguridad efectiva que puede obtenerse en los distintos puntos puede ser muy desigual, especialmente si, como ocurre frecuentemente, se deben arrendar líneas a empresas de comunicaciones públicas en los distintos países conectados; y las infracciones a la seguridad del sistema que efectivamente ocurran pueden volverse aún más difíciles de detectar.

14. La segunda preocupación que se expresa frecuentemente se relaciona con el efecto que podría tener el desarrollo de la elaboración electrónica de datos mediante computadoras, del cual es un aspecto la TEF, en el goce del derecho a la vida privada. Se ha dicho que la inmensa capacidad de las computadoras para reunir, almacenar y recuperar datos sobre todos los temas posibles, y para hacer extrapolaciones sobre la base de esos datos, plantea el riesgo de que no se pueda mantener privado y seguro ningún hecho relacionado con los participantes de un plan de TEF. Ello se aplica no sólo a los clientes del banco sino también al banco mismo^f.

15. Dicha preocupación ha llevado a que en muchas jurisdicciones se dictaran leyes estrictas para reglamentar no sólo los tipos de información que se pueden reunir o retener, sino

^e Así, en un caso ocurrido en los Estados Unidos, un competidor se enteró de un secreto comercial sumamente valioso de una empresa interceptando, desde fuera del local de la empresa, la línea por la cual la computadora central de la empresa se comunicaba con el equipo de una sede exterior. Con este ejemplo, se prueba asimismo que las empresas tienen con frecuencia un derecho real a la seguridad de su sistema de comunicaciones electrónicas que va más allá de la simple protección de sus fondos.

^f Se menciona al temor de que esto daría a las autoridades de los bancos centrales una nueva fuente de información para supervisar a la comunidad bancaria internacional como una de las razones de la decisión de no convertir a la SWIFT en un sistema completo de compensación. Véase el artículo de W. Hall en el número de junio de 1973 de la revista *The Banker* de Londres.

también las condiciones para su uso o publicación. Un ejemplo reciente es la Ley de la República Federal de Alemania de 27 de enero de 1977 sobre protección de los datos^g. El problema que esto plantea en materia de transacciones internacionales, con total independencia del problema sustantivo de la protección de la vida privada radica en que en las distintas jurisdicciones se pueden dictar leyes de protección de la vida privada que difieran no sólo en las obligaciones que impongan a los operadores de un sistema de TEF, sino también en el nivel de protección respecto de la divulgación que se otorgue a determinados tipos de información financiera. Con ello no solamente se complicaría la situación de los bancos participantes respecto del cumplimiento, sino que generaría incertidumbre en una esfera que exige, por encima de todo, certeza, confidencialidad y definitividad en las transacciones. Determinada información que, con arreglo a la ley de una jurisdicción, estuviese protegida respecto de la divulgación, podría quedar librada al acceso público debido a la participación de un banco en transacciones de TEF con un banco de otra jurisdicción en que no se otorgase una protección análoga a información de esa índole.

16. Otra fuente de dificultades, que haría necesaria la cooperación a nivel internacional, se relaciona con la condición jurídica de los registros generados por un STEF, en particular en juicio. La magnitud de las sumas de dinero que pueden estar en juego en juicios de esa índole puede asignar una gran importancia a esta cuestión.

17. El problema se plantea porque el sistema sustituye total o parcialmente a los documentos escritos en que se registran los datos, por datos electrónicos que se almacenan únicamente codificándolos en forma legible mediante computadora en cintas magnéticas o de papel, tarjetas de computadora y mecanismos de memoria. Aunque esto en general no genera ningún problema en los sistemas de derecho civil que, según parece, no tendrían dificultad en admitir como prueba un impreso de computadora debidamente autenticado, esta forma de registro acarrea consecuencias diferentes en un sistema jurídico de *common law* o derivado del *common law*. En primer término, en general los libros de comercio sólo son admisibles como excepción a la regla sobre el testimonio de oídas (*Hearsay Rule*)^h, y aun así, sólo bajo determinadas condiciones estrictas, como por ejemplo que los asientos en cuestión deben haber sido hechos en forma contemporánea al hecho que se registra, por una persona que tiene conocimiento personal de la transacción y que no puede presentarse como testigo. La cuestión que esto plantea es la de saber si un registro llevado mediante computadoras puede satisfacer esas condiciones. Cuando, por ejemplo, una computadora (la computadora del banco receptor) es activada para hacer cálculos y asientos complicados, e incluso para generar conclusiones, por otra computadora (por ejemplo, la computadora de la ACH), que a su vez es activada por operaciones hechas en la terminal de una tercera computadora (la computadora del banco de origen) en un lugar muy alejado, ¿está hecho por una persona el registro que de ello resulta? ¿Qué decir de los elementos relacionados con el conocimiento personal del hecho registrado y con la posibilidad de que quien hizo el registro se presente como testigo?

18. Análogamente, la regla de *common law* exige que se presente el asiento original para probar el contenido de un

^g Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz-BDSG) de 27 de enero de 1977 (BGBl. I S.201).

^h Según la regla sobre el testimonio de oídas, es inadmisibles en juicio cualquier testimonio o prueba escrita de una declaración hecha fuera de juicio que se ofrezca para establecer la verdad de lo que se afirma en la declaración. Véase Richardson, *On Evidence*, secciones 200 y ss. (10a. ed., Prince) (Nueva York, *Brooklyn Law School*). Como efectivamente una impresión de computadora es una declaración escrita hecha fuera de juicio, constituye pruebas de oídas y por lo tanto es inadmisibles, salvo como excepción, para establecer la verdad de lo que en ella figura.

escrito¹. Dado que en el caso de un registro llevado mediante computadora el asiento original consiste en estructuras de impulsos electrónicos captados en cinta o en los mecanismos de memoria de las computadoras, ninguno de los cuales pueden ser aprehendidos por seres humanos salvo en forma de impresos, podría argumentarse que dichos impresos no son registros "originales" y por lo tanto son inadmisibles como mejor medio de prueba del asunto contenido en los mismos. Además, se plantea el punto del carácter de prueba en favor de sí mismo que tendría un impreso de computadora generado específicamente como medio de prueba en la controversia de que se trata.

19. El ejemplo siguiente puede ilustrar las dificultades que podrían surgir en este contexto. La empresa A, domiciliada en el Estado X, una jurisdicción en que los impresos de computadoras son admisibles como prueba del asunto a que se refieren, tiene una controversia con la empresa B, domiciliada en el Estado Y, una jurisdicción que es estricta acerca de la inadmisibilidad de dichos medios de prueba. Con arreglo a las normas de derecho internacional privado, las cuestiones de prueba y de procedimiento se rigen por las normas del foro (*lex fori*). Supongamos entonces que o bien el Estado X o bien el Estado Y tuvieran jurisdicción para conocer de una acción sobre este asunto. En el supuesto de que no hubiera otro medio de prueba, la consecuencia sería que se llegaría a un resultado distinto según se entablase la demanda en el Estado X o en el Estado Y. Además, la empresa B podría hacer valer contra la empresa A en el Estado X una acción o una excepción, basada en el impreso, que la empresa A no podría hacer valer contra la empresa B en el Estado Y.

20. Aunque en algunas jurisdicciones de *common law* se ha hecho cierto intento de resolver algunas de esas cuestiones, mediante una ley o mediante la interpretación judicial pragmática de las reglas sobre prueba², cabe dudar de que el problema básico pueda resolverse sin alguna forma de acuerdo internacional sobre la cuestión.

Cuestiones jurídicas específicas

21. Se plantean varias cuestiones respecto de la relación jurídica entre las partes de una transacción de TEF. Antes de examinar en detalle algunas de dichas cuestiones, debe hacerse referencia a un problema conceptual que tiene cierto significado práctico. Se trata del debate en curso en varios países sobre la categoría de normas jurídicas en que cabría incluir a las operaciones de transferencias electrónicas de fondos: ¿las normas especiales que rigen el proceso de cobranza bancaria, o algún otro régimen, como por ejemplo el derecho de los contratos en general o, como han propuesto algunos, una ley especial que se dictaría en materia de TEF? Generalmente este debate ha tenido lugar a raíz de que se ha exigido una mayor protección para los consumidores, teniendo en cuenta que hasta ahora los bancos han conducido sus actividades de TEF en virtud de arreglos contractuales privados entre ellos y las otras partes interesadas, incluidos sus clientes, que, según se afirma, tal vez sean demasiado débiles para obtener condiciones equitativas para sí mismos.

22. La importancia de este debate para la situación en materia de pagos internacionales radica en que presumiblemente podría llevar a que en los distintos países se promulgasen leyes sobre TEF que, de no armonizarse, tenderían a complicar la posición de los bancos dedicados a transferencias electrónicas de fondos de carácter internacional, especialmente si dichos bancos tuviesen operaciones en muchos países. Incluso el solo

hecho de que la transacción interna de TEF estuviese sujeta a un régimen normativo mientras que la transacción internacional estuviese sujeta a otro diferente podría exigir en muchos casos una costosa adaptación.

23. En lo que respecta a la transacción internacional, lo más probable es que por el momento continúe rigiéndose, por lo menos en cuanto a la relación entre las instituciones financieras participantes, por contrato privado. Esto plantea la cuestión de la adecuación de los contratos privados para solucionar todos los problemas que puedan surgir en las operaciones de TEF. Aun reconociendo que es prudente dejar que los particulares dirijan sus propios asuntos comerciales privados, especialmente cuando dichos particulares son instituciones financieras sofisticadas, de todas maneras cabe señalar a la atención determinadas limitaciones de los contratos privados a este respecto. Primero, aunque un arreglo contractual puede suministrar un régimen excelente para resolver las controversias entre las partes en el mismo, generalmente es de valor limitado para resolver cuestiones relativas a los derechos y obligaciones de los terceros. Así por ejemplo, en una transacción de TEF en que participen la persona que hace la transferencia (A), su banco (B₁), una cámara de compensación (C), la persona a quien se transfieren los fondos (D) y el banco de la persona a quien se transfieren los fondos (B₂), los acuerdos contractuales entre A y B₁, entre B₁, C y B₂ y entre D y B₂ podrían contribuir en muy escasa medida a resolver la cuestión de saber si C o B₂ puede ser responsable ante A, o si C o B₁ puede ser responsable ante D. Segundo, incluso entre las partes que intervienen en el mismo, un contrato puede no decir nada respecto de una cuestión en particular, por ejemplo, respecto de si el riesgo de que un error no explicado de la computadora provoque una pérdida ha de soportarlo B₁, C o B₂.

24. En consecuencia, esas consideraciones militarían en favor de la idea de un marco jurídico internacional amplio en materia de transferencias electrónicas de fondos, aunque sólo tuviese carácter facultativo o supletorio respecto de los contratos privados.

25. Pasando a examinar las cuestiones jurídicas que pueden surgir en una situación concreta de TEF cuando algo funciona mal y se plantea la necesidad de distribuir las responsabilidades y las pérdidas consiguientes entre las partes que intervienen, cabría observar que, con total independencia de toda manipulación fraudulenta u otra manipulación no autorizada del sistema — asuntos a los que ya se hizo referencia *supra* — muchas cosas pueden funcionar mal en un sistema de TEF. Por ejemplo, a consecuencia del funcionamiento indebido de una computadora, se podría debitar en la cuenta del pagador más o menos de lo que correspondiese; se podría debitar la suma en la cuenta de la persona que tenía que recibir el pago y acreditarla en la cuenta de quien tenía que hacer el pago; se podría debitar o acreditar la suma en la cuenta de un tercero que participase en la transacción; o podría ocurrir que no se ejecutase en absoluto la orden de transferencia o sólo se la ejecutase parcialmente. Los ejemplos hipotéticos siguientes podrían ilustrar esas posibilidades.

Relaciones banco-cliente

Caso I: Responsabilidad por errores, equivocaciones o mal funcionamiento de computadoras.

26. A, un hombre de negocios del país X, da instrucciones a su banco para que transfiera una importante suma de dinero a B, un hombre de negocios del país Y. Parte de la suma es en pago de mercancías enviadas por B y parte es la contribución de A a un fondo para explotar en forma conjunta una oportunidad comercial altamente lucrativa. El banco pagador transmite por medios electrónicos una orden de transferencia a través de una cámara de compensación automática al banco de B. Debido a un leve defecto de funcionamiento de la computadora de la cámara de compensación, en la orden de crédito para la cuenta bancaria de B se omite el código especial de seguridad, por lo cual la computadora del banco descarta la

¹ Véase Richardson, *op. cit.*, sección 297.

² Véase, por ejemplo, respecto de los Estados Unidos, la Ley Uniforme sobre prueba mediante registros comerciales, 28 U.S.C. (*United States Code*) 1732 a), la Ley Uniforme sobre copias fotográficas de registros comerciales y públicos, *New York Civil Practice Law and Rules*, Regla 4539, y también *Transport Indemnity Co. contra Seib*, 132 N.W. 2d 871 (Nebraska, 1965); y, en lo que respecta al Reino Unido, la sección 5 de la Ley de 1968 sobre prueba en materia civil.

orden como si no fuera auténtica, aun cuando se podría haber verificado fácilmente su autenticidad. Cuando el error se descubre ya es demasiado tarde. Ha dejado de existir la oportunidad comercial en la que A confiaba para superar las dificultades financieras de su empresa, y A está en bancarrota. B debe esperar su turno entre los demás acreedores.

27. *Quaere:* 1) ¿Es responsable el banco de A? ¿Ante quién?:

a) ¿Ante A? ¿Puede aducir A que el banco había elegido los medios por los cuales iba a efectuar la transferencia y, por tanto, debe responder por cualquier error?

b) ¿Ante B? ¿Puede el tenedor de una orden de transferencia, en tales circunstancias, reclamar ante el banco de origen? ¿O la ausencia de una relación contractual directa entre ambos invalida tal reclamación? (Cf. casos de transferencia de fondos por cable o telégrafo en los que, en algunos países, el destinatario no ha podido, por lo general, sostener una reclamación contra el banco de origen cuando se ha producido alguna dificultad.)

2) ¿Es responsable la cámara de compensación automática? ¿Ante quién?:

a) ¿Ante A? ¿Se asimila su posición jurídica a la del banco de origen, con respecto a A?

b) ¿Ante B? ¿Es la posición jurídica de la cámara de compensación similar a la de una compañía de telégrafos u otro servicio de comunicación utilizado para transmitir a larga distancia órdenes de transferencia entre bancos?

3) ¿Es responsable el banco de B? ¿Ante quién?:

a) ¿Ante A? ¿La condición jurídica del banco receptor, con respecto a A, es la de subagente?

b) ¿Ante B? ¿Es la relación jurídica entre B y su banco, en lo que atañe a la transacción de que se trata, una relación acreedor-deudor?

Caso II: Momento y finiquito de las órdenes de pago.

28. Tanto A como B tienen cuentas en la misma filial de un banco extranjero X. A, habiendo recibido un valor de B, da instrucciones a X para transferir una suma convenida de la cuenta de A a la cuenta de B con efecto a partir de una fecha fijada. X, al recibir las instrucciones de A, pone en marcha el proceso de computadora mediante el cual se cargará a la cuenta de A y se acreditará en la cuenta de B la suma establecida. Según los procedimientos internos de TEF que sigue X, se establece al día siguiente de haberse efectuado una transacción interna el balance final para el cliente, dejando la posibilidad de anular para entonces cualquier asiento erróneo, sin que se entere el cliente. Después de haber introducido en su computadora las instrucciones de débito-crédito, pero el mismo día, X se entera de la insolvencia de A y al día siguiente anula los asientos de débito-crédito en las cuentas de A y B, dado que sobre la base de dicha transacción la cuenta de A está en una situación de débito neto.

29. *Quaere:* 1) ¿Cuál es la posición jurídica de X con respecto a B? ¿Puede reclamar B la entrega de la suma en cuestión con el argumento de que el pago se hizo efectivo en el momento en que se aceptaron las instrucciones de pago y comenzó el proceso, o, en todo caso, en cuanto se hizo efectivamente el asiento de crédito? ¿Puede argüir X, por el contrario, por analogía con la situación del cobro de un cheque, que todo asiento de crédito debe seguir siendo provisional y condicional hasta que se hayan "cobrado" realmente al pagador A los fondos requeridos; o bien, que la transferencia no se finiquita mientras B no haya recibido aviso del crédito asentado a su favor?

* Como se reconocerá, éstos fueron los hechos y cuestiones fundamentales del caso *Momm y otros contra Barclays Bank International Ltd.* [1976], 3 All E.R. 588. En ese caso, el tribunal sostuvo que el pago se hizo efectivo una vez que X decidió aceptar la orden de transferencia de A y puso en marcha el proceso de computadora para efectuar la transferencia, y

2) En una operación de pago por medios electrónicos, en general, ¿cuándo es "definitivo" o queda "finiquitado" el pago? Como en un sistema totalmente computadorizado la ejecución de una orden de transferencia, en lo que se refiere al asiento apropiado de débitos y créditos, puede llevar a lo sumo unos pocos minutos (el tiempo proyectado para un mensaje típico de la SWIFT entre uno y otro extremo del sistema es un minuto), ¿cómo se deben tener en cuenta en un sistema de TEF factores tales como la quiebra, la muerte, la incapacidad, la revocación de la autorización de cobro de un banco, las órdenes de suspensión de pagos, etc., que pueden interrumpir de ordinario el proceso de pago? ¿Cómo se debe proceder con los errores que se producen en los bancos, incluso los errores cometidos por computadoras y empleados? ¿Se deben considerar provisionales todos los asientos de una TEF, o se debe reconocer que el banco tiene, en forma general e independiente, la facultad de anular y dejar sin efecto asientos cuyo carácter erróneo se descubre con posterioridad?

Caso III: El problema del "flote".

30. A da instrucciones a su banco, X, para que transfiera a la cuenta de B en una filial extranjera del mismo banco una suma muy importante de dinero que debe estar en poder de B en una fecha determinada. A supone que la transferencia se hará por cable y, deseando tomar todas las precauciones posibles, prevé un número de días mayor que el habitual entre la fecha en que emite su orden y la suma se carga a su cuenta y la fecha en que espera que B reciba su pago. X, sin embargo, transmite los fondos el día en que se cumple el plazo en que B debe recibir el pago, a través de una red de TEF cuyos servicios acaba de contratar.

31. *Quaere:* 1) ¿Puede reclamar A a X los intereses devengados por los fondos transferidos desde el momento en que esa suma se cargó a su cuenta hasta el momento en que se acreditó realmente en la cuenta de B?

2) ¿Puede reclamar B intereses sobre la misma suma y por el mismo período, sobre la base de que la transacción tendría que haberse efectuado por medios electrónicos el primer día, o bien, desde el momento en que podría haber recibido el pago si la transferencia se hubiese efectuado por cable inmediatamente después de recibida la orden de transferencia hasta el momento en que se acreditó realmente en su cuenta?

3) En general, ¿quién tiene derecho al beneficio del "flote" en una operación de TEF?

Relaciones entre bancos

32. Análogamente a lo que ocurre con las relaciones banco-cliente, pueden plantearse muchas cuestiones con respecto a la relación jurídica entre bancos que intervienen en una operación de TEF. En su mayoría, estas cuestiones se relacionan con la asignación de responsabilidad, y por ende con la distribución de las pérdidas consiguientes, cuando algo funciona mal en la operación de transferencia. Así, por ejemplo, supóngase que en el caso hipotético planteado más arriba (Caso I, párr. 26 *supra*), la falla reside en que el banco receptor no ha podido asentar en la cuenta de su cliente un crédito basado en una comunicación adecuada y que, como resultado, la responsabilidad recae sobre el banco de origen. Se plantearía la pregunta siguiente: ¿Qué recurso, de existir alguno, tiene el banco de origen contra el banco receptor? Análogamente,

que, por consiguiente, B podía reclamar a X la suma en cuestión. Se reconoce ampliamente que es perfectamente concebible que el dictamen se diera en sentido contrario y que incluso es posible que así ocurra si se plantea el mismo caso ante otra jurisdicción. La importancia que el caso tiene en este contexto reside en que pone de manifiesto qué mal definidas están y cuán poco claras y precisas son todavía las normas relativas a la TEF, y en que señala la posibilidad de que se llegue a resultados dispares en virtud de las leyes de los distintos países, en ausencia de un marco jurídico uniforme de validez internacional. El caso hace resaltar también la insuficiencia esencial del régimen de contratos privados para regir las operaciones de transferencia electrónica de fondos en todos sus aspectos.

el banco receptor podría resultar responsable como consecuencia de haber seguido las instrucciones emanadas de la computadora defectuosa del banco de origen, o como consecuencia de la manipulación fraudulenta del programa de la computadora por empleados del banco de origen a quienes, según se aduce, se les dio por negligencia acceso a las terminales del banco de origen. Además, puede darse el caso de que se admita la existencia de un error pero no resulte claro en qué parte del sistema ocurrió el desperfecto, cómo ocurrió, o quién es responsable de él¹.

33. En un sistema típico de TEF, todas estas cuestiones estarían regidas por un acuerdo privado entre los bancos interesados, o bien, cuando existiese una asociación intermedia, como por ejemplo una cámara de compensación, por las normas de la asociación y por las costumbres y prácticas establecidas que siguiesen los bancos en sus relaciones mutuas. La única cuestión que se plantearía entonces sería la de saber si tales normas convenidas y prácticas establecidas constituyen un régimen reglamentario adecuado y satisfactorio para una actividad que tiene consecuencias de tan amplio alcance como la transferencia electrónica de fondos, teniendo presente especialmente las limitaciones de la autorreglamentación, algunas de las cuales se han examinado más arriba (párr. 23).

34. Cabe recordar también a este respecto otros diversos aspectos del tema de la elaboración automática de datos en el comercio internacional, puestos de manifiesto por hechos tales como el estudio que está realizando actualmente la Cámara de Comercio Internacional sobre la posibilidad de reemplazar documentos de título negociables (conocimientos de embarque, recibos de almacén, etc.) por la comunicación de datos por medios electrónicos, el proyecto conexo que está estudiando la Comisión Económica para Europa, y la difundida opinión de que los títulos negociables en general — letras de cambio, pagarés, cheques, etc. — deberán ser reemplazados algún día, en lo que atañe a su función de medios internacionales de pago, por la TEF. Todo esto parecería confirmar la necesidad de un marco jurídico global, uniforme e integrado para la elaboración electrónica de datos (incluida la TEF) en el comercio internacional.

35. Muchos de los demás problemas de relaciones entre bancos y entre instituciones, como por ejemplo el tipo de instituciones que pueden intervenir en operaciones de TEF, la cuestión del acceso equitativo de las instituciones más pequeñas a los servicios de TEF, la existencia o ausencia de aspectos anticompetitivos en las operaciones de TEF, etc., son en esencia cuestiones que competen a la legislación nacional y no se examinarán en el presente documento. No obstante, cabe observar que si, como parece realista suponer, surgiera una organización de TEF como el único o principal medio para este tipo de operación en el ámbito internacional, aumentarían seguramente el interés y las presiones para poner lo que en efecto sería el monopolio de un aspecto vital del comercio internacional bajo un régimen reglamentario distinto del contrato privado². Tales presiones aumentarían sin duda si el sistema de transferencia electrónica de fondos de que se trata fuera a incorporar en algún momento a sus servicios alguna función de cámara de compensación.

Resumen de las deliberaciones del Grupo de Estudio de la CNUDMI

36. En un reciente período de sesiones del Grupo de Estudio de la CNUDMI sobre Pagos Internacionales (19 a 22 de septiembre de 1977) se determinó que las cuestiones

¹ Se ha afirmado que algunos fenómenos atmosféricos inesperados (rayos, por ejemplo) han causado a veces cambios, tales como borraduras, en las cintas magnéticas de computadoras.

² Un informe reciente indica que la SWIFT, en que participan actualmente más de 500 instituciones de ambos lados del Atlántico y que proyecta extender sus operaciones al Japón y América del Sur dentro de poco, podría llegar a ser ese medio de que aquí se habla.

reseñadas en los párrafos 37 a 48 *infra* requerían estudio con respecto al papel de la TEF en los pagos internacionales.

37. *Momento del pago. ¿Cuándo es definitivo el pago?* El Grupo opinó que esta cuestión era de primordial importancia en la transferencia electrónica de fondos de carácter internacional.

38. El Grupo llegó a la conclusión preliminar de que parecía haber razones para establecer una norma internacional uniforme sobre esta cuestión.

39. *Asignación de la responsabilidad por errores, equivocaciones y fraudes.* Se señaló que esas cuestiones eran generalmente reguladas mediante acuerdo privado entre las partes en una operación de TEF. A este respecto se planteó la cuestión de cuánta autonomía debería conceder la ley a las partes no sólo con respecto a sus derechos entre sí sino también con respecto a su posición jurídica respecto de terceros. Se sugirió que, por analogía con las normas sobre el transporte directo propuestas por la UNCTAD en virtud de las cuales el porteador inicial sigue siendo responsable frente al cargador respecto de la seguridad de la carga y del cumplimiento debido el transporte durante la totalidad del viaje, independientemente del uso de porteadores sucesivos, igualmente, en una transacción TEF, el banco inicial debería ser responsable frente al cliente-transferente respecto del pago debido y oportuno de la suma al destinatario independientemente del papel de cualesquiera bancos sucesivos.

40. También se sugirió que, al menos con respecto al fraude, podría adoptarse una norma para la TEF semejante a la seguida para la transferencia mediante documentos escritos, a saber, que la responsabilidad incumbe a la persona que "permite" la comisión del fraude.

41. El Grupo de Estudio llegó a la conclusión preliminar de que había razones, salvo prueba en contrario, para trabajar en esta esfera con miras a llegar a una posición internacional común con respecto a estas cuestiones. Se sugirió que esto podía hacerse mediante normas uniformes o mediante condiciones generales que regularan las relaciones entre el banco y el cliente en una transacción de TEF.

42. *Carácter reservado de los datos de la TEF.* El Grupo de Estudio señaló dos aspectos del carácter reservado de los datos: la protección de los documentos de un cliente de TEF frente al acceso de las autoridades públicas o de terceros sin el debido procedimiento legal, y la necesidad de asegurar que los operadores de sistemas de TEF reunieran o almacenaran solamente los datos estrictamente pertinentes para la finalidad mercantil correspondiente.

43. En el Grupo de Estudio no surgió una posición común con respecto a la debida respuesta internacional a esta cuestión. Algunos miembros opinaban que esta cuestión debía dejarse al derecho nacional en tanto que otros señalaron la dificultad que surgiría si las distintas leyes nacionales difirieran en cuanto a los tipos de datos que deberían protegerse y el nivel de protección que debería garantizarse cuando los datos correspondientes pudieran obtenerse materialmente en cualquiera de los países enlazados por una red de TEF.

44. *Utilidad para el cliente de los documentos producidos por la computadora.* Se expresó también preocupación con respecto al efecto que la computadorización y la consiguiente eliminación de los documentos de papel tradicionales podría tener en la disponibilidad por parte del cliente de documentos suficientes y jurídicamente admisibles de sus transacciones. El cliente podía requerir esos documentos tanto como prueba de pago como para fines oficiales (por ejemplo, fiscales y de otra índole). Aparte del problema de la admisibilidad en las jurisdicciones de *common law*, estaba el hecho de que, a diferencia del sistema basado en documentos de papel en el que el cliente tenía en sus manos un pedazo de papel que demostraba sus transacciones con un banco, la prueba en un caso de TEF frecuentemente estaba en la memoria de la computadora del mismo banco con el cual el cliente podía tener una

controversia. Por tanto, el cliente podía depender de su adversario para obtener la prueba que necesitaba.

45. El Grupo tampoco llegó a un consenso sobre la solución internacional apropiada, si la hubiere, y recomendó que no se siguiera examinando la cuestión en esta fase.

46. *"Flote" dentro del sistema de TEF; ¿quién tiene derecho al beneficio?* El Grupo de Estudio señaló que según las actuales prácticas bancarias de TEF, era habitual trazar una distinción entre las transferencias de cliente a cliente y las transferencias interbancarias: el abono del crédito se efectuaba lo antes posible en el segundo caso en tanto que en el primero había generalmente una demora (a veces de hasta dos días) entre el adeudamiento al transferente y el abono del crédito al transferido durante el cual el banco aprovechaba el interés y el "flote" de los fondos.

47. No obstante, el Grupo señaló la dificultad de establecer normas o prácticas bancarias uniformes sobre esta cuestión. Como había demostrado la experiencia con respecto a las reglas relativas a los créditos documentarios, las prácticas bancarias variaban mucho según los países; la práctica bancaria de un país podía considerarse que 24 horas era una demora razonable en tanto que en otros incluso un período de 10 días o de 3 semanas podía considerarse normal. También había que tener en cuenta las distintas fases de desarrollo con respecto a la tecnología electrónica alcanzada en los distintos países.

48. El Grupo no llegó a ninguna recomendación respecto de esta cuestión.

Conclusiones

49. Aunque es cierto que la mayoría de los planes de TEF existentes y en funcionamiento aún son de pequeño alcance,

desde el punto de vista del número de participantes y de las cantidades correspondientes así como de los servicios ofrecidos, que los planes más ambiciosos siguen siendo solamente proyecciones, parece haber acuerdo general en que la transferencia electrónica de fondos podría con el tiempo convertirse en un mecanismo importante de pagos dentro de los sistemas económicos más avanzados y entre los mismos. Ciertamente, como indica el proyecto SWIFT, cabe prever un papel importante para la TEF en la esfera de las transacciones comerciales internacionales, no sólo debido a la rapidez y mayor fiabilidad que conferiría a esas transacciones, sino también debido a la posibilidad de ahorrar costos mediante la uniformación de los elementos y medios de comunicación del mensaje y la reducción o eliminación de factores costosos tales como la demora, los errores de oficina, la pérdida o el extravío de datos, etc., que parecen características inevitables del sistema basado en papeleo.

50. El régimen regulatorio del contrato privado bajo el cual se llevan a cabo las actuales operaciones internacionales de TEF puede decirse que ha funcionado bastante bien hasta la fecha y además cabe reconocer que posee características tales como la flexibilidad y la adaptabilidad que pueden ser convenientes en cualquier régimen. No obstante, sus limitaciones inherentes, como por ejemplo, en materia de derechos de terceros, así como las enormes consecuencias para el comercio internacional de la elaboración electrónica de datos en todos sus aspectos, parecen aconsejar la elaboración, tal vez no inmediatamente sino en un momento apropiado del futuro, de un marco jurídico internacional que proporcione certidumbre y uniformidad en esta esfera clave de las transacciones comerciales internacionales.

B. Nota del Secretario General: recomendaciones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (A/CN.9/155)*

1. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano¹, en su 19º período de sesiones, celebrado en Doha, Qatar, del 16 al 23 de enero de 1978, examinó la posible composición del futuro programa de trabajo de la Comisión.

2. Al terminar sus deliberaciones, el Comité aprobó la resolución relativa al futuro programa de trabajo de la Comisión que figura en el anexo a la presente nota.

ANEXO

Decisión del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano sobre el futuro programa de trabajo de la Comisión

(Adoptada en su 19º período de sesiones, celebrado en Doha, Qatar, del 16 al 23 de enero de 1978)

"El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano,

"Habiendo examinado en su 19º período de sesiones la petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas de que los gobiernos presenten sus opiniones y sugerencias sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (resolución A/31/99);

"Tomando nota de las opiniones expresadas a este respecto por su Subcomité sobre cuestiones de derecho mercantil internacional;

"Convencido de que es importante que la CNUDMI, al redactar su nuevo programa de trabajo, tome debidamente en

consideración las disposiciones pertinentes de los períodos extraordinarios de sesiones sexto y séptimo de la Asamblea General de las Naciones Unidas que establecieron las bases del nuevo orden económico internacional;

"Recomienda a la CNUDMI que incluya en su programa de trabajo un tema titulado "Consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional en el derecho mercantil internacional" y que, a fin de tratar esta cuestión rápidamente, establezca un comité especial o un grupo de trabajo sobre el nuevo orden económico internacional, y que le pida que le someta propuestas acerca de los instrumentos jurídicos que serían necesarios para aplicar las políticas subyacentes al nuevo orden económico internacional;

"Recomienda además a la CNUDMI que incluya en su programa de trabajo los siguientes temas:

"a) Arbitraje comercial internacional;

"b) Contratos de permuta;

"c) Catálogo de términos de comercio;

"d) Normas uniformes o formularios uniformes de contrato para el suministro de bienes que han de manufacturarse o para el suministro de personal o de otros servicios; y

"e) Garantías reales;

"Pide a su Secretario General que señale a la atención de los Estados miembros del Comité, en particular a aquellos que son también Estados miembros de la CNUDMI, la conveniencia de que sus representantes u observadores, según corresponda, participen en los períodos de sesiones de la CNUDMI y de sus órganos auxiliares;

"Decide examinar las medidas adoptadas por la CNUDMI en respuesta a la presente resolución en su próximo período de sesiones."

* 4 de mayo de 1978.

¹ El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano está formado por 35 Estados de la región afroasiática.