

878509

10  
2ej.

**UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO**

**ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**



**LA INADECUADA REGULACIÓN DE LA  
TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS  
EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**

**TESIS:  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA:  
GILBERTO GUTIERREZ GARDUÑO**

**DIRECTOR DE TESIS:  
LIC. MANUEL FAGOAGA RAMIREZ**

25927

México, D.F.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1998



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

“

# INDICE

## INDICE

## INTRODUCCION

### CAPITULO I. SISTEMA BANCARIO MEXICANO

1 1 EVOLUCION Y DESARROLLO DE LOS SISTEMAS BANCARIOS .....	2
1.1.1 Origen de los bancos .....	2
1.1.2 La función bancaria .....	2
1.1.2.1 El banco y el dinero como necesidad económica-social .....	3
1.1.2.2 El banco como intermediario del comercio mundial .....	5
1.1.3 La banca mundial.....	6
1.1.3.1 Breve exposición de otros sistemas bancarios .....	7
1.1.4 La banca mexicana.....	8
1.1.4.1 Historia de la banca en México .....	9
1.1.4.2 El Banco Central.....	10
1.1.4.3 Las Cámaras de Compensación Bancarias .....	12
1.1.4.4 Definición legal del servicio de banca y crédito .....	13
1 2 DEFINICIÓN DE TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS .....	13

### CAPITULO II. LAS TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS DE FONDOS

2 1 USO DE LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS EN LA PRÁCTICA BANCARIA Y COMERCIAL.....	16
2.1.1 Opción o necesidad comercial.....	17
2.1.2 Impacto de las Transferencias Electrónicas de Fondos en el comercio actual.....	18
2.1.3 El comercio internacional y las transferencias internacionales .....	18
2 2 SISTEMAS AUTOMÁTICOS DE PAGOS.....	19
2.2.1 El "Cajero Automático" y las Máquinas expendedoras de billetes... ..	19
2.2.2 Servicios de "punto de venta".....	21
2.2.3 Preautorización de operaciones bancarias.....	22
2.2.4 Manejo de servicios bancarios desde el domicilio .....	23
2.2.5 Tipos de tarjetas .....	23
2.2.7 Nuevas opciones en Transferencia Electrónica de Fondos. La tarjeta inteligente .....	24

### **CAPITULO III. LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**

3.1 SITUACIÓN DE LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA .....	28
3.2 DERECHO BANCARIO .....	31
3.2.1 Fuentes del Derecho Bancario .....	33
3.3 CONTRATOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO .....	34
3.3.1 Definición y clasificación de las operaciones bancarias .....	35
3.3.1.1 Operaciones activas, pasivas y accesorias .....	35
3.3.2 La comparación entre operaciones de crédito y contratos de crédito .....	36

### **CAPITULO IV. ANALISIS DEL CONTRATO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS**

4.1 CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS Y DEMÁS SISTEMAS AUTOMATIZADOS DE PAGO .....	40
4.1.1 Naturaleza de la Transferencia Electrónica de Fondos como contrato innominado .....	41
4.1.2 Análisis de la legislación aplicable al contrato que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos .....	42
4.1.3 Análisis jurídico del contrato referido en el art. 52 de la Ley de Instituciones de Crédito .....	46
4.1.3.1 Clasificación del contrato .....	50
4.1.3.2 La equiparación como contrato de adhesión .....	52
4.2 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS BANCARIOS Y FIGURAS LEGALES .....	55
4.2.1 Los contratos de depósito bancario .....	56
4.2.2 Los contratos de apertura de crédito .....	59
4.2.2.1 Contrato de apertura de crédito simple .....	59
4.2.2.2 Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente .....	60
4.2.2.3 Contrato de apertura de crédito bancario .....	61
4.2.3 Contrato de crédito documentario .....	63
4.2.4 La comisión mercantil .....	65
4.2.5 Contratos celebrados por correspondencia y contrato entre ausentes .....	68
4.3 INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO .....	72
4.3.1 Autoridades competentes .....	74
4.3.2 Procedimiento de reclamación .....	75
4.3.3 Responsabilidad del usuario .....	77
4.3.4 Responsabilidad del banco .....	80

## **CAPITULO V. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN PARA LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS**

5.1 DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO BANCARIO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS.....	84
5.2 CONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE OTRAS FIGURAS A LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS .....	85
5.2.1 PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN PARA EL CONTRATO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS.....	88

### **BIBLIOGRAFIA**

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....	93
HEMEROGRAFIA CONSULTADA .....	96
LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES OFICIALES CONSULTADAS .....	98

### **ABREVIACIONES**

# **INTRODUCCION**

La creación y desarrollo de nuevas tecnologías ha impreso una huella indeleble en las actividades cotidianas de nuestra sociedad contemporánea. Hemos atestiguado una constante e impresionante evolución en el campo de la computación e informática, con una fuerza reformadora de la que no han quedado exentos otros campos del saber humano.

En efecto, la introducción de los medios electrónicos en la vida comercial actual ha generado innovadores mecanismos de comercio en muy distintas ramas, incluyendo un área tan esencial como lo es la actividad bancaria. Es precisamente en este entorno, que surge un instrumento que utiliza la nueva tecnología para efectuar operaciones bancarias tradicionales y que ha generado muy diversos planteamientos: la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF).

A fin de aclarar el concepto, se adoptará la definición de la fuente más autorizada que se ha encontrado durante el curso de la investigación de la siguiente manera, la Transferencia Electrónica de Fondos es "*...un sistema de pagos en el que el procesamiento y comunicaciones necesarios para efectuar intercambio económico, y el procesamiento y comunicaciones necesarios para la producción y distribución de servicios incidentales o relativos al intercambio económico dependen totalmente o en gran parte en el uso de la electrónica*"<sup>1</sup>, generalmente mediante el uso de tarjetas plásticas provistas de una cinta magnética en la que está codificada la información referente al usuario.

Ahora bien, el Derecho Positivo mexicano aún no ha asimilado el impacto de esta nueva figura, de tal forma que se ha generado un vacío entre la práctica bancaria real y las leyes que la deben regular, pero que ya han sido ampliamente superadas por aquella. La falta de regulación tanto de dichos instrumentos y de su aplicación, como de otras áreas de la operación bancaria, ha resultado en una preocupante inseguridad jurídica, cuya importancia se incrementará a medida que sustituyan a otros medios tradicionales de tráfico mercantil.

En plena evolución del Derecho, habrá que regular las operaciones involucradas con la Transferencia Electrónica de Fondos, uniformando criterios y normando los derechos y obligaciones de las partes, así como aspectos tales como la fuerza probatoria de los documentos emitidos por medios electrónicos, de la información que permanezca en los sistemas de cómputo y, paralelamente, de la facultad probatoria de los bancos de su propia contabilidad; así como los efectos de la relación contractual, entre otros.

---

<sup>1</sup> NATIONAL COMMISSION ON EFT, cit. en COLTON, Kent W. and KRAEMER, Kenneth L., ed.: *Computers and Banking "Electronic Funds Transfer Systems and Public Policy"*, en la Serie Application of modern technology in bussiness, E.U.A., Plenum Press, 1980, p. 8.

En el Derecho Positivo mexicano la TEF se encuentra inapropiadamente regulada, a que a pesar de estar acertada pero indirectamente incluida en la Ley de Instituciones de Crédito, se le establece un carácter necesariamente contractual<sup>2</sup>. Paralelamente, si a esta operación bancaria es también aplicable el Código de Comercio<sup>3</sup>, entonces no es suficiente que las partes se obliguen en la manera en que parezca que desearon hacerlo<sup>4</sup> sino que dicho contrato mercantil debe reducirse a escritura, pero surgen otros planteamientos en el derecho común, rama también aplicable a la figura.<sup>5</sup>

Antes de proseguir, es conveniente recordar que las partes involucradas en estos contratos son, por una parte, un cliente o usuario de los servicios de banca y crédito y, por la otra, una institución bancaria. Salta entonces a la vista el hecho de que por el volumen de operaciones de los bancos, es imposible la elaboración de contratos para cada cliente, luego entonces el banco elabora formatos de contratos altamente especializados y con una asesoría técnica jurídica accesible sólo para los especialistas en el área, veladamente contraviniendo en este caso preceptos del Código Civil<sup>6</sup>, si bien utilizando otros conceptos del citado ordenamiento<sup>7</sup> que facultan el uso de la costumbre, de gran importancia en la actividad bancaria cotidiana.

Ahora bien, a pesar de que existen intentos de establecer principios generales para los servicios bancarios que utilizan medios electrónicos por el Banco de México<sup>8</sup>, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como autoridad responsable aún ha obedecido el mandato legal<sup>9</sup> de emitir las reglas que definen las directrices al respecto.

Dentro de la investigación, se proyecta la inclusión de un estudio sobre la Transferencia Electrónica de Fondos en otros sistemas, especialmente el de Estados Unidos, debido a la consideración del postulante en el sentido de que la figura no sólo ha nacido en ese país, sino que ha evolucionado en un grado

---

<sup>2</sup> LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO. (v.ref.bibliográfica) Art. 52

<sup>3</sup> CODIGO DE COMERCIO. (v.ref.bibliográfica) Arts. 1º; 75 Fr. XIV.

<sup>4</sup> CODIGO DE COMERCIO. (v.ref.bibliográfica) Arts. 78; 79, Fr. I.

<sup>5</sup> CODIGO DE COMERCIO. (v.ref.bibliográfica) Art. 2.

\* En el curso de la presente investigación se analizarán también estos contratos considerándolos, para los mismos efectos del estudio, como contratos de adhesión, a pesar de estar excluidos de lo dispuesto en el Capítulo Décimo de la LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, dejando por tanto la defensa del público a la Comisión Nacional Bancaria mediante el procedimiento opcional de reclamación previsto en la LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

<sup>6</sup> CODIGO CIVIL. (v.ref.bibliográfica) Art. 1797

<sup>7</sup> CODIGO CIVIL. (v.ref.bibliográfica) Art. 1858

<sup>8</sup> BANCO DE MEXICO. "Reglas a las que habrán de sujetarse las instituciones de crédito en la emisión y operación de tarjetas de crédito bancarias", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1990, reglas 4ª; 9ª y 11ª. Adicionalmente, el Banco de México ha emitido la circular 2008 sobre las operaciones bancarias activas y pasivas.

<sup>9</sup> LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO. (v.ref.bibliográfica) Art. 87, pr. 4º.

mucho mayor que en el nuestro, tanto en la práctica como en la legislación y que además, dentro de la tendencia uniformadora en el Derecho Mercantil internacional, es concordante con los estudios afines al tema que han realizado organizaciones internacionales<sup>10</sup>. Desde la década de los setenta en ese país se ha efectuado un gran número de investigaciones sobre el tema y sus órganos legislativos han procurado regular la figura conforme a éstas.

En este entender, se desea hacer notar que la novedad de la figura en nuestra legislación y doctrina, así como la dificultad de conseguir fuentes de información influirán limitativamente en la investigación del postulante. Por ese motivo, se ha recurrido insistentemente al estudio de fuentes en otros idiomas de las que procurará efectuar una fiel traducción al español.

El presente estudio pretende evidenciar el atraso que nuestra legislación presenta analizándola lo más detalladamente posible y sometiéndola a una escueta comparación con la norteamericana y que además, sin ambicionar ser una tesis de compilación, se considera que será de utilidad por la gran dispersidad de las fuentes de estudio. Asimismo, se ha procurado efectuar una investigación lo más apegada posible a las directrices metodológicas, esperando así contribuir modestamente para un mayor conocimiento de la figura, por los estudiantes de las materias de Derecho Mercantil y de Derecho Bancario de la Escuela de Derecho de la Universidad Nuevo Mundo.

---

<sup>10</sup> Estas son, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

# **CAPITULO I**

## **SISTEMA BANCARIO MEXICANO**

## 1.1 EVOLUCION Y DESARROLLO DE LOS SISTEMAS BANCARIOS

A lo largo de esta sección se analizarán diversos temas con respecto a los sistemas bancarios, abundando en la relación que guardan los bancos y el comercio, ya que constituyen el contexto en que nació, se desarrolla y se aplica la Transferencia Electrónica de Fondos.

Inicialmente se abordará al banco y su función desde un aspecto general, formulando las opiniones que se han estimado pertinentes al respecto de su papel como impulsor de la economía y su incidencia con el comercio actual.

Posteriormente, se explicará brevemente el sistema bancario y financiero mundial, para finalizar con diversas consideraciones con respecto al desarrollo de la banca en México. Así, se tocarán diversas cuestiones que se considera servirán de punto de partida para comprender de una forma integral el ámbito en que se realiza la Transferencia Electrónica de Fondos.

### 1.1.1 Origen de los bancos

La banca tiene orígenes muy remotos; aparece en Babilonia en el siglo VI antes de Cristo y es también desarrollada en Grecia y Egipto. En Grecia aparecen las primeras operaciones de crédito realizadas por personas privadas, llamadas "trapezita"; mientras que en la segunda nación parece haber ya existido la actividad bancaria como un monopolio del Estado.<sup>11</sup>

En Roma apareció también la actividad bancaria ya regulada por el Estado al considerarse de orden público, pero fue hasta el medioevo, en el que la difusión del comercio internacional propició el desarrollo de verdaderas empresas bancarias<sup>12</sup>. Antiguos comerciantes ofrecían exclusivamente servicios de custodia de dinero ajeno, para después ampliar sus funciones al préstamo de ese dinero a personas distintas al depositante; asimismo, existieron casas comerciales que ejercían la actividad bancaria como un servicio prestado complementariamente para después independizarse como empresas bancarias especializadas.

### 1.1.2 La función bancaria

En la actualidad, la función de la actividad bancaria es definida como *la intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito*<sup>13</sup>, es decir, la

---

<sup>11</sup> Cfr. Paolo Greco, Curso de Derecho Bancario, trad. por Raúl Cervantes Ahumada, México, 1945, pp. 57 y 58.

<sup>12</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones de Crédito*, 14ª ed., México, Ed. Herrero, 1988, p. 218.

<sup>13</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 215.

existencia de una persona —moral— especializada en la acumulación de capitales ajenos para su manejo y préstamo a terceras personas, sirviendo como intermediario entre aquellos que poseen más con los que poseen menos.

Ahora bien, se presenta la característica de que tal función será siempre de orden público\*, debido al necesario intervencionismo del Estado (ver 1.1.4.2) en la función bancaria y en una calidad de garante de los intereses de la población.

Paralelamente, es aplicable la aseveración de que la función característica de los bancos es "*servir de intermediarios entre las personas que les confían sus capitales disponibles y aquellas que los necesitan y demandan. El capital propio del banco ordinariamente, sólo sirve de garantía para sus acreedores...*"<sup>14</sup>

### 1.1.2.1 El banco y el dinero como necesidad económica-social

La existencia de instituciones especializadas para manejar bienes ajenos presenta peculiaridades convenientes de abordar a guisa de preámbulo para comprender el impacto e importancia que tiene la existencia de dichas instituciones dentro de la sociedad moderna.

En primer lugar, se analizará escuetamente la naturaleza del dinero. El dinero es una cosa mercantil corporal fungible<sup>15</sup> que posee cuatro funciones: como "...medida de valor, medio de pago, reserva de valor y patrón de pagos diferidos"<sup>16</sup>. Esto es, en su primera función el dinero es un parámetro para comparar bienes y servicios entre sí, lo que conocemos con el nombre de "precio"; en su tercera función el dinero permite que el individuo lo acumule con miras a obtener posteriormente otros bienes o a fin de afianzar cierta seguridad económica, mientras que en su cuarta función, la naturaleza del dinero permite efectuar operaciones económicas en un momento dado, para que sean pagadas en otro momento posterior. En lo que respecta a la tercer función, a continuación se desglosará con mayor detalle por ser la más relevante para este estudio.\*

---

\* El maestro Cervantes Ahumada hace notar que tal característica proviene ya desde el Derecho romano al citar un texto del Digesto de Ulpiano, en CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...* p. 217.

<sup>14</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Pomúa, 1964, p. 76.

<sup>15</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrero, 1990, p. 353.

<sup>16</sup> GOMEZ GRANILLO, Moisés: *Teoría Económica*, 4ª ed., México, Ed. Esfinge, 1987, p. 147-149.

\* En SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D.: *Economía*, 14ª ed., España, McGraw-Hill, 1992, p. 601-612, se aborda de forma clara la definición y evolución del dinero, misma que es básicamente la misma que se presenta en estas páginas, esquematizándola inicialmente en trueque-dinero/mercancía-dinero/papel-dinero bancario.

En su tercera función, el dinero es una mercancía que constituye un medio de cambio o, precisamente, de pago. Bajo esta óptica cualquier mercancía que sirva como medio de pago sería considerable como dinero, lo que ha llevado a la evolución histórica del dinero como dinero-trueque al dinero como dinero-moneda y posteriormente al dinero-crédito; es decir, el intercambio de un bien indeterminado para obtener otro determinado, para evolucionar al intercambio de un bien clasificado en una unidad de medida determinada (moneda o dinero-papel<sup>17</sup>) por otros satisfactores (que ya entonces serán divisibles en bienes y servicios), hasta llevar al intercambio no inmediato de dinero por satisfactores, en esta última etapa se debe incluir también a otros medios sustitutos del dinero tradicional y del pago en efectivo que se han dado en llamar dinero bancario (cheques, créditos, cuentas corrientes, etc).

Cada individuo tiene un sinnúmero de necesidades que cubre a través de satisfactores, obtenibles por medio de dinero. Con la remuneración producto de su trabajo, el individuo distribuirá su ingreso conforme a las necesidades que deba cubrir, es decir, su consumo. Empero, algunas necesidades y los satisfactores relativos suponen un gasto mayor a aquel del que el individuo puede disponer regularmente, por tanto se ve precisado a ahorrar la diferencia entre su ingreso y su consumo.

Tal ahorro presentará dos características que lo relacionan con la actividad bancaria. Por una parte, existe el factor de la seguridad patrimonial que debe procurar mantener el individuo y, la otra, relativa al banco más que al individuo, se refiere a ese capital ahorrado que al momento de ser ingresado al banco pasa a formar parte del capital con el que esa institución ejercerá su función crediticia.

Esto es, el primer factor influye en el banco ya que al ser una institución que resguarda bienes ajenos con la obligación de restituirlos en la misma especie y cantidad, evita al individuo los posibles inconvenientes que pueden suscitarse como resultado del atesoramiento de bienes, por lo que éste confía a aquel parte de su patrimonio.

El segundo factor da como resultado un círculo generador de capital, es decir, el ahorro de un individuo cubre sólo las necesidades futuras de ese único sujeto. Si se considera la presencia de una multitud de individuos en la misma situación y la consiguiente aglomeración de un cúmulo de pequeñas cantidades en un sólo punto concurrente —banco—, el resultado será una alta concentración de capitales que habilitará al banco para efectuar grandes inversiones generadoras de capital, o bien, poner a disposición de terceras personas el capital reunido para que sea invertido por éstas, convirtiéndolo así en

---

<sup>17</sup> SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D.: *Economía*, 14ª ed., España, McGraw-Hill, 1992, p. 604; y, GOMEZ GRANILLO, Moisés: *Teoría Económica*, 4ª ed., México, Ed. Esfinge, 1987, p. 146

capital útil y presentándose entonces el proceso de redistribución del capital<sup>18</sup> en un círculo perfecto del ahorrador iniciador al inversionista beneficiario, que a su vez es un potencial ahorrador.

“

En este entender, la actividad bancaria es entonces indispensable para un sano intercambio económico que conlleva beneficios a cada uno de los integrantes de la sociedad de la que forma parte, constituyendo así un factor necesario en la interacción comercial actual, al efectuar una actividad de mediación o interposición entre los productores y consumidores.

### 1.1.2.2 El banco como intermediario del comercio mundial

Bajo la premisa elemental de que ningún país puede progresar aislado del resto del mundo, se infiere que cada una de las economías nacionales intercambian bienes y servicios con las demás en un esquema básico de exportaciones e importaciones, interrelacionándose progresivamente por medio del comercio.

Esta tendencia se ha visto paulatinamente incrementada desde el siglo pasado ya que los agigantados pasos dados en el transporte, políticas comerciales y comunicaciones han disminuido considerablemente la noción de distancia, modificando al mismo tiempo áreas no comerciales como el campo jurídico, el mercado laboral, las políticas fiscales, entre otros. Es decir, se ha evidenciado una gran interacción entre los países bajo el supuesto de evitar problemas entre presuntos socios comerciales, cuyo ejemplo de mayor actualidad bien lo puede constituir el Tratado de Libre Comercio firmado por nuestro país con los Estados Unidos y Canadá en fechas recientes.

En este contexto, la actividad bancaria juega un papel trascendente en la vida económica de las naciones. Es difícil concebir el comercio entre países sin la existencia de instituciones que faciliten el cumplimiento de la obligación de pago.

Efectivamente, la presencia de los bancos en el ámbito internacional es de especial relieve para el presente estudio, ya que el *"...progreso de la civilización y la amplitud incesante del mercado..., han ido dificultando más el cambio directo entre productor y consumidor, no obstante el magno progreso que se ha alcanzado en punto a comunicaciones."*<sup>19</sup>, por tanto, se necesita de especialistas que como consecuencia de ese tráfico mercantil introduzcan en nuestro país y modelen conforme a nuestra legislación, el uso de aquellos medios novedosos que son ya utilizados ampliamente —y con éxito— por otros países.

---

<sup>18</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª ed., México, Ed. Haría, 1992, p. 11.

<sup>19</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano...*, p. 18.

### 1.1.3 La banca mundial

En la configuración actual de coexistencia e interrelación de países con características distintas que han aumentado espectacularmente su tráfico mercantil internacional y que se han visto obligados a buscar nuevos socios comerciales, se hace imprescindible un sistema de alcance mundial que coordine y facilite el intercambio comercial y financiero entre esas naciones.

En tal entender, la actividad bancaria constituye el instrumento idóneo para alcanzar esa meta de concertación, conformando un sistema bancario global que salve las diferencias entre las distintas economías. Tan trascendente labor es efectuada por la denominada banca mundial, de la que a continuación se expondrán algunas breves consideraciones.

Después de la segunda guerra mundial se evidenció una notable diferencia entre las economías nacionales afectadas por dicho enfrentamiento, en el que resultó indemne la economía de los Estados Unidos. El sistema político internacional siguió el derrotero de reconstrucción que inició ese país para auxiliar a otras naciones menos favorecidas.

Fue en este entorno que por intervención de Estados Unidos, Gran Bretaña y sus aliados, reunidos en Bretton Woods, E.U.A. en 1944, se creó el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y un sistema de tipo de cambios que sirvieran como mecanismo para regular las transacciones financieras internacionales, de los que a continuación se efectuará una breve exposición.

El Fondo Monetario Internacional es un organismo especializado<sup>20</sup> vinculado con la Organización de las Naciones Unidas que administra el sistema monetario internacional y funciona como un banco central mundial para bancos centrales nacionales, que efectúan aportaciones a fin de que esa institución auxilie a países con dificultades en su balanza de pagos.

Por su parte, el Grupo del Banco Mundial comprende al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, a la Asociación Internacional de Fomento y a la Corporación Financiera Internacional, con los objetivos de facilitar la inversión internacional para fines productivos; promover el desarrollo económico mediante préstamos a las regiones menos desarrolladas e inversión en la producción privada mediante préstamos donde no se ha podido conseguir financiamiento de fuentes gubernamentales, respectivamente.

De especial importancia para el comercio y economía internacionales fue el sistema de tipo de cambio de Bretton Woods, también llamado de fijación

---

<sup>20</sup> NEW ZEALAND MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE: *United Nations Handbook 1994*, Nueva Zelanda, Hutcheson, Bowman and Steward LTD, 1994, p.210.

ajustable —utilizado hasta 1970—, en el que los países mantenían un tipo de cambio fijo con respecto a otras monedas, pero que era ajustado periódicamente al presentarse variaciones importantes, facilitando así el intercambio internacional de bienes y servicios; posteriormente en 1976 se acordó el régimen de paridades flotantes.<sup>21</sup>

### 1.1.3.1 Breve exposición de otros sistemas bancarios

En la actualidad, la presencia e importancia de la actividad bancaria de las naciones está íntimamente vinculada con las características de su desarrollo económico y experiencia en el campo, ahorro, población, entre otros múltiples factores. En este entender, es necesaria la existencia de una entidad coordinadora de los sistemas bancarios nacionales denominada banca central, misma que a partir del siglo XIX fue adquiriendo mayor importancia en virtud de la creciente complejidad y diversidad de sus funciones.

Las funciones, organización y atribuciones de la banca central son básicamente las mismas en todo el orbe, aunque sí varían de país en país, especialmente en lo referente a su organización, como se podrá observar en los párrafos siguientes.

El Banco de Francia, organizado en 1800, controla la banca y crédito mediante directrices que consideran los intereses del Tesoro público, de la economía nacional y de la finanza privada, además de que efectúa servicios fiscales a la Tesorería y tiene el monopolio de la emisión de billetes.<sup>22</sup>

Por su parte, el Banco de Italia, que desde 1926 y 1936 es el único banco de emisión y ejerce funciones de Banco Central para los otros bancos, respectivamente, posee la peculiar característica de que *"en vez de moderar o coordinar la acción de los varios Bancos bajo su control, por el contrario estimule la rivalidad entre ellos"*<sup>23</sup>, además de que no se puede considerar estructuralmente como *"el eje del sistema de crédito italiano. ya que éste está muy descentralizado, funcional y territorialmente..."*<sup>24</sup>. Por lo anterior, las principales funciones del Banco de Italia se remiten a actuar como nivelador del sistema bancario, fungir como banquero y tesorero del Tesoro italiano y defender la estabilidad de la lira.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> DI GIOVAN, Ileana: *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Argentina, Abeledo-Perrot, s/a, p. 43.

<sup>22</sup> BECKHART, Benjamin Haggott: *Sistemas bancarios*, trad. por Ernesto Schop Santos, España, Ed. Aguilar, 1958, pp. 378-385.

<sup>23</sup> BECKHART, Benjamin Haggott: *Sistemas bancarios*, ...p. 469

<sup>24</sup> id. p. 521

<sup>25</sup> id. pp. 522-527.

El Banco de Inglaterra es la cabeza de un sistema bancario centralizado y bajo la autorización de la Tesorería puede dar directrices a los bancos comerciales, procurando regular las condiciones monetarias; similarmente a los demás bancos centrales, posee el monopolio en la emisión de billetes.<sup>26</sup> El Banco Nacional de Suiza tiene la obligación de regular la circulación monetaria y procurar la estabilidad del sistema de cambio de divisas, utilizando su influencia en el interés continuo de la economía suiza en su totalidad.<sup>27</sup>

Por otro lado, el Banco de Japón debe coordinar sus acciones como órgano del Gobierno, quien desarrolla la industria y el comercio nacionales mediante iniciativas conjuntas con los grandes grupos empresariales japoneses denominados *zaibatsu*, mismos que poseen gran número de bancos comerciales para financiar el comercio. Es así que el banco central tiene la característica de hacer disponibles sus propias facilidades de crédito a los bancos comerciales, para que éstos continúen facilitando préstamos e inversiones, manteniendo su liquidez.<sup>28</sup>

En último lugar y de especial importancia para este estudio, el sistema bancario de los Estados Unidos está caracterizado por la creación en 1914 del *Federal Reserve System*, con actividades de control de crédito altamente centralizadas y una sola dirección de la política monetaria y crediticia a pesar de que consiste en un cierto número de bancos centrales regionales establecidos en función de la extensión y características del país, constituyendo instituciones públicas cuyas acciones las tienen los bancos miembros.

Los bancos estadounidenses satisfacen múltiples necesidades crediticias y se dividen primariamente en bancos comerciales y de inversión, ambos financian las necesidades de capital fijo y para inmuebles, con la peculiaridad de que los bancos de inversión pueden adquirir la propiedad de empresas mercantiles. Adicionalmente existen instituciones de ahorro —como compañías aseguradoras, de inversión, fundaciones e instituciones educativas—, diversas de los bancos comerciales, pero estos últimos también pueden captar el ahorro a través de sus departamentos fiduciarios.

#### 1.1.4 La banca mexicana

A lo largo de su existencia, la Banca en México ha sufrido grandes transformaciones, cuya trascendencia en lo respectivo al adelanto o atraso de ciertas figuras jurídicas —de aplicación y origen bancarios— es incuestionable.

---

<sup>26</sup> id. pp. 677-709.

<sup>27</sup> id. pp. 770-798.

<sup>28</sup> id. pp. 587-589.

El dinamismo que la actividad económica imprime al Derecho Mercantil y Bancario, así como a otras ramas afines, invita al análisis jurídico de figuras novedosas que nuestra legislación aún no regula plenamente, pero que son ampliamente practicadas por naciones más desarrolladas, tanto como instrumentos de comercio interno como externo.

A fin de delimitar el campo de acción en el que nacen y se desarrollan tales figuras, conviene exponer diversas consideraciones sobre el origen, historia, características y situación actual de la Banca en México, como intermediaria indispensable en la vida comercial actual.

#### **1.1.4.1 Historia de la banca en México**

Si bien el presente estudio no pretende ahondar en cuestiones de tipo histórico, es conveniente exponer brevemente el curso que ha seguido el servicio de banca y crédito en nuestro país desde su inicio.

Al terminar el régimen colonial español, las únicas instituciones financieras eran la Casa de la Moneda y el Nacional Monte de Piedad y fue hasta 1830 que el Gobierno estableció el Banco de Avío y en 1837 el Banco Nacional de Amortización de Moneda de Cobre, como instituciones que le ayudaran ejerciendo funciones específicas pero, tras la ineficacia que mostraron, fueron clausuradas en la década siguiente.

Posteriormente se estableció el Banco de Londres, México y Sudamérica, primer banco comercial del país y en 1884 el Banco Nacional Mexicano, actualmente Banco Serfín y Banco Nacional de México, respectivamente.

Hacia finales del siglo pasado la creciente emisión de billetes por cada banco hicieron cada vez más necesaria una reglamentación apropiada. Con este espíritu se inició la regulación con el Código de Comercio de 1884 y, en forma destacada, se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito en 1897, que organizó el sistema bancario especializando y delimitando las facultades de los bancos, dividiéndolos en instituciones de emisión, hipotecarias y refaccionarias, estimulando la expansión de las actividades bancarias.

El primer paso decisivo para formar lo que ahora es el sistema bancario mexicano se da en 1925 al organizarse el Banco de México con funciones de banco central único de emisión y regulador de la circulación monetaria, pero fue hasta 1931 que se definieron aún más sus funciones mediante la Ley Monetaria de ese año, también llamada Ley Calles.

Con posterioridad se promulgaron nuevas leyes y disposiciones diversas entre las que sobresale la Ley General de Instituciones de Crédito y

Organizaciones Auxiliares, vigente desde 1941 hasta 1983, año en que se publica la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, símbolo de la nacionalización de la banca, decisión que el Estado mexicano externa el 10. de septiembre de 1982 mediante la promulgación de un decreto que expropia la banca privada y otorga al Estado el monopolio del servicio público de banca y crédito.

La situación prevaleció hasta el 27 de junio de 1990, en que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las modificaciones a los artículos 28 y 133 Constitucionales, primeros pasos tendientes a la llamada reprivatización de la banca, que culminan con las iniciativas de ese mismo año que darían origen a las vigentes Ley de Instituciones de Crédito, la Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras y la Ley del Mercado de Valores, regulación del actual sustento jurídico del sistema bancario mexicano.

#### 1.1.4.2 El Banco Central

Históricamente se considera al Banco de Inglaterra, fundado en 1694 como primer Banco Central por haber sido el primer banco de emisión y ser el responsable de la creación de los billetes de banco.<sup>29</sup>

En todos los países del mundo se encuentran centralizados los recursos financieros en una sólo institución encargada del control de la moneda y cabeza de los esquemas bancarios nacionales. Entre las principales funciones del Banco Central se encuentra la creación y emisión de billetes y control del circulante; servicios al Estado; custodia de las reservas de los bancos comerciales; redescuento de papel comercial a los bancos comerciales; liquidación de compensación de saldos entre los bancos comerciales; control del crédito e intervención en el comercio con la banca internacional.<sup>30</sup>

El banco central mexicano es denominado Banco de México —instituido en 1925 aunque contemplado desde la Constitución de 1917— está sustentado jurídicamente en los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución, dicha institución se encuentra bajo la rectoría del Estado conforme al artículo 25 de la misma ley suprema.

El Banco de México es un organismo descentralizado del Gobierno Federal y conforme al artículo 1º de la Ley del Banco de México es persona de derecho público con carácter autónomo, encargado de proveer de moneda nacional y procurar —como objetivo prioritario— la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda, así como promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar al buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

---

<sup>29</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 219.

<sup>30</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 220.

Paralelamente, el carácter intervencionista del Estado —del cual ya se había hablado anteriormente—, es reafirmado en los artículos 3º y 4º de la Ley de Instituciones de Crédito, que reconocen la rectoría del Estado en el Sistema Bancario Mexicano, mismo que estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional, y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el crecimiento económico nacional y aquellos que la ley encomienda al Banco de México para sus funciones.

Los mecanismos que el Banco de México utiliza para cumplir sus objetivos son: *"la política de redescuento, las operaciones de mercado abierto y la participación del Banco en el establecimiento y manejo de fideicomisos financieros de fomento que permiten resolver las necesidades de crédito de los sectores que requieren atención prioritaria"*.<sup>31</sup>

Es esencial la intervención del Banco de México en la vida económica del país en lo que respecta a la política monetaria, que busca la formación de capital y la plena utilización de los recursos nacionales para mantener un alto nivel de inversión utilizando diversas medidas para regular el desarrollo económico, mediante el control monetario.

La política monetaria debe coadyuvar el desarrollo dentro de las condiciones de equilibrio de la balanza de pagos, estabilidad cambiaria y libre convertibilidad de la moneda nacional en otras monedas. Asimismo, efectúa un control selectivo del crédito para fomentar algunas operaciones de crédito al tiempo que se imponen obstáculos a otras operaciones.

A fin de llevar el control monetario, el Banco de México exige un depósito obligatorio a los bancos comerciales limitando o ampliando la circulación monetaria y aplicando después esos montos a través del redescuento a los renglones de inversión que se desean favorecer.

A efecto de llevar a cabo el control o regulación monetaria se incluyen los financiamientos que el propio Banco Central hace a las instituciones de crédito, sea mediante el otorgamiento de un crédito o mediante adquisición de valores, exceptuando los financiamientos que el propio Banco concede para evitar trastornos en los sistemas de pagos ni las operaciones que el Banco realiza en su carácter de último acreditante.

En este punto cabe hacer la distinción entre los financiamientos que el Banco de México concede para evitar trastornos en los sistemas de pagos, del resto de los financiamientos, ya que estos últimos se encuentran comprendidos

---

<sup>31</sup> DUEÑAS GARCIA, Javier: *El Banco Central y su influencia en el desarrollo económico de México*, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Universidad Autónoma de México, Tomo XXVII, Enero-Junio de 1977, Núms. 105-106, p. 187

como parte de las operaciones que deben ser efectuadas mediante subasta pública.

Dichos financiamientos deberán estar garantizados por la institución de crédito correspondiente, mediante un depósito de dinero o de valores, sobre el importe de los cuales el Banco podrá cargar el adeudo generado al vencimiento de dicho financiamiento.

Por otra parte, por disposición expresa de la ley —Ley del Banco de México en su artículo 28—, las instituciones de crédito deberán tener una inversión obligatoria en depósitos de efectivos, con o sin intereses, que será hasta por un veinte por ciento sobre los pasivos de la respectiva institución de crédito, quedando el propio Banco Central facultado a determinar dicho monto.

En caso que las instituciones de crédito incurran en faltantes respecto a esta inversión obligatoria, el Banco de México puede imponer multas que no podrán exceder de la cantidad que resulte de aplicar, al faltante, una tasa anual de hasta el trescientos del costo porcentual promedio de captación del mes respectivo.

#### 1.1.4.3 Las Cámaras de Compensación Bancarias

La compensación bancaria se funda en Inglaterra en 1775 mediante la denominada "Bankers Clearing House".<sup>32</sup> Mediante la actividad de compensación bancaria, los bancos reciben de sus cuentahabientes cheques librados contra otros bancos, razón por la que las instituciones de crédito se asocian para efectuar compensaciones de créditos entre ellos y la cámara mediante un sistema similar a una cuenta corriente interbancaria sin que medie la transferencia física de dinero, sino solamente de los títulos de crédito que se presentaron para su cobro en ese día.

Una de las peculiaridades de la presentación de títulos para su cobro en las cámaras de compensación, es que dicha presentación surte sus efectos como si hubiera sido hecha directamente ante el librado (art. 182 LGTyOC).

La compensación de crédito funciona de la siguiente manera: *"...cada miembro de la cámara es considerado como si fuese acreedor de ésta por los cheques compensables que presente y deudor de ella por el importe de los cheques a su cargo presentados por los demás miembros y entregados a la cámara de compensación. De este modo, cada banco sólo es abonado, o tiene que pagar, la diferencia que resulta entre el importe de todos los cheques que entrega y el de los que resulten a su cargo, proporcionados por las demás instituciones de crédito."*<sup>33</sup>

<sup>32</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 227.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Derecho Bancario*, 6ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, p. 188.

#### 1.1.4.4 Definición legal del servicio de banca y crédito

La Ley de Instituciones de Crédito define en el segundo párrafo de su artículo 2o. al servicio de banca y crédito como "...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".

### 1.2 DEFINICIÓN DE TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS

Para propósitos del presente trabajo, es imprescindible delimitar el objeto de estudio; en este entender, debido a la falta de una definición autorizada y la diversidad de autores y sesgos que se le da al término "transferencia electrónica de fondos", no se debe de constreñir a una simple enunciación de la figura en cuestión, sino que se debe de pugnar por lograr un concepto simple, descriptivo e ilustrativo que, al no aventurar una definición estática forme una idea global y dinámica. Con este fin, a continuación se enunciarán algunas definiciones afines al tema y posteriormente se expondrán los elementos sobresalientes para así tratar de formar una idea más integral sobre la figura.

En su Reporte de Progreso de 1976, la Comisión Nacional sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (*National Commission on EFT*) de los Estados Unidos, definió a éstas como "... un sistema de pagos en el que el procesamiento y comunicaciones necesarios para efectuar intercambio económico, y el procesamiento y comunicaciones necesarios para la producción y distribución de servicios incidentales o relativos al intercambio económico. dependen totalmente o en gran parte en el uso de la electrónica"<sup>34</sup>.

Entre los autores mexicanos se puede citar al Dr. José María Abascal Zamora, quien define la transferencia electrónica de fondos, en referencia a un punto de vista internacional, como una "...operación que se lleva a cabo a través de una serie de órdenes de pago, en la que interviene una cadena de bancos, con la intención de poner los fondos a disposición del beneficiario"<sup>35</sup>; por su parte, Carlos Felipe Dávalos Mejía se acoge a la definición que da la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con respecto a las transferencias electrónicas, que las define como "*transferencia de fondos en la*

\* Publicada en el Diario oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

<sup>34</sup> COLTON, Kent W. and KRAEMER, Kenneth L., ed.: *Computers and Banking "Electronic Funds Transfer Systems and Public Policy"*, en la Serie Application of modern technology in bussiness, E.U.A., Plenum Press, 1980, p. 8.

<sup>35</sup> ABASCAL ZAMORA, José María: *El pago por Transferencia Internacional de Fondos*, en: El Financiero, México, D.F., 1º de junio de 1994, p. 8-A.

que una o más de las operaciones del proceso que antes se desarrollaba sobre la base de técnicas documentales, se efectúa ahora mediante técnicas electrónicas"<sup>36</sup>.

Desde otra perspectiva, la transferencia electrónica de fondos es también definida como la que "...utiliza computadoras y medios electrónicos a fin de transferir dinero o haberes financieros. La transferencia está basada en información y es intangible"<sup>37</sup>.

Como se ha podido observar, en el conjunto de definiciones resaltan ciertos elementos que son, a saber:

- Es un **sistema de pagos**, lo que hace suponer la existencia de un deudor y de un acreedor, ambos altamente interesados en la eficaz y expedita transferencia de información con respecto al dinero o créditos, que da como resultado otro factor de **inmediatez**.

- En este aspecto, siempre está presente la utilización de **equipos o técnicas electrónicas**, circunstancia que hace de estos nuevos métodos un campo gris en el área jurídica de nuestro país, debido al constante cambio y aparición de innovaciones tecnológicas.

- Si bien sólo está manifiestamente presente en una definición, la **intangibilidad** de la transferencia es un elemento clave en la figura, dado que la sustitución del papel y otros documentos plantea nuevas e interesantes incógnitas —en cuanto a su regulación— con respecto a diversos temas como, en su caso pueden ser: la probanza, el fraude por medios electrónicos, nuevas modalidades en la contratación de créditos, nuevos servicios bancarios, entre otros.

En el siguiente capítulo se abordará la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF) desde diversos puntos, tanto prácticos como relativos a su importancia e incidencia en el desarrollo económico actual.

---

<sup>36</sup> DAVALOS MEJIA, Felipe: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª ed., México, Ed. Harla, 1992, p. 474.

<sup>37</sup> NEWMAN, Peter, MILGATE, Murray and EATWELL, John, ed: *The new Palgrave dictionary of money and finance*, E.U.A., Stockton Press, 1992, p. 745, t. I.

## **CAPITULO II**

### **LAS TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS DE FONDOS**

## 2.1 USO DE LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS EN LA PRÁCTICA BANCARIA Y COMERCIAL

La Transferencia Electrónica de Fondos (TEF) es una figura innovadora que a pesar de estar ampliamente desarrollada en otros países, en México tiene una muy reciente aplicación en el mundo bancario y comercial. Es precisamente en el ámbito de operación de las instituciones de crédito que esta figura ha nacido y desarrollado, ya que aquellas son de las pocas entidades que poseen los recursos y capacidad necesarios para la investigación que conlleva una nueva técnica que hasta hace relativamente pocos años era un sueño futurista.

A reserva de exponer posteriormente las numerosas y crecientes aplicaciones que la actividad bancaria ha impreso a las Transferencias Electrónicas de Fondos, se permitirá adelantar —de manera bastante general— algunos de los usos más comunes de éstas al aglutinarlos en cuatro grandes bloques:

- **Cajeros automáticos:** Servicio bancario por medio de terminales de computadoras que permite al cliente bancario el efectuar distintas operaciones bancarias, mediante el uso de una tarjeta provista de cinta magnética codificada y un número de acceso personalizado.

- **Servicios de punto de venta y servicios afines:** Desde un punto de vista general, se pueden definir como aquellas operaciones que facilitan una transferencia de fondos en el punto de operación de la venta física de un bien en un establecimiento comercial; asimismo, se utiliza para servicios tales como verificación, garantía de existencia de fondos\* y otros servicios de banca tradicional que se han automatizado.

- **Procedimientos de preautorización:** Estos se refieren a la autorización de depósitos directos a intervalos regulares en cuentas de uno o más acreedores, mediante procedimientos previamente acordados entre el deudor-cliente bancario y la institución de crédito respectiva.

- **Procedimientos automatizados de compensación:** Se refieren al balance automático en Cámaras de Compensación Bancarias para el pago de créditos entre las instituciones bancarias.

Tras haber expuesto de manera muy breve las diversas aplicaciones bancarias de la figura, a continuación se exteriorizarán algunas consideraciones sobre la incidencia de las Transferencias Electrónicas de Fondos en el comercio.

---

\* Tales servicios existen en México, como en el caso de Banco Serfín S.A. con su tarjeta "Cheque Electrónico"; Bancomer S.A. con su tarjeta "Práctica" y Banamex S.A. con la tarjeta "Invermático".

### 2.1.1 Opción o necesidad comercial

Para dilucidar este punto se utilizará una visión más general y económica del comercio, esto es, dado que la gran mayoría de los bienes y servicios que consumimos son producidos por empresas, se iniciará por abordar la naturaleza de la empresa.

Si se ha de considerar que la "...producción está organizada en empresas porque la eficiencia generalmente obliga a producir en gran escala, a reunir un elevado volumen de recursos externos y a gestionar y supervisar cuidadosamente las actividades diarias"<sup>38</sup>, por tanto en la empresa se conjuntan ciertos factores y a los cuales son aplicables ciertas consideraciones con respecto a las Transferencias Electrónicas de Fondos y demás medios electrónicos, que son:

- Producción en gran escala: Este factor no es posible a menos que exista un eficaz método u organización del trabajo; ahora bien, en numerosos campos de la actividad comercial cotidiana se han desarrollado sistemas de cómputo y de comunicación e intercambio de información electrónica altamente eficientes que conllevan obvios beneficios económicos a las empresas.

- Confluencia de elevados recursos: Durante y para su operación, toda empresa maneja una gran cantidad de fondos y recursos, por ejemplo, pagos a acreedores, cobros, préstamos, entre otros. Evidentemente, el transporte físico de tales cantidades entraña innecesarios riesgos y gastos, factor por el que —en conjunción con un sistema bancario desarrollado—, las empresas son usuarios habituales de los medios electrónicos de transferencia de fondos e información.

Es así que la empresa como factor de producción, se ha visto forzada a aceptar a la Transferencia Electrónica de Fondos y sus servicios afines como una realidad ineludible en el comercio actual. Entre los beneficios que la figura en estudio brinda al comerciante se pueden citar<sup>39</sup>:

- Reducción del papeleo
- Reducción de los costos
- Mejor servicio al cliente
- Disponibilidad inmediata de efectivo
- Ahorro de tiempo

---

<sup>38</sup> SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D.: *Economía*, 14ª ed., España, McGraw-Hill, 1992, p.128.

<sup>39</sup> NCR CORPORATION: *Resultados de la encuesta realizada en ocasión del Tercer Congreso Panamericano sobre EFT (de 1984)*, Folleto s.l.n.a., p.1

### 2.1.2 Impacto de las Transferencias Electrónicas de Fondos en el comercio actual

Sin duda alguna, el comercio ha experimentado cambios sustanciales a partir de la aparición de innovaciones tecnológicas que han acelerado el intercambio de bienes y servicios tanto a nivel nacional como internacional. Este constante intercambio ha tenido una repercusión en la forma de comerciar de los mexicanos, hemos tenido que implantar nuevas técnicas más eficaces y afines a la evolución del comercio mundial, esto es, nuevas tecnologías que constituyen el

*...soporte material...que nos faculte en la consecución de una mayor competitividad y productividad<sup>40</sup>...;*

por tal razón, es cada vez mayor el número de establecimientos comerciales y empresas en general que adoptan las nuevas tecnologías ya que si el *"...progreso técnico es esencial para el logro de la competitividad<sup>41</sup>"*, el objetivo entonces es perseguir el integrarse a un encarnizado mercado mundial cada vez más competitivo, paralelamente enfrentándose al reto de incrementar su productividad a pesar del alto costo que implica tanto la adaptación, compra, y mantenimiento de equipos o servicios electrónicos, como la capacitación del personal encargado de operarlos.

### 2.1.3 El comercio internacional y las transferencias internacionales

La intensificación del intercambio económico y de la competencia internacional, aunados al desarrollo y difusión de las nuevas tecnologías ha originado que muy diversas ramas de la industria y servicios hayan asimilado este progreso técnico a sus sistemas de producción haciéndolos más eficientes y —a la larga—, más baratos.

La transferencia (electrónica) internacional de fondos representa el medio idóneo para el pago en transacciones internacionales, es rápida, de bajo costo y su fecha de cobro es determinable con exactitud. Sin embargo, en el ámbito internacional se entrelaza la cuestión de una gran diversidad de ordenamientos nacionales que aún no se han adaptado a las nuevas técnicas; empero, existen algunos ordenamientos que por su elevado grado de evolución y su propósito uniformador pueden servir de guía para otras naciones, y estos son:

---

<sup>40</sup> VIDAL VILLA, Jose María: *Mundialización de la economía v.s. Estado-Nación: Cambio tecnológico y Migraciones*, en: *Investigación Económica*, No. 205, España, Julio-septiembre de 1993, p. 161

<sup>41</sup> COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE: *Transformación productiva con equidad*, Chile, Organización de las Naciones Unidas, 1990, p.70.

- Guía Jurídica sobre Transferencias Electrónicas de Fondos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional;

- Proyecto de Ley Modelo sobre Transferencias Electrónicas de Crédito, también de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; y,

- *Uniform Commercial Code*, de los Estados Unidos de América, país que más ha desarrollado su legislación en el campo de aplicación de innovaciones tecnológicas, *ej. transferencias electrónicas de fondos y computación*.

En este punto cabe recordar que el comercio exterior de nuestro país, a similitud de sus hermanos latinoamericanos, depende en gran parte de los Estados Unidos (el mayor socio comercial de México), no sólo en lo que se refiere al rubro de importaciones y exportaciones, sino también en lo referente a la inversión de ese país en México y la creciente proliferación de empresas transnacionales que durante su interacción con nuestra sociedad han traído consigo nuevas tecnologías cuyo impacto en la evolución del comercio en México será cada vez más evidente.

## 2.2 SISTEMAS AUTOMÁTICOS DE PAGOS

La creación de nuevos instrumentos de intercambio comercial impulsados por el desarrollo tecnológico ha modificado de gran manera la práctica de comerciantes y banqueros de efectuar transacciones con simples actuaciones contables y documentos materiales para legitimar dichas actuaciones.<sup>42</sup>

Efectivamente, en lo que se refiere a operaciones crediticias y contables el cambio tecnológico ha suscitado la intangibilidad característica del pago electrónico, mas sin embargo, ha traído beneficios fehacientes a la actividad comercial, como se podrá apreciar en la breve semblanza de los sistemas de pago que utilizan medios electrónicos, que a continuación se efectuará:

### 2.2.1 El "Cajero Automático" y las Máquinas expendedoras de billetes

La máquina expendedora de efectivo, antecedente del llamado cajero automático, nació en la práctica comercial norteamericana al ser instalada por

---

<sup>42</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel: El desuso y la decadencia de los títulos de crédito y su sustitución por otros instrumentos tecnológicos de transferencia de dinero y de crédito, en Derecho Económico, "Revista del Colegio de Profesores de las materias económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., Segunda etapa, Núm 3, Enero de 1991, p. 10.

\* La práctica bancaria mexicana ha adoptado el término "cajero automático", proveniente de la traducción casi literal del término inglés "Automatic Teller Machine", probablemente

primera vez por el Chemical Bank de Nueva York en 1969. Este hecho sirvió de base para que desde principios de los 70's un creciente número de instituciones proyectaran la instalación de más máquinas expendedoras y de servicios de cajero automático, que en la actualidad constituyen el ejemplo más sobresaliente del uso de las transferencias electrónicas de fondos en la vida cotidiana.

En ambos casos, se ha utilizado exitosamente una tarjeta plástica expedida por la institución crediticia, provista de una cinta magnética que contiene la información codificada sobre el número de cuenta del usuario.

El servicio de cajero automático se provee a través de equipo electrónico capaz de ofrecer determinados servicios bancarios tradicionales. En un inicio, el primitivo cajero automático o máquina expendedora de efectivo, utilizaba una minicomputadora interna que, al no tener acceso directo al banco, diariamente se actualizaba con respecto a las operaciones que el cliente efectuaba en ellos y en el banco, teniendo únicamente la capacidad de proveer fondos sobre la cuenta del usuario.

En aquellos primeros pasos, la evolución a "cajero automático" se efectuaba cuando la unidad había alcanzado un cierto volumen de operaciones y se transformaba la unidad para darle acceso directo a la información sobre las cuentas, contenidas en las computadoras del mismo banco; o bien, la conversión sólo se efectuaba a fin de estimular el uso del servicio<sup>2/</sup>.

La mayoría de los actuales cajeros automáticos incluyen servicios similares, tales como:

- Consulta sobre el balance de la cuenta
- Disposición de efectivo
- Depósitos
- Transferencia de fondos entre cuentas, para manejo de cuentas, pago de servicios (luz, teléfono, etc.) pago a acreedores, entre otros usos
- Transferencia a cuentas de la casa (pago de servicios bancarios, etc)

Sin embargo, cabe hacer notar que los servicios que ofrecen los cajeros automáticos son proporcionales a la aceptación que el público muestra, así como de su disponibilidad a modificar sus hábitos de negocio y de servicio bancario, al percatarse de las múltiples ventajas de esta innovación tecnológica.

---

como resultado de comparaciones entre los servicios ofrecidos por sus contrapartes norteamericanas, aunque no se ha documentado la autoría de la acuñación del término.  
<sup>2/</sup> Insertar datos de México.

## 2.2.2 Servicios de "punto de venta"

Este sistema de ventas se inició a mediados de la década de los sesenta en los Estados Unidos, mediante un proyecto conjunto entre una institución bancaria y una cadena de establecimientos comerciales. En éstos, se instalaron terminales de computadora provistas de archivos conteniendo información sobre la cuenta del cliente, que les permitía efectuar retiros de efectivo, depósitos, transferencia de fondos entre cuentas y garantización de cheques, claro está, para la compra de mercancía en dicha cadena, iniciando así un nuevo servicio que habría de ser largamente imitado.

Aunque el concepto "punto de venta" es ambiguo con respecto al servicio, es cubierto en su aspecto general por dos funciones bancarias: autorización de cheque y débito directo<sup>43</sup>, aunque se debe aclarar de que sólo son verdaderas Transferencias Electrónicas de Fondos aquellos servicios que al tiempo de compra instantáneamente transfieren una suma desde las cuentas de los clientes a la del comerciante.

El servicio de punto de venta se origina frecuentemente como un servicio utilizado por los establecimientos comerciales para garantizar y/o autorizar los cheques que el cliente libre para el pago de mercancía. En la autorización de cheques, se utiliza el sistema para verificar de forma automática la existencia de fondos suficientes en la cuenta del cliente por la suma del cheque librado; similarmente, en la garantía de cheques.

El sistema de punto de venta tiene varias ventajas para el comerciante, entre ellas se cuenta con una reducción de pérdidas y de gastos de cobranza y, por tanto, la posibilidad de rentabilidad en el corto plazo; sin embargo, surgen nuevos problemas al sustituir los medios documentales ordinarios, por medios electrónicos y el condicionamiento al cliente de utilizar una tarjeta bancaria en el punto de venta real.

Este sistema tiene tres aplicaciones principales:<sup>44</sup>

1. Supermercados: Se utiliza para transacciones electrónicas, reportes rápidos de transacciones en efectivo y control de inventarios.
2. Tiendas departamentales: Se utiliza para transacciones electrónicas, reportes de transacciones y cargos o créditos instantáneos a las cuentas.
3. Establecimientos de comida rápida: Principalmente para reportes rápidos de transacciones en efectivo

---

<sup>43</sup> COLTON, Kent W. and KRAEMER, Kenneth L., ed.: *Computers and Banking...*, p. 43.

<sup>44</sup> STERN, Nancy and STERN, Robert A.: *Computers in society*, E.U.A., Prentice Hall, 1983. p. 353.

En su aplicación más extendida, el servicio de punto de venta utiliza registradoras electrónicas de efectivo\*, minimizando así el margen de errores de los operadores, al tiempo que funciona como un dispositivo que ingresa datos para su procesamiento en computadora.

En este entorno, cabe mencionar que desde 1973 en los Estados Unidos y posteriormente en nuestro país, los productores estampan en cada artículo un código especial llamado *Universal Product Code* o Código de Barras, consistente de una serie de barras de distintos anchos y con diferente espaciamento entre ellas que identifican al productor y al producto, y que son "leídos" por dispositivos electrónicos especiales. Este adelanto tecnológico permite verificar electrónicamente el precio de los productos, reduce el margen de error aumentando la eficiencia; este sistema, que vuelve innecesaria la reetiquetación de productos, permite que funciones tradicionales sean ahora efectuadas automáticamente, al respecto se pueden mencionar: órdenes de compra automáticas para reabastecimiento de determinados productos, facturación y pago de nóminas, entre otras.

### **2.2.3 Preautorización de operaciones bancarias**

Esta sección se refiere a la utilización de la Transferencia Electrónica de Fondos para autorizar el depósito electrónico, en fechas preestablecidas, de los fondos de la cuenta de un cliente a la de otro o varios, funcionando en este caso como un sistema de pagos efectuado electrónicamente en el que el depositario actúa como deudor y los receptores como acreedores. A continuación se enunciarán algunos usos de la figura como un sistema de preautorización de depósitos o pagos.

En primer lugar, se citará la autorización que dan las empresas al banco para el pago de salarios a sus trabajadores, esto es, facultándolo para que en fechas prefijadas y por los montos correspondientes se transfieran los fondos de la cuenta de la empresa a las de los trabajadores. Para la mayoría de las empresas y patrones, los servicios de depósito directo de nómina son atractivos al presentar ventajas tales como seguridad, contabilidad más eficiente, ahorro de tiempo, entre otras oportunidades para reducciones de costos en algunas de sus operaciones.

En segundo término se citará el ejemplo de la utilización de la Transferencia Electrónica de Fondos para el depósito directo de fondos para cubrir gastos

---

\* Dispositivos que funcionan como máquinas registradoras tradicionales, pero con capacidad que les permite efectuar automáticamente complejas operaciones administrativas, determinar impuestos para los bienes gravables, determinar distintos decuentos, entre otros.

periódicos, como pueden ser: pagos de hipotecas, por servicios de teléfono, electricidad, entre otros.

#### 2.2.4 Manejo de servicios bancarios desde el domicilio

El manejo de cuentas bancarias desde el domicilio no es una figura tan novedosa<sup>41</sup>, sin embargo, a últimas fechas ha crecido el uso de esta figura, si bien, se ha tenido un mayor uso, debido al costo, dentro de empresas con la capacidad y volumen de operaciones que ameriten el desembolso del equipo necesario.

De tal forma, el banco y la terminal, en una casa o una empresa, se enlazan para efectuar la operación, en la que desde la terminal se ingresa el número de identificación del usuario de los servicios bancarios, número que sirve de autorización para efectuar la operación ordenada.

#### 2.2.5 Tipos de tarjetas

Las tarjetas de crédito son ampliamente aceptadas en la medida en que el crédito es aceptado en las comunidades y la legislación asegura el cobro de los adeudados; por su parte, la tarjeta de débito es más aceptada en los países donde la gente no acepta voluntariamente adquirir obligaciones crediticias, por su parte, las tarjetas "pre-pagadas" son más utilizadas en los países que están más orientados al manejo de efectivo.<sup>45</sup>

Las **tarjetas magnéticas codificadas** son magnetizadas por baja coercitividad, que son las que generalmente se utilizan para aplicaciones financieras y no existen formatos uniformes. Por otra parte, existen las **tarjetas de papel** en las que se imprimen bandas magnéticas, como por ejemplo las utilizadas por el sistema de transporte colectivo METRO.

Posteriormente, se pueden encontrar las **tarjetas de PVC de banda magnética**, que son las utilizadas por las instituciones de crédito bajo tamaños y formatos sujetas a estándares internacionales que pueden tener hasta tres pistas de información grabada, con distintas cualidades en cada una. Adicionalmente, existen las **tarjetas PET**, de un material plástico de poliéster o telepalalato de polietileno, más baratas y delgadas que las anteriores que en uno de los lados

<sup>41</sup> Checar datos del "Banco en su casa" de Banamex

<sup>45</sup> AYER, Kenneth R. & SCHULER, Joseph F.: *The Advanced Card Report "Smart Card Primer"*, 2ª ed., E.U.A., Schuler Consultancy, 1993, p. 7.

Los formatos son de acuerdo a los parámetros fijados por la *International Organization for Standardization*, en sus estándares 7810 y 7811, partes 1 a 5 (ID-1 ISO 7810 y 7811).

tienen una banda o toda la superficie magnetizadas y son utilizadas principalmente en Japón y un ejemplo en nuestro país lo constituye las tarjetas de LADATEL, expedidas por Teléfonos de México, S.A..”

En un grado más avanzado se encuentran las **tarjetas de memoria óptica**, que contienen varias capas de material plástico laminado que protegen una grabación óptica en el medio y se utilizan lectores de rayos láser, de forma similar a la que son grabados y leídos los discos compactos y al igual que éstos no pueden ser borrados ni re-grabados. Este tipo de tarjetas se utilizan para índices, catálogos, imágenes y otros usos específicos.

### **2.2.7 Nuevas opciones en Transferencia Electrónica de Fondos. La tarjeta Inteligente**

Dentro de la vertiginosa revolución tecnológica que se está llevando a cabo, constituye un gran avance las denominadas "tarjetas inteligentes", dotadas de microcomponentes que reciben energía del lector de tarjetas. Físicamente son iguales que las actuales tarjetas de débito bancario que están en circulación, con una banda magnética y un pequeño panel de papel para la firma del titular.

La información electrónica es transferida de la terminal a la tarjeta. Contiene una memoria que puede ser completamente borrrable y reprogramable con bases de datos, comandos y software de apoyo.

Asimismo, permitirá la organización de los archivos en directorios y subdirectorios que contengan archivos. En cada directorio y archivo se puede insertar restricciones al acceso de éstos, incluyendo la codificación, verificación y autenticación de claves.

Este tipo de tarjetas se verán como una simple tarjeta de débito, con microprocesadores y chips de memoria laminados en su interior. Su memoria electrónica puede contener varias páginas de información personalizada para el usuario de la tarjeta. Se accesa a estos datos por un lector/escritor que puede ser instalado en un cajero automático, terminales de punto de venta, teléfonos, computadoras personales, etc.

En los Estados Unidos se encuentra en operación una tarjeta de este tipo para los beneficiados del sistema de seguridad social norteamericano o *Wellfare*, para el acceso a las estampillas de comida; a la Ayuda para Familias con Menores Dependientes (*Aid to Families with Dependent Children [AFDC]*); al servicio médico (*Medicaid*); al programa de Mujeres, Infantes y Menores (*Women*,

---

\*\* El formato responde al *Japanese Industrial Standard* o *JIS II*, del mismo tamaño que las ID-1 ISO 7810.

*Infants and Children's [WIC] programs*) y, entre otros, a los programas de asistencia gubernamental contra el desempleo.

De esta forma, entre los beneficios para los organismos gubernamentales, se ha reducido el papeleo significativamente, se ha mejorado la seguridad, la uniformación de los informes permiten auditorías más precisas, el acceso instantáneo a la información de los beneficiarios de diversos programas permite la actualización inmediata. Por su parte, entre los beneficios para los receptores de los programas de asistencia se pueden mencionar la simpleza y accesibilidad al sistema durante las veinticuatro horas, la existencia de una sola tarjeta para acceder a todos los programas de asistencia, la actualización inmediata permite al receptor el conocimiento de su balance, manejo de cuenta y transacciones en el punto de venta, la ausencia de cheques y de su consecuente cobro proporciona seguridad contra robos y pérdidas.<sup>46</sup>

En el área de la salud también puede ser utilizada ya que puede contener la historia clínica del paciente —tipo de sangre, alergias, respuesta a tratamientos, enfermedades crónicas, entre otras—, al tiempo que permite conocer con exactitud el costo del servicio médico a efecto de lograr reembolsos de seguros, judiciales, etc

En lo que respecta al pago de tarifas de paso en carreteras también es factible utilizar este tipo de tarjetas, ya sea como tarjeta de crédito o débito, lo que se prevé reduzca posibilidades de fraude, congestión automovilístico y de problemas por el manejo de altas cantidades de efectivo. Las tarjetas se podrían vincular con una cuenta bancaria de depósito o tarjeta de crédito.

También puede ser utilizada como pago para los sistemas urbanos de transporte, de colegiaturas y servicios educativos (facilitando pago de estos servicios e incluyendo información y llave de acceso a la universidad, computadoras, historia clínica de los estudiantes y como medio de identificación.

En lo que se refiere a su posible uso en servicios financieros a las empresas, se pueden incluir en la tarjeta inteligente datos como números de cuentas bancarias de los clientes, líneas de crédito, estados de la cartera, cobertura de los seguros. Además, por su característica de contener memoria programable como información, puede ser fácil de transportar y utilizar en cajeros automáticos, computadoras personales y aparatos de punto de venta; en viajes se les puede ingresar en la memoria una cantidad de dinero que estará disponible para que el usuario la retire ante su necesidad e incluso podrá desplazar a los cheques de viajeros ya que se podría programar que convierta esa cantidad en moneda del país en que se retire el efectivo.

---

<sup>46</sup> AT&T. Folieto. *Electronic benefits transfer solution*. S.L. 1993.

Similarmente, boletos electrónicos de avión, eventos deportivos o espectáculos podrían ser adquiridos en el cajeros automático y cargados en la tarjeta inteligente, de forma que la tarjeta sería el acceso al aeropuerto, avión, sala de conciertos, etc.

## **CAPITULO III**

### **LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**

### 3.1 SITUACIÓN DE LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En el Derecho mercantil y bancario mexicanos existen —como en otras ramas de nuestro Derecho Positivo— diversos actos jurídicos, contratos, operaciones y, en general, figuras que no se encuentran reguladas por la ley correspondiente, pero son ampliamente utilizados durante el cotidiano intercambio comercial.

Es en este caso que se encuentra la Transferencia Electrónica de Fondos, que para efectos de esta investigación se puede definir como la operación bancaria consistente en el intercambio electrónico de la información necesaria para operar como un sistema de pagos. De tal forma, la legislación más cercana y aplicable a la Transferencia Electrónica de Fondos es la Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, al mencionarlas indirectamente en su artículo 52, mismo que por su importancia se transcribirá íntegramente:

*"Art. 52.- Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:*

*I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;*

*II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y*

*III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.*

*El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio."*

A continuación se desglosará el artículo citado a fin de someterlo a un análisis detallado.

En su primer párrafo establece: *"Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente..."*

Se observa la incorrecta redacción de este primer párrafo ya que la inclusión de las palabras *...podrán pactar...* en lugar de *...deberán pactar...*, significan que se otorga a los bancos la opción de acordar o no, junto con sus clientes, la

celebración de servicios que utilicen equipo "automatizado". Es opinión del postulante que en principio la redacción manifiesta la sana voluntad del legislador de que la eventual relación contractual fuera resultado del real acuerdo de voluntades entre los contratantes, pero no establece la obligatoriedad de suscripción de un contrato, lo que se reafirma a final del mismo párrafo con la frase "...estableciendo en los contratos respectivos...", esto es, en aquellos que se suscriban.

En otros segmentos de este capítulo se estudiará el carácter contractual de estas operaciones a que hace referencia el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Continuando, en este mismo párrafo se encuentra otra sutil ambigüedad que a continuación se resaltará. La expresión "...equipos y sistemas automatizados..." resulta vaga e imprecisa, lo que es acrecentado por la cuidadosa omisión de su definición por el legislador. Ahora bien, a primera vista la palabra *automatizados* trae a la memoria evocaciones futuristas que únicamente rozan la realidad de nuestros adelantos científicos, pero sin temor a equivocaciones, emulando el criterio utilizado por nuestros representantes ante la Federación, arbitrariamente el postulante puede definir estos equipos y sistemas como aquellos equipos y procesos en los que no es notoria la intervención humana para su operación inmediata, más que aquella necesaria para la introducción de información.

En la parte final de este primer párrafo se dice: "...estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:...". Así pues, observamos una vez más que el legislador adopta una postura abierta en la intención de dejar al arbitrio de los contratantes las obligaciones y derechos de las partes, tal vez, deseando no profundizar en la regulación de una materia tan cambiante y dinámica como ha demostrado ser el campo tecnológico y, consecuentemente, evitar errores.

Prosiguiendo, en lo que respecta a las tres fracciones de este artículo, se puede inferir que en realidad se refieren mayormente al cliente bancario con quien se pacte sin especificar dentro de parámetros más definidos, las obligaciones y derechos de las dos partes, incluyendo a la institución de crédito.

Ahora bien, tal aseveración puede parecer aventurada, más no lo es de ninguna forma al analizar fríamente que la primera fracción se refiere únicamente a un requisito obvio que en realidad debe contener cualquier contrato, que es el fin de dicho contrato. En lo que respecta a la segunda fracción, ésta se refiere única y exclusivamente al cliente bancario, con un leve sabor a amonestación contra el mal uso de los medios de identificación, conocidos en la práctica por sus siglas NIP (Número de Identificación Personal).

En este análisis la tercer fracción resulta ser la más interesante, pues claramente se evita establecer alguna frase como por ejemplo *...los derechos y obligaciones de las partes contratantes...*, sino que de una forma un tanto cómoda se establece la frase *"...los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones..."*. En este punto, es pues, fácil entender que el contrato no contendrá los derechos y obligaciones de las partes, sino los medios en que se harán constar.

A primera vista ambas posturas aparentan ser lo mismo, mas sin embargo son diametralmente distintas, pues no es lo mismo establecer de una forma clara y definida los derechos y obligaciones contractuales, que establecer los medios por los que esos derechos y obligaciones serán conocidos entre las partes. En este punto, bien se puede decir que el legislador opone la forma al fondo.

Esto es, dentro de un ejemplo hipotético mas no irreal en vista del artículo 58 de la Ley de Instituciones de Crédito<sup>U</sup>, resulta inverosímil que si la institución de crédito conviene en el contrato en enviar mensualmente por correo al cliente alguna relación detallada de los movimientos resultado de dicho servicio y adjunto a dicha relación le notifica la modificación de algún derecho u obligación (que pudiera ser un elemento esencial del contrato), estamos entonces ante una verdadera novación de contrato que se ha dejado al pleno arbitrio de uno de los contratantes o, en todo caso, con una muy desigual equiparación entre los derechos y obligaciones de cada parte, bajo la óptica general que en tratándose de contratos sinalagmáticos, el derecho de una parte es correspondiente a la obligación de la otra, lo que bien pudiera llevar a pensar en la flagrante existencia de verdaderos vicios de la voluntad que la ley no sólo no evita, sino que al parecer los estimula por conciente omisión.

Por último, el segundo párrafo del artículo en comento contiene una evidente y arbitraria protección a sólo una de las partes —banco—, dejando totalmente al cliente bancario, a merced de la buena fé de la otra parte, ya que otorga a un acto unilateral de una parte todas las consecuencias de un reconocimiento de culpa de la contraparte. Empero, al respecto no se ahondará en este punto por ser materia de un análisis posterior.

---

<sup>U</sup> LIC. "(y.ref.bibliográfica) Art 58. Las condiciones generales que se establezcan respecto a los depósitos a la vista, retirables en días preestablecidos y de ahorro, podrán ser modificados por la institución conforme a las disposiciones aplicables, mediante aviso dado con diez días hábiles de anticipación, por escrito, a través de publicaciones en periódicos de amplia circulación o de su colocación en lugares abiertos al público en las oficinas de la propia institución.

Quando se cumplan los requisitos para la remisión del estado autorizado de las cantidades abonadas y cargadas a la cuenta, que deberán especificarse en las condiciones generales para los depósitos a la vista y retirables en días preestablecidos, los asientos que figuren en la contabilidad de la institución harán fé, salvo prueba en contrario, en el juicio respectivo."

Como se ha analizado a lo largo de esta primer apartado, la falta de regulación apropiada de estas operaciones reviste una sutil importancia que será apreciable hasta el surgimiento de controversias litigiosas que apremiarán por la definición en la legislación, ante el evento que habrá que someter a la consideración del órgano jurisdiccional los usos, prácticas, legislación supletoria y demás elementos probatorios con que el accionante pretenda reforzar su posición.

En este entender, no se considera aventurado pronosticar que ante la presencia de una multitud de casos similares que llegarán a ulteriores instancias, eventualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales correspondientes habrán de pronunciarse al respecto, delimitando el sentido de una ley que como se ha visto es oscura e incompleta, al cabo de un proceso que ya habrá ocasionado un considerable e innecesario gasto de recursos humanos y materiales, que se hubiera podido evitar fácilmente a través de una regulación más precisa y detallada.

### 3.2 DERECHO BANCARIO

A efecto de delimitar los conocimientos sobre los cuales se sustentará un análisis jurídico sobre la Transferencia Electrónica de Fondos, en este segmento se abordará brevemente la naturaleza que esta figura posee dentro del Derecho Bancario, las fuentes de éste y la vinculación que existe entre éstos y el tema de esta investigación.

Por razones de método será necesario definir en primer término la noción de Derecho, para lo que bien se puede apegar a aquella en que es definido como un *"sistema racional de normas de conducta, que impuesto coercitivamente por el Estado, tienen como finalidad la realización del orden, la seguridad y la justicia en el grupo social en el cual se aplican"*<sup>47</sup>. En segundo término, conviene recordar que como título del estudio se menciona el Derecho positivo, que se entenderá como un conjunto de reglas jurídicas promulgadas por el Estado en virtud de su atribución coercitiva y son, por tanto, eficaces en tanto son vigentes, el tratadista mexicano Rojas Amandi dice del Derecho positivo que *"... lo constituye el conjunto de proposiciones normativas consideradas derecho vigente que efectivamente se observan dentro de una sociedad determinada. Derecho Positivo son todas las proposiciones normativas declarativas, junto con las proclamativas que efectivamente se observan dentro de una sociedad determinada."*<sup>48</sup>

Si se considera que la norma jurídica lleva implícito un aspecto social al necesariamente existir para regular la vida del individuo en su comunidad, es

<sup>47</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio: *Derecho Civil*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1990, p. 23.

<sup>48</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., México, Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1991, p. 255.

posible llegar a la conclusión de que toda norma jurídica debe buscar la justicia dentro y entre su comunidad, independientemente de la eficacia que le otorgue su vigencia, y del poder coercitivo del Estado para imponer su cumplimiento.

Empero, la búsqueda de la justicia no subestima la imposición de una sanción ya que no desliga el carácter de coercibilidad de la norma jurídica con ese mismo fin de justicia, obligando así al individuo a acatar la conducta prevista y perseguida, impulsado por el temor a incurrir en medidas punitivas.

En el caso concreto de esta investigación, el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito intenta establecer principios efectivos que —dentro de un espíritu primario de justicia— normen la relación que entre un banco y su cliente se forma al contratar un servicio de Transferencia Electrónica de Fondos; sin embargo, si se toma en cuenta que la medida punitiva a la conducta de alguno de los contratantes que incumpla una obligación depende, precisamente, de una valoración que de esa obligación y de sus consecuencias hace el legislador, es incongruente pretender regular y definir una conducta que a su vez está basada en una obligación no regulada e indefinida.

Resalta así el hecho de que la regulación aplicable a la Transferencia Electrónica de Fondos no hace más que una alusión indefinida a un área de gran dinamismo dentro del quehacer económico, que necesita ser normada apropiadamente a efecto de prevenir —y en su caso dirimir— controversias entre las partes. Paradójicamente, se considera que es precisamente ese dinamismo lo que ha impulsado al legislador a desregular una figura cuyo futuro es difícil de predecir por su constante evolución, y es por eso que se ha dejado en manos de la costumbre la difícil tarea de la regulación.

A fin de intentar demostrar esta aseveración, es necesario resaltar que el ámbito de desarrollo y aplicación jurídica de la Transferencia Electrónica de Fondos es, primordialmente, de índole bancaria y habrá entonces que delimitar más el universo jurídico definiendo al Derecho Bancario como el "*sistema de normas jurídicas relativas a las instituciones de crédito y a sus operaciones*"<sup>49</sup>, que forma una rama del Derecho Mercantil, ya que "*no puede decirse que el derecho bancario sea un sistema autónomo frente al derecho mercantil, sino que sólo debe hablarse de derecho bancario... para marcar la existencia de un amplio apartado en el conjunto sistemático de normas de derecho mercantil*"<sup>50</sup>.

Para concluir, se subrayará el hecho que las normas de Derecho Bancario, a pesar de aplicarse a la misma actividad, no se encuentran reunidas en un sólo ordenamiento, sino dispersas en varios como por ejemplo, son la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el

<sup>49</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, 14ª ed., Tomo II, México, Ed. Porrúa, 1979, p. 54.

<sup>50</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 54.

Código de Comercio, factor que influye definitivamente en el estudio de cualquier figura regulada por esta rama..

### 3.2.1 Fuentes del Derecho Bancario

Se considera indispensable determinar la forma en que se origina el Derecho Bancario, para así poder comprender que, paralelamente a la creación de la norma, se pueden producir defectos y deficiencias de los que difícilmente puede estar libre cualquier sistema jurídico, supuesto sobre el que descansa esta investigación.

Dejando de lado la fuentes históricas, en las fuentes reales o materiales la autoridad intenta traducir en norma un hecho social condicionada por ese mismo hecho y por las circunstancias que lo rodean, creando Derecho al "...*buscar el punto de equilibrio entre los ideales de Justicia y las posibilidades de regulación de las circunstancias históricas*"<sup>51</sup>. De tal forma, este estudio pretende evidenciar la deficiente normatividad que la autoridad ha impuesto al hecho social de la Transferencia Electrónica de Fondos, como un elemento condicionante de la realidad, en lo que respecta al ámbito bancario-mercantil.

En último lugar pero de una relevancia primordial, las fuentes formales se definen como "*las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho*"<sup>52</sup>. Entre las fuentes formales se debe distinguir a la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina y las principios generales del derecho.

En la ley como fuente formal del Derecho Bancario se incluyen:

- Las leyes especiales sobre instituciones y operaciones de crédito, que se dividen en leyes bancarias y leyes sobre operaciones de crédito y bancarias:

- Entre las leyes bancarias, que son "*aquellas que regulan la actividad profesional, la organización y el régimen de inversiones y reservas*" se comprenden: la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la Ley del Banco de México y su Reglamento Interior, los Reglamentos de la Comisión Nacional Bancaria, entre otras.

---

<sup>51</sup> VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 158.

<sup>52</sup> BONNECASE, Julián: *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 131, cit. por VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 161.

- Entre las leyes sobre operaciones de crédito y bancarias, cabe mencionar la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, La Ley Monetaria, la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

- La legislación mercantil común. Esto es, el Código de Comercio regula lo no previsto por las leyes especiales.

- Usos bancarios y mercantiles.

- Derecho Común. Es decir, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.\*

En cuanto a la costumbre, ésta es de especial importancia ya que el derecho mercantil y el bancario aceptan ampliamente los usos y prácticas mercantiles como aplicables a su materia, incluso por encima del derecho común, tal como se deduce del artículo 6º de la Ley de Instituciones de Crédito y del artículo 2º de la LGTyOC. (para información de la legislación utilizada, ver datos bibliográficos en Bibliografía)

La costumbre se refiere a la repetición habitual de determinada conducta que es espontáneamente considerado por la comunidad como una práctica jurídica y que el estado reconoce y garantizando la convicción de esa comunidad de acatar con la ley en aras de la seguridad jurídica. Ahora bien, al referirse la ley a usos y prácticas bancarias se refiere a sólo la costumbre generalizada en un determinado ámbito de aplicación, es el modo habitual de efectuar negocios con las instituciones bancarias.

De tal forma y más que un simple compendio de las fuentes del derecho, se espera cumpla la función de introducción para la mejor comprensión de la creación de la norma en estudio.

### **3.3 CONTRATOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO**

En esta sección es necesario iniciar con una aproximación a la idea de crédito. En su acepción etimológica crédito proviene del latín *credere*, esto es, confianza, en el entendido básico de que al otorgarse un crédito, se deposita la confianza en el acreditado para que en su momento extinga con el pago su obligación.

El maestro Cervantes Ahumada abunda especificando que habrá un negocio de crédito cuando *"el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante,*

---

\* Se adopta la clasificación que sigue RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, en: *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 55.

*traslade 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*<sup>53</sup>

El crédito da vida a las operaciones bancarias, tanto a las pasivas en que es deudor, como a las activas, en que es acreedor. El crédito es la base de la actividad mercantil y de las principales instituciones de comercio, los bancos.

### 3.3.1 Definición y clasificación de las operaciones bancarias

La designación de "bancarias" que se da a determinadas operaciones, se otorga en virtud de uno de los sujetos del acto, negocio u operación de que se trate será en estos casos, una institución de crédito. Ahora bien, cabe recordar que nuestra legislación mercantil señala la presencia de que una de las partes en determinados actos de comercio debe necesariamente ser una institución de crédito, aunque también reciben a tales operaciones se les designa así al ser habitualmente celebradas por los bancos como parte de sus funciones cotidianas.

En el Derecho mexicano, las operaciones bancarias se reputan actos de comercio conforme a la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio, constituyendo actos de mediación en los que *"la actividad comercial no versa sobre el cambio o transmisión de productos directamente destinados a la satisfacción de las necesidades del hombre, sino que tienen por exclusivo objeto la transmisión lucrativa del dinero o de los títulos que los representan"*<sup>54</sup>, operando con los fondos de sus depositantes para transmitirlos a una nueva clientela de la que constituirá el acreedor.

#### 3.3.1.1 Operaciones activas, pasivas y accesorias

Para efectuar su función, las instituciones de crédito realizan operaciones que doctrinalmente se clasifican en activas, pasivas y accesorias. Las operaciones activas son aquellas por las cuales el banco concede un crédito a sus clientes, es decir, préstamos, apertura de crédito, entre otras.<sup>55</sup>

Las operaciones pasivas son aquellas que son utilizadas por las instituciones de crédito para *...allegarse capitales...*<sup>56</sup>, esto es, depósitos, emisión de obligaciones, entre otras, son también definidas como las que comprenden la

<sup>53</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 214.

<sup>54</sup> Ver C.Com., (v.ref.bibliográfica) Arts. 1º; 75 fr.XIV. LGTyOC (v.ref.bibliográfica) Arts 1º; 267 al 279; 350. LIC (v.ref.bibliográfica) Art 46.

<sup>55</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano...*, p. 74.

<sup>56</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 215.

<sup>56</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 216.

aceptación y admisión de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación.<sup>57</sup>, para hacerlos trabajar en un círculo de redistribución del capital (ver 1.1.2.1). Cabe hacer notar que la operación pasiva por excelencia es, lógicamente, el depósito.

El tratadista Roberto Mantilla Molina opina que las operaciones pasivas son aquellas mediante las cuales "... el banco adquiere el uso de capitales, que invierte en las operaciones activas, con las cuales confía a terceros los capitales que a él se le han confiado; el banco lucra con la diferencia de interés entre las operaciones activas... y las operaciones pasivas...a veces gratuitamente (depósitos a la vista)".<sup>58</sup>

Por otro lado, Joaquín Rodríguez Rodríguez divide las operaciones pasivas en regulares e irregulares, las primeras son el "*modo ordinario de obtención de capitales ajenos por las instituciones de crédito*", mientras que define a las segundas como a aquellas que "*consisten en procedimientos extraordinarios y anormales a los que acuden los bancos para obtener dinero en la bolsa o en el mercado libre*".

Por última parte, las operaciones accesorias<sup>\*</sup> son aquellas distintas a las otras dos, y que Cervantes Ahumada llama servicios bancarios y que las divide en operaciones de simple mediación (fideicomisos, mediación de pagos, etc) y en operaciones de custodia (depósitos regulares, cajas de seguridad, etc.).<sup>59</sup>

### 3.3.2 La comparación entre operaciones de crédito y contratos de crédito

Al respecto de las diferencias y similitudes que existen entre las operaciones y los contratos de crédito, a continuación se delinearán algunas consideraciones que tratan de determinar la relación que aquellos guardan entre sí, como marco conceptual que se considera de interés para el presente estudio en función de la imposición de formalidad de contrato que la Ley de Instituciones de Crédito establece para la Transferencia Electrónica de Fondos.

---

<sup>57</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Derecho Bancario...*, p. 35.

<sup>58</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantii*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, p.67.

\* Denominación que se utilizará para definir aquellas operaciones no incluidas en las otras dos clasificaciones. Se hace notar que es compatible con la denominación de accesorias que les da ARCANGELLI en *Los Actos de Comercio*, p. 31, al definir las como aquellas que "*no quedan comprendidas, en modo alguno, dentro de las funciones económicas propias de los bancos, aunque de hecho sean realizadas por ellos*", citado por RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Derecho Bancario ...*, p. 32.

<sup>59</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 216.

En una primera instancia, el tratadista Felipe Dávalos Mejía<sup>60</sup> explica que en la LGTyOC no aparecen definidas las operaciones de crédito, a pesar de ser mencionadas en el párrafo segundo del artículo 1º y de que a lo largo del Título Segundo de dicha ley —referente a operaciones de crédito— se encuentran dispersos varios artículos que se refieren a las operaciones ahí reguladas como contratos,\* sin que en ninguno se defina expresamente el concepto de operación de crédito.

En este orden de ideas, si en los mencionados artículo 1º y Título Segundo de la LGTyOC se especifican, por una parte, que esa ley regirá las operaciones de crédito y, por otra, se equiparan las operaciones de créditos con los contratos que le dan origen, se puede inferir que para el Derecho mexicano una operación de crédito no existe, sino solamente un contrato de crédito. Por tanto, el citado tratadista equipara a toda operación de crédito con un contrato de crédito.

Conviene aclarar que la inexactitud de la ley y la falta de una definición definitivamente inducen a la confusión de considerar a toda operación de crédito como un contrato de crédito. Sin embargo, se desacuerda parcialmente con la aseveración de que toda operación de crédito es un contrato ya que la ley no obliga a que todas las operaciones revistan la formalidad de contrato como elemento de validez, pues esa falta de definición permite la posibilidad de una operación de crédito sin el contrato respectivo.\*

Concordantemente, una lectura de la LGTyOC basta para asegurar que no en todos los artículos que regulan cada operación existe alguno que la defina expresamente como contrato.

De esta forma, se puede llegar a una postura que aclare este punto clasificando a todo contrato de crédito como una operación de crédito pero que no asevere que toda operación de crédito es un contrato, esto es, una relación de género a especie, en la que el género sería toda operación de crédito y la especie sería sólo aquella operación regulada por contrato, postura que aparentemente fue la buscada por el legislador.

Ahora bien, y como se dijo anteriormente, sólo existe un desacuerdo parcial con la postura de que toda operación de crédito es *per se* un contrato de crédito, ya que, mas bien, se debe de analizar en lo específico cada operación a fin de determinar si en realidad concurren a ella los elementos necesarios para ser considerada como contrato. Empero, siempre existirá el problema de la falta de formalidad, pero tal cuestión podría ser zanjada por el contenido del artículo 78

---

<sup>60</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 248.

\* Ver LGTyOC, (v.ref.bibliográfica) Arts. 265; 293; 294; 295; 302; 321; 323; 326, etc.

\* A guisa de ejemplo se mencionará la compra-venta, operación a la que el Código Civil no exige la formalidad de un contrato mas que en ciertos casos, sin imponerle una naturaleza exclusivamente y formalmente contractual.

del Código de Comercio, al desligar la formalidad de los contratos mercantiles, en cuya clasificación se encuentran, obviamente, los contratos de crédito.

## **CAPITULO IV**

### **ANALISIS DEL CONTRATO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS**

#### 4.1 CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS Y DEMÁS SISTEMAS AUTOMATIZADOS DE PAGO

Como ya se observó, en el documento o contrato que establece el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito se deben incluir los "... medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate."

A lo largo de este estudio durante el análisis del carácter contractual de la Transferencia Electrónica de Fondos, se observará que se recurre insistentemente a la doctrina civil sobre contratos y obligaciones, esto es, a fin de poseer una base sólida.

Además, "...no existe una diferencia categórica entre un derecho de obligaciones civiles y uno de las mercantiles... Es decir, no hay una clara línea divisoria entre la fuente de la obligación mercantil y la de la obligación civil; más aún, en opinión de Cervantes Ahumada, el derecho de los contratos de comercio debe considerarse una mera parte complementaria del correspondiente en el derecho civil; esto es —continúa—, desde la óptica del mercantilista el derecho civil debe considerarse como el telón de fondo sobre el cual resaltan algunas características o circunstancias accidentales que darán nombre precisamente a los contratos mercantiles. El universo en materia de obligaciones, del contrato mercantil es aquel de los civiles cuando la ley los califique mercantiles, afirmándose así la naturaleza formal de la materia."<sup>61</sup>

Ahora bien, por lo tanto en nuestro Derecho positivo la fuente legal más autorizada es —sin duda alguna— el Código Civil para el Distrito Federal (C.Civ. v. ref. bibliográfica en Bibliografía), que en su artículo 1792 define a los convenios como "el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y en el artículo 1793 estipula que los "convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". Por tanto, se debe llegar a la conclusión que el documento al que hace alusión el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito posee una especial ambivalencia ya que será un contrato en cuanto cree o transmita derechos y obligaciones, o bien, será un convenio cuando las modifique o extinga, a pesar de que en sentido lato todo contrato es un convenio.

Ante la duda de si dicho documento es un contrato o un convenio, se disipará por la se considera que por ser la característica más interesante del documento refererido, que es su función de creación o transmisión de derechos y obligaciones, por lo que se le considerará como un contrato en estricto sentido y se le analizará como tal, ya que como se dijo anteriormente, si existe una

---

<sup>61</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 249-250.

modificación sustancial de obligaciones, mas bien se estará ante la presencia de una novación de contrato y no ante un convenio.

Sin embargo, tampoco hay que dejar de tomar en cuenta que "*... en realidad resulta ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato...*"<sup>62</sup>, toda vez que incluso el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "*Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismo*", por tanto, la distinción entre unos y otros queda prácticamente reducida al aspecto doctrinal.

#### **4.1.1 Naturaleza de la Transferencia Electrónica de Fondos como contrato Innominado**

Dentro de la vida en sociedad, se presenta una gran interacción entre la diversidad de intereses de cada persona y de las conductas encaminadas a hacerlos realidad, es así que en su propio beneficio y seguridad el ser humano se ve forzado a establecer cierto tipo de relaciones, estas son, relaciones jurídicas pues "*...todo negocio jurídico, todo contrato, permite a cada uno de los que en él intervienen, obtener que la conducta de los otros resulte provechosa para la consecución de sus particulares propósitos*"<sup>63</sup>.

A reserva de explicar en la sección siguiente la mercantilidad de la Transferencia Electrónica de Fondos, conviene aclarar que un contrato es mercantil porque la ley le atribuye esa mercantilidad o sea porque recaiga sobre cosas mercantiles.

Ahora bien, a fin de estudiar apropiadamente a la Transferencia Electrónica de Fondos considerada como consecuencia o motivo de un contrato, mercantil en nuestro caso,, nos encontramos que dicho contrato, a pesar de estar superficialmente contemplado en el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, no se encuentra regulado ni nombrado en ningún ordenamiento de nuestro Derecho positivo.

Ahora bien conviene definir a los contratos innominados o atípicos como aquellos "*...cuyo contenido no ha sido disciplinado expresamente por el legislador*", contratos en los que "*...no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por voluntad de las*

---

<sup>62</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1989, p.4.

<sup>63</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, p 172.

partes, en ejercicio también de la libertad contractual...".<sup>64</sup> Pero, como se verá más adelante, dicha libertad no siempre es benéfica.

Así las cosas, nos encontramos ante un contrato mercantil innominado que —en opinión del postulante—, debería estar regulado en una forma más adecuada y no por eso menos flexible, en la forma que se propondrá en el capítulo siguiente.

Sin embargo, ya que dicho contrato es innominado, antes de efectuar una proposición lógico-jurídica apropiada, es metodológicamente necesario hacer un previo análisis del contrato que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos desde diversos puntos de vista, en virtud de ser, como ya se ha mencionado un contrato que únicamente se contempla en la legislación aplicable a su ámbito concreto, es decir, en la Ley de Instituciones de Crédito.

#### 4.1.2 Análisis de la legislación aplicable al contrato que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos.

Es aplicable, en primer lugar, la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) tal como lo previene su artículo 1º y siguiendo la prelación que establece el artículo 6º, se debe considerar secundariamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTyOC) y al Código de Comercio (C.Com.), seguidos por los usos y prácticas bancarias y mercantiles y al Código Civil para el Distrito Federal (C.Civ.), como aplicables en ese orden.<sup>U</sup>

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTyOC) establece en sus artículos 1º y 2º que las operaciones de crédito que ella reglamenta son actos

---

<sup>64</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1989, p.522.

<sup>U</sup> LIC. "(v.ref.bibliográfica) Art. 1º. La presente ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público, y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Financiero Mexicano.

LIC (v.ref.bibliográfica) Art. 6º. En lo no previsto por la presente ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

- I. La legislación mercantil;
- II. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles;
- III. El Código Civil para el Distrito Federal, y
- IV. El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta ley.

Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo."

de comercio y se regirán por lo que ella prevea<sup>1/</sup>, en su defecto por las demás leyes especiales (que es el caso de la LIC), la legislación mercantil (en alusión al C.Com.), los usos bancarios y mercantiles y por el C.Civ.. Se hace notar que la LGTyOC es aplicable en cuanto que en su Título Segundo denominado "De las operaciones de crédito", se reglamentan operaciones que usualmente forman parte del diario quehacer del ámbito bancario, en donde la Transferencia Electrónica de Fondos es utilizada como un servicio accesorio, amén de ser también los bancos parte fundamental en la creación y circulación de diversos títulos de crédito.

Por su parte, el Código de Comercio (C.Com.) en sus artículos 1º y 75 fracción XIV establece su aplicatoriedad a los actos de comercio y se reputan como tales a las operaciones de bancos. En su artículo 2º se fija que ante su falta de regulación serán aplicables las disposiciones del Código Civil.<sup>12/</sup>

De tal forma, podemos observar que en realidad y como bien lo indica el artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "*legislación mercantil general*", nuestra legislación mercantil comprende un cuerpo de leyes aplicables a la misma materia que se encuentran dispersas en ordenamientos distinto pero interrelacionados entre sí.

Ante la interconexidad entre la legislación aplicable que ha sido escuetamente reseñada, se presentará una gráfica que pretende aclarar el orden de prelación al que se debe someter el contrato que ampare la Transferencia Electrónica de Fondos:

---

<sup>1/</sup> LGTyOC "(v.ref.bibliográfica) Art. 1º. Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2º, cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

*Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.*

LGTyOC (v.ref.bibliográfica) Art. 2º. Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior se rigen:

I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes relativas, en su defecto;

II. Por la legislación mercantil general, en su defecto;

III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos;

IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

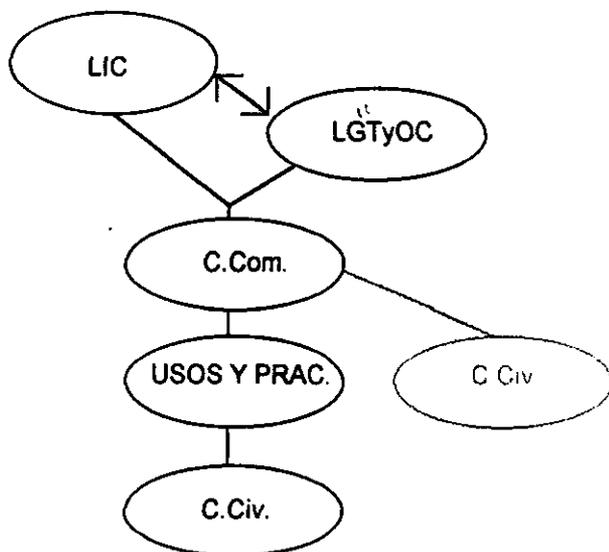
<sup>12/</sup> C. Com. "(v.ref.bibliográfica) Art 1º. Las disposiciones de este código son aplicables sólo a los actos comerciales"

C. Com. "(v.ref.bibliográfica) Art 75. La ley reputa actos de comercio:

...

XIV. Las operaciones de bancos;"

C. Com. "(v.ref.bibliográfica) Art. 2º. A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común."



Como se puede observar, la legislación aplicable al objeto de estudio forma en sí un pequeño sistema de leyes. Como tal, debería ser armonioso y consecuente consigo mismo, pero esa coordinación no es palmaria.

La Ley de Instituciones de Crédito remite a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la que se otorga un nivel de igualdad con aquella, posteriormente ambas remiten al Código de Comercio, seguido de los usos y prácticas bancario mercantiles y en último lugar al Código Civil. En este entender, el Código de Comercio rompería el eslabón al remitirse directamente al Código Civil sin remisión previa a la costumbre, lo cual merece especial consideración.

Así con referencia al lugar preponderante que se otorga a la costumbre, conviene insertar dos elementos de análisis. Por un lado, el artículo 10º del Código Civil establece: "*Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.*"; por otra parte y como se mencionó anteriormente, la costumbre es fuente importante en el Derecho bancario. En este orden de ideas, si se toma en consideración que las "*normas de la costumbre contra legem (desuetudo y costumbre derogatoria) quedan totalmente excluidas de nuestro derecho positivo*"<sup>65</sup>, se puede suscitar una controversia en lo referente a la legislación aplicable en el momento en que los usos y prácticas bancarias y mercantiles contravengan preceptos del Código Civil u otros ordenamientos, ya que la costumbre que se pretenda aplicar debe ser *praeter legem*, esto es, complementar la ley en aquellos casos en que sea insuficiente u oscura.

<sup>65</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio: *Derecho Civil*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1990, p. 48.

Claro está, siempre resulta más fácil establecer (o bien excusarse), con fundamento en la prelación que impone la misma ley, que la costumbre deberá prevalecer por sobre dicha ley, pero luego entonces, ¿qué resulta verdadero?, ¿qué significado tiene una ley inaplicable?, ¿acaso no estamos vistiendo a una costumbre *contra legem* con los ropajes de otra *praeter legem*?

Indudablemente, todas estas preguntas no se podrán responder con este modesto estudio, sin embargo, en el caso concreto de las Transferencias Electrónicas de Fondos y en el que la costumbre juega un papel muy importante, es evidente que nuestro sistema legal no está concebido para actuar conforme a la tradición consuetudinaria, siendo por tanto contradictorio pretender que nuestro sistema tiene plenos efectos consuetudinarios exclusivamente con respecto a ciertos apartados de la ley, cuando en su creación o modificación no interviene la costumbre, sino hasta cuando el hecho social es totalmente dispar con la ley que lo pretende regular.

De tal forma, es opinión del postulante de esta tesis que la ley debe amparar al particular de forma real y efectiva, lo que se logra mediante una regulación adecuada que, con base a nuestro sistema de creación de leyes, conviene cubra la mayoría de las hipótesis posibles, sin por eso tampoco pretender que la ley deba ser necesariamente limitativa para ser efectiva.

En realidad, el hecho que la legislación mercantil otorgue tanta importancia a la costumbre dentro un sistema como el nuestro no sólo demerita, sino que elimina la validez de la ley, de la norma de Derecho, ya que *"...su validez no es cuestión de contenido. Cualquier contenido puede ser derecho; no hay conducta humana que no pudiera ser contenido de una norma jurídica. Una norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida conforme a un método específico. El Derecho vale únicamente en cuanto Derecho positivo o "estatuido"... Las normas particulares de un sistema jurídico... Tienen que ser creadas... por un acto de determinación positivo, el cual no es ya un producto de la mente sino de la voluntad."*<sup>66</sup>

Sin embargo, en este punto no se entrará en ulteriores análisis al respecto de la superioridad de la costumbre o de la norma jurídica legislada, toda vez que a pesar de ser en rigor un tema de interés suficiente para ser analizado por separado, se interrelacionará con este estudio durante el capítulo siguiente, para que, metodológicamente hablando, sea posible conformar una proposición adecuada a los fines de esta tesis.

---

<sup>66</sup> KELSEN, Hans: *La teoría pura del Derecho*, Ed. Colofón, México, S/A, p. 48.

#### 4.1.3 Análisis jurídico del contrato referido en el art. 52 de la Ley de Instituciones de Crédito.

En este apartado será necesario determinar en primer lugar la mercantilidad de la operación de la Transferencia Electrónica de Fondos. Existen criterios doctrinales para determinar la mercantilidad precisa de un acto, es así que a partir de Ageo Arcangeli, los mercantilistas mexicanos Tena y Mantilla Molina, entre otros, han desarrollado sus respectivas clasificaciones del acto de comercio.<sup>67</sup>

De acuerdo a éstas, la mercantilidad del acto que entraña la Transferencia Electrónica de Fondos puede ser otorgada tanto en relación al sujeto —banco— que la realiza, como en relación a otras figuras jurídicas principales de las que es accesoria, como en atención al fin que se persigue o, en definitiva, atribuirle su carácter de acto de comercio por mandamiento legal en virtud de que la transferencia será siempre ejecutada por un banco y por lo tanto esta operación entra en la enumeración legal que de los actos de comercio hace el artículo 75 fracción XIV del C.Com<sup>U</sup>, ley a la que siempre habrá que recurrir para determinar la naturaleza comercial de un acto.<sup>68</sup>

De esta forma, ya sea al considerarla como un acto absolutamente mercantil por mandato de ley o uno de mercantilidad condicionada por alguno de sus elementos, la Transferencia Electrónica de Fondos siempre será un acto de comercio sujeto a leyes especiales. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las "...operaciones que constituyen el comercio de banco son actos de verdadera especulación mercantil, esto es, actos de mediación inspirados en un propósito de lucro..."<sup>69</sup>, por lo que hay que considerar que si bien la operación de Transferencia Electrónica de Fondos puede ser proporcionada como un servicio adicional, en realidad sí tiene el propósito final por parte del banco de obtener un lucro, sea por un cargo por servicio, por el manejo del efectivo en fideicomisos de

---

<sup>67</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, pp. 49-127 y MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, pp. 51-76.

\* Ya que en la mayoría de las ocasiones la TEF forma parte de un contrato principal de depósito o de apertura de crédito que constituyen operaciones de crédito y que conforme al artículo 1º in fine de la LGTyOC son actos de comercio

<sup>U</sup> "(v.ref.bibliográfica) Art. 75. La ley reputa actos de comercio:

...  
XIV. Las operaciones de bancos;"

<sup>68</sup> La ausencia en la ley de una definición de acto de comercio que incluya a todos los actos, se debe a que "...siempre que el legislador ha tratado de dar tal definición, ha tenido que renunciar a su propósito, ante la imposibilidad en que se ha visto de comprender en una noción sintética y general todos los actos que pretendía declarar mercantiles. Y ha seguido el sistema de la enumeración", en: TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, p. 52.

<sup>69</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, p. 72.

inversión, o bien, a un costo que es absorbido por el banco en su conjunto pero reditúa como una mayor competitividad.

Finalizando, la misma Ley de instituciones de crédito zanja la cuestión al especificar que dicho contrato será un título ejecutivo mercantil.<sup>L1</sup>

Una vez determinada la mercantilidad de la Transferencia Electrónica de Fondos, será conveniente desglosar los elementos de la relación jurídica resultante de ella.

Por lo tanto, es metodológicamente imprescindible delimitar los elementos de existencia y de validez de dicho contrato. para tal fin se tomarán como base los razonamientos del tratadista mexicano Ramón Sánchez Medal.<sup>70 L2/</sup>

Así pues, dentro de los elementos de existencia se deberá analizar el consentimiento y el objeto. En cuanto al consentimiento, éste se ve desde dos sentidos, como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades, dentro de su primera acepción, la voluntad deberá ser real, precisa, exteriorizada y de un determinado contenido. En cuanto a la segunda acepción el consentimiento se entiende como el acuerdo de dos voluntades distintas.

Para el caso que se analiza en este estudio, el consentimiento debe tomarse en ambas acepciones, pues si bien es cierto que en gran medida los contratos con instituciones bancarias comprenden únicamente la primera de dichas

---

<sup>L1</sup> LIC "(v.ref.bibliográfica) Art.68. Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

*El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hara fé, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuuarios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:*

*I. El acreditado o el mutuuario pueda disponer de la suma acreditada o del importe de los préstamos en cantidades parciales o esté autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato, y*

*II. Se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados.*

<sup>70</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1989, pp. 29-76.

<sup>L2/</sup> Al respecto el tratadista mencionado se apega a nuestra ley sustantiva civil que dispone:

C. Civ. "(v.ref.bibliográfica) Art. 1794. *Para la existencia del contrato se requiere:*

*I. Consentimiento;*

*II. Objeto que pueda ser materia del contrato."*

C. Civ. "(v.ref.bibliográfica) Art. 1795. *El contrato puede ser invalidado:*

*I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;*

*II. Por vicios del consentimiento;*

*III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;*

*IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."*

acepciones, es decir, la voluntad del deudor para obligarse, hay que también tomar en cuenta que todo contrato debe conformarse por un verdadero acuerdo de voluntades.\*

En cuanto al objeto del contrato que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos, éste contendrá una obligación de hacer, en lo principal (por ser primordialmente un servicio), junto con una obligación de dar, en lo secundario. Ahora bien, en cuanto a la cosa-objeto del contrato de Transferencia Electrónica de Fondos es simplemente, una cierta suma de dinero.

Por otra parte, con respecto a los elementos de existencia del contrato, se cuentan la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma y el fin del contrato. En primer lugar, se abordará la capacidad de las partes, bajo el entendido que la capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud que la ley reconoce a una persona para que pueda celebrar un contrato por sí misma.

A este respecto se habrá de considerar a las partes, los sujetos de la relación, uno de ellos será la institución de crédito que siempre —conforme al artículo 3º del C.Com.<sup>14</sup>— será comerciante y siempre sujeto a la legislación bancario-mercantil; en el caso del otro sujeto, el usuario de los servicios de banca y crédito, no necesita más capacidad que la general para contratar<sup>12</sup> y no es necesariamente comerciante pero sí queda sujeto a la legislación bancaria y mercantil por la operación que realiza y el carácter de la otra parte.

En cuanto a la ausencia de vicios de la voluntad se cuenta el error, dolo, violencia y lesión, dándose una breve definición de cada uno, el error es la "...discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada..."<sup>71</sup>; el dolo es definido por el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal como "...cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes..."; por su parte por violencia se entiende el empleo de de fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o los bienes propios o de la familia cercana (art. 1819 Código Civil). Por último, la lesión en su sentido amplio se entiende como el "... el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una

\* En este punto bien se puede hablar que todo contrato se conforma por el acuerdo de voluntades, incluso en los contratos de adhesión en donde el consentimiento de una de los contratantes es suplido por la dependencia designada en la Ley para tal fin.

<sup>14</sup> "(v.ref.bibliográfica) Art. 3. Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

<sup>12</sup> C. Com. "(v.ref.bibliográfica) Art 5. Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo".

<sup>71</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 50.

*prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte...*<sup>72</sup>, por su lado, la lesión en su sentido estricto es *"...la causa de invalidez total o parcial de un contrato conmutativo, establecida en forma excepcional por el legislador..."*<sup>73</sup> sea por la recepción de una prestación muy inferior a la de la otra parte o bien, por la situación de debilidad de una parte.

Como se puede inferir de la lectura de esta investigación, reiteradamente se ha sustentado la disparidad entre las partes contratantes en la Transferencia Electrónica de Fondos, misma que lleva a una muy desigual equiparación entre los derechos y obligaciones entre ambas partes, por lo que se ha resaltado la necesidad de una mayor regulación de la figura en estudio.

Ante tal situación, es que en este punto sería conveniente analizar si dicho contrato adolece de alguno de los vicios del consentimiento tan brevemente reseñados, siendo que, en todo caso, dicha disparidad es absolutamente equiparable a la lesión. Sin embargo, nuestra legislación mercantil expresa en el artículo 385 del Código de Comercio: *"Las ventas (contratos) mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le competa, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento."*, de tal forma, si bien a primera vista la inexistencia de la lesión como causa de invalidación de un contrato pudiera parecer ilógica, en un segundo análisis resalta la obviedad de que *"...no compaginaría tal acción con el propósito de lucro que regularmente alienta a las operaciones mercantiles."*<sup>74</sup>, adicionalmente hay que tener en cuenta el contenido del artículo 78 del Código de Comercio, transcrito al pie del segmento anterior, que establece que en los actos mercantiles los contratantes se obligan en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse.

De tal forma, es que resulta verdaderamente necesaria una adecuada regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos, ya que el usuario de los servicios de banca y crédito ve coartadas sus posibilidades legales de salir bien librado de una controversia en contra de poderosas instituciones bancarias.

En otro orden de ideas y continuando con los elementos de validez de los contratos, se considerará a continuación la forma de los contratos, que será sóitamente un elemento de validez del contrato cuando así lo exija la misma ley.

De tal forma, es posible observar del texto del artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, mismo que fue transcrito anteriormente, que si bien el legislador no sancionó en forma estricta para revestir al citado contrato de una forma específica, es del parecer del postulante que por la delicadeza del contrato,

---

<sup>72</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 59.

<sup>73</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 60.

<sup>74</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 62.

por el manejo de dinero que implica, es indudable que debería ser un contrato formal.

En último lugar, el fin del contrato es el motivo que determinó a las partes a celebrar determinado contrato. De tal forma se puede bien decir que en la Transferencia Electrónica de Fondos el motivo que determinó la voluntad de los contratantes es el depósito o entrega, por medio de una institución de crédito, de una suma de dinero en dos puntos distintos sin que medie el envío físico de efectivo.

Así pues, se tiene el contenido de la relación que es el elemento que finalmente determinará las características de ésta, misma que se integrará primariamente por un derecho subjetivo de una parte y de un deber jurídico de la otra. De tal forma podemos hablar que el deber jurídico de una parte —banco— será la de efectuar un servicio de transferencia de determinada suma de dinero de un lugar a otro por medios electrónicos, mismo que deberá poder realizar hasta que la otra parte —usuario— haya cumplido su respectivo deber jurídico consistente en la provisión de fondos a ser transferidos electrónicamente.

En cuanto a la tercera persona —beneficiario—, no resulta trascendente su estudio en este apartado, toda vez que para los efectos del estudio de la figura contractual, el beneficiario puede ser tanto el mismo depositante como un tercero. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que dicho beneficiario podrá también tener acción de pago en contra de una de las dos partes y su estudio se hará en el capítulo siguiente.

A fin de entender las obligaciones mercantiles que subyacen en esta relación jurídica, es conveniente recurrir con cautela al derecho civil, ya que es donde se ha desarrollado ampliamente el derecho de las obligaciones y al que, en todo caso, se puede recurrir al así establecerlo el Código de Comercio: "*Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos*" (art. 81) y "*A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común*" (art. 2º). Mas se reitera que la remisión a disposiciones civiles durante el estudio del derecho mercantil se debe hacer con cuidado de no incurrir en generalizaciones válidas para el campo del Derecho Civil, pero de un uso muy especial para la rama mercantil.

#### **4.1.3.1 Clasificación del contrato**

A pesar de la variedad de criterios en base a los cuales se pueden clasificar los contratos, se intentará una clasificación de aquel que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos desde dos puntos de vista. En primer lugar se le ubicará

dentro de la clasificación general que propone el maestro Rojina Villegas<sup>75</sup>, para posteriormente ubicarlo en el Derecho positivo mexicano, atendiendo a su naturaleza mercantil.

De tal forma y conforme a la clasificación del maestro Rojina Villegas es, en principio, bilateral, toda vez que dicho contrato da nacimiento a derechos y obligaciones para ambas partes; pues como ya se mencionó en el punto anterior, el banco tendrá una obligación principal de hacer (servicio de transferencia), mientras que el usuario tendrá una obligación de dar (provisión de fondos).

Continuando, el contrato de Transferencia Electrónica de Fondos es oneroso en cuanto la institución de crédito presta el servicio especificado en dicho contrato mediante una remuneración, generando provechos y gravámenes recíprocos.

En seguida y conforme a la subclasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios se presenta un análisis interesante.

Así pues, si por un lado se considera que un contrato es conmutativo cuando los provechos y gravámenes son conocidos o determinables desde el momento de celebración del contrato, por su parte, los *contratos* aleatorios son aquellos en que los provechos y gravámenes dependen de una condición o término que permitirá determinarlos.

Ahora bien, el contrato de Transferencia Electrónica de Fondos por su naturaleza es conmutativo, y como tal debe ser debidamente reglamentado, toda vez que desde su celebración debe ser determinable claramente la cuantía del negocio a tratar. Lo anterior, ya que la certeza de los contratos conmutativos permite detallar el contenido obligacional del contrato.

Además, dicho contrato puede ser principal o accesorio, bien sea porque el cliente pacte con el banco la transferencia única de determinada suma a algún destino distinto, en cuyo caso será principal, o bien porque el cliente pacte con el banco la utilización de la figura como un servicio adicional ofrecido por la institución de crédito para comodidad de sus clientes.

El contrato de Transferencia Electrónica de Fondos puede ser tanto instantáneo como de tracto sucesivo, siguiendo el ejemplo abordado en el párrafo anterior, en el primer caso será instantáneo, siendo que en el segundo caso —dependiendo del contrato principal—, será accesorio de aquel contrato.

Continuando, el contrato en estudio puede ser tanto real, cuando sea instantáneo, como consensual, cuando se trate de tracto sucesivo, si bien por generalidad se puede clasificar únicamente como consensual.

---

<sup>75</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Compendio de Derecho Civil, "Contratos"*, t. IV, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1988, pp. 9-25.

Por último, dicho contrato por la ambigüedad de la Ley de Instituciones de Crédito puede ser tanto formal como consensual, toda vez que dicho ordenamiento establece que se puede reducir a escritura, mas no lo sanciona específicamente, mas por metodología bien se puede definir como formal.

#### 4.1.3.2 La equiparación como contrato de adhesión

A pesar de ser la Transferencia Electrónica de Fondos una figura atípica en nuestro Derecho positivo, el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) faculta a las instituciones de crédito a —opcionalmente— utilizar equipos y sistemas automatizados mediante la formalidad de un contrato *ad hoc* en el que se debe especificar el tipo de operación o servicio que se efectuará, el contenido obligacional y los medios con los que el usuario se identificará para poder hacer uso de este servicio.

De tal forma, el contrato que debe contener el acto comercial —la Transferencia Electrónica de Fondos— necesita (en realidad por conveniencia) ser reducido a escritura, lo cual es reafirmado en la fracción I del artículo 79 del Código de Comercio (C.Com.) y relativo al artículo 78 de la misma ley. De lo anteriormente expuesto se infiere que las obligaciones y derechos de las partes se regirán conforme a lo estipulado.

Por tanto, al decir que el contenido obligacional del contrato es dejado al exclusivo arbitrio de las partes, significa que la Transferencia Electrónica de Fondos se constriñe a los parámetros que aquéllas —y no la ley— fijaron, lo que en general no se puede considerar nocivo mientras no se estipule nada en contra de la ley. Empero, en este entorno surge un planteamiento esencial: el carácter de las partes.

Por un lado, la Ley de Instituciones de Crédito denomina usuario a la persona física o moral que contrata con el banco la prestación de éste u otros servicios de banca y crédito. Por otro lado está el banco, persona moral especializada en el manejo de bienes ajenos y de diversas operaciones sobre éstos (siendo además la única persona que puede realizar esa función, por mandamiento legal), circunstancia que lo lleva a celebrar contratos elaborados por personal jurídico altamente capacitado que lo sitúa en una posición ventajosa con respecto al usuario no capacitado.\*

---

\* Cabe llamar la atención con respecto al hecho de que debido al volumen de la clientela, sería virtualmente imposible que cada usuario firmara un contrato bancario —exclusivamente— tras haber sido asesorado jurídicamente, razón por lo que tal documento se elabora mediante formatos uniformes que sólo requieren el llenado de los datos del contratante y la fecha y monto del crédito otorgados, es en tal virtud que funciona como un contrato de adhesión, tal como se explicará en párrafos subsecuentes.

Por tal razón, se considera que las características generales del contenido obligacional del contrato en estudio no pueden ser ingresadas enteramente por las partes —de facto por una de ellas—, sino que la ley debe prever los problemas que puedan surgir y así evitar afectar los derechos de las partes estableciendo principios generales que esbozen el sentido del clausulado.”

En este orden de ideas, se puede llegar a considerar a los contratos bancarios como de adhesión y, como tales, se necesitaría de una autoridad que velara por los intereses de los usuarios, como es el caso de los verdaderos contratos de adhesión<sup>U</sup>, ya que en esos contratos es necesaria la intervención del Estado a efecto que no se establezcan prestaciones desproporcionadas o una carga obligacional inequitativa entre las partes.

A fin de delimitar lo más posible el campo de estudio se definirán al contrato de adhesión como aquel “...en el que no hay tratos preliminares o discusiones previas de las partes, sino que una de ellas elabora unilateralmente las condiciones del contrato y a la otra sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato, o de no celebrar éste.”<sup>76</sup>

Sin embargo, la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) en su artículo 5º exceptúa de su aplicación a los servicios prestados por instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales Bancarias, de Valores o de Seguros y Fianzas, supuesto en el que entran las instituciones de crédito.

Cabe abundar que en su artículo 86 la LFPC establece que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) puede sujetar a registro ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), mediante normas oficiales mexicanas, a aquellos contratos “...cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento”. Lo cual es aplicable a la Transferencia Electrónica de Fondos.

---

<sup>76</sup> Es de interés la observación de Cervantes Ahumada de: “*Previene el Código guatemalteco (de Comercio) que los contratos celebrados en formularios ‘se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario’, que ‘cualquier renuncia sólo será válida si aparece subrayada o con caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato’ y que ‘las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto’*” en: CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrer, 1990, p. 525.

<sup>U</sup> Para ampliar esta observación, se transcribirá el artículo 85 de la LFPC: “(V.REF.BIBLIOGRÁFICA) ART.85.- Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. ...”

<sup>76</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 34.

Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito intitula a su Título Sexto "*De la protección de los intereses del público*", pero en éste no se aborda mas que el secreto bancario y la posibilidad de presentar las reclamaciones de los usuarios ante los tribunales correspondientes del fuero federal o del orden común, o bien, acudir a la Comisión Nacional Bancaria (CNB) para someterse a un procedimiento de conciliación denominado reclamación, ya sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho.

De tal forma resulta conveniente la observación de que "*Como el comercio es una función pública en la que el intermediario generalmente lucra a costas del consumidor y dado el gran poder económico del intermediario que establece una desigualdad entre intermediarios y consumidores, el Estado ha resuelto proteger a estos últimos a fin de evitar tradicionales abusos y adecuar la función del comercio al interés público*".<sup>77</sup>. Empero, tal afirmación aparenta no producir ningún efecto contundente a las instituciones de crédito, pues la ley respectiva aparenta orillar al usuario a la única posibilidad de defender verdaderamente sus derechos a través del litigio, que a todas luces es incongruente con el espíritu de justicia que debe reinar en la ley.

Por lo anteriormente expuesto, se colige que el registro de los contratos de adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor persigue la prevención de fallas y de afectación de intereses entre las partes, mientras que el contrato que ampara la Transferencia Electrónica de Fondos no posee tal carácter ya que no está sujeto a aprobación ni registro previos por parte de la Comisión Nacional Bancaria, que sería la autoridad competente. En este entender, se puede hablar de una formalidad preventiva contra un procedimiento correctivo.

En este punto se debe señalar que el artículo 125 fracción IX de la Ley de Instituciones de Crédito establece la obligación de la CNB de "... *proveer lo necesario para que las instituciones de crédito cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios concertados con los usuarios del servicio de banca y crédito*...", mas si se toma en cuenta la virtual unilateralidad que imprime en el contrato la comparación que de entre las partes se hizo párrafos antes y la equiparación del contrato a uno de adhesión, se llega a la conclusión de que la CNB vigilará que el usuario cumpla con un contrato que firmó en una situación desventajosa, sin una autoridad que prevea las dificultades que se puedan suscitar o las lesiones que su omisión cause a los intereses de los usuarios.

---

<sup>77</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrero, 1990, p. 527.

## 4.2 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS BANCARIOS Y FIGURAS LEGALES

La atribución de "bancario" dada a determinados contratos obedece a las partes del mismo, en la que una de ellas será siempre una institución de crédito ya que —por su misma naturaleza— sólo éstas están legalmente facultadas para efectuar operaciones crediticias con el dinero de terceras personas.

En principio la capacidad para efectuar actos de comercio, en concordancia con el artículo 5º del Código de Comercio, y 3º de la LGTyOC es la misma que la capacidad civil, con las excepciones y limitaciones contenidas en los artículos 9º a 15 del mismo ordenamiento.

Como contratos mercantiles, los contratos bancarios se pueden clasificar, conforme a Cervantes Ahumada, que sigue la opinión de Rodrigo Uria, en:

a) Contratos de cambio, realizan la circulación de la riqueza proporcionando al público bienes o servicios, como compraventa, cesión de créditos permuta, operaciones bursátiles, entre otros.

b) Contratos auxiliares o de colaboración, en los que una de las partes aporta una cooperación al desarrollo de la actividad empresarial, como la mediación, la comisión, la representación de obras.

c) Contratos de previsión, para prever las consecuencias económicas de la realización de un riesgo, como el caso del contrato de seguro.

d) Contratos de guarda o custodia, como el depósito y los servicios de caja de seguridad.

e) Contratos de crédito, en los que una de las partes transmite a la otra un valor económico aplazando la contraprestación, como lo son el préstamo, la cuenta corriente y apertura de crédito.

f) Contratos de garantía, como la fianza, la hipoteca o el fideicomiso en garantía.<sup>78</sup>

De tal forma, en virtud de que la Transferencia Electrónica de Fondos puede ser utilizada para diversos fines, se le comparará con cada uno de los contratos que, en opinión del postulante, guarda mayor semejanza, y en los que su apropiada regulación podrá demostrarse útil y benéfica.

---

<sup>78</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrero, 1990, pp. 526-527.

#### 4.2.1 Los contratos de depósito bancario

Es importante conocer en sus aspectos generales el depósito bancario, dada la creciente utilización de nuevos servicios bancarios vinculados con la Transferencia Electrónica de Fondos al utilizar medios electrónicos y que están vinculados con cuentas de cheques, ya sea para pagos a acreedores (proveedores, empleados, etc.), transferencias entre cuentas, el uso de cajeros automáticos, entre otros.

Como introducción, se repasará brevemente la regulación que sobre el depósito posee nuestra legislación. En principio, el artículo 2516 del Código Civil define al depósito (civil) como un contrato "por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante"; y el depósito será mercantil conforme al artículo 332 del Código de Comercio si "las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil". Adicionalmente, existe un tercer tipo de depósito llamado administrativo "*cuando alguna ley ordena con motivo de una concesión, permiso o autorización administrativa, la necesidad de constituir un depósito ante un órgano de la ley*".<sup>79</sup>

Doctrinalmente se divide al depósito en regular e irregular, siendo el primero, cuando el "*depositario no puede disponer de la cosa depositada, debiendo restituirla individualmente*"<sup>80</sup>, que se encuentra contenido, en lo referente al depósito mercantil, en el artículo 268 de la LGTyOC y por lo tanto no es translativo de dominio, ya que el depositario debe restituir la misma cosa. Por otra parte, está el depósito "irregular", que puede ser de dinero o de títulos de crédito, si transmite el dominio de la cosa al depositario ya que permite que éste efectúe operaciones con ese numerario al presentarse la obligación no de entregar la misma cosa, sino de otro bien fungible de la misma especie y calidad, siendo el depósito irregular la regla común en los depósitos bancarios ya que, de hecho, el depósito regular de dinero se considerará como una operación accesorias al ser prestada por el banco en forma de servicio de cajas de seguridad, a pesar de que

---

<sup>79</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Compendio de Derecho Civil, "Contratos"*, t. IV, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p.283.

<sup>80</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Compendio de Derecho Civil, "Contratos"*..., p.283.

<sup>\*\*</sup> Doctrinalmente se considera al depósito irregular una variación del contrato de mutuo, a efecto de que el banco incurra en responsabilidad penal para la entrega de los bienes depositados, transformando el depósito irregular, que originalmente debería ser un contrato exclusivamente de custodia, en uno translativo de uso y disfrute. Sin embargo, existen corrientes que sí consideran al depósito irregular -en específico el depósito de dinero a plazo- como un verdadero depósito. (Confróntese ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Compendio de Derecho Civil, "Contratos"*..., p. 25, 284, CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, p. 238, y RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 61.)

reviste características interesantes el depósito regular de títulos de crédito en administración.

En lo específico, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula en sus artículos del 267 al 275 el depósito bancario de dinero y del 276 al 279, el depósito bancario de títulos de crédito.

El depósito mercantil —y bancario por antonomasia— es real, tal como se puede inferir del artículo 334 del Código de Comercio que a la letra dice: "*El depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto*"; mientras que el depósito civil es consensual como se observa en el artículo 2516 del Código Civil, artículo que se transcribió párrafos antes. Como otra diferencia, se hará la indicación de que el depósito bancario, en relación al civil, es formal en oposición a consensual, como se infiere del análisis conjunto del artículo 333 del Código de Comercio<sup>\*\*\*</sup> y del referido artículo 2516 del Código Civil.

Al ser el depósito bancario irregular el medio común por el que los bancos adquieren capitales para efectuar sus operaciones y por lo tanto les dan razón de existencia, se procederá a analizar únicamente éstos. El depósito bancario irregular se divide en: depósito bancario a la vista, a plazo, a previo aviso o de ahorro, aunque no obstante, puede ser no solamente de dinero, sino también de títulos de crédito. Para efectos de esta investigación se analizará únicamente el depósito a la vista en cuenta de cheques.

**El depósito a la vista en cuenta de cheques**, que es la forma más común, es un depósito bancario irregular de dinero en el que el cliente efectúa aportaciones y retiros sucesivos del haber en su cuenta, mediante cheques a cargo de la institución de crédito depositaria y se encuentra contenido en los artículos 267, 269 a 274 de la LGTyOC. El citado artículo 269 establece: "*el depositante tiene derecho a hacer libremente remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer, total o parcialmente, de la suma depositada, mediante cheques girados a cargo del depositario. Los depósitos en dinero, constituidos a la vista en instituciones de crédito, se entenderán entregados en cuenta de cheques, salvo convenio en contrario. ...*".

El depósito puede ser hecho por cualquier persona, pero el retiro de dinero se hace mediante la presentación de un cheque del talonario que la institución de crédito ha entregado al cliente tras la apertura de la cuenta y la identificación de

---

<sup>\*\*\*</sup> El mencionado (v.ref.bibliográfica) Art. 333 C.Com. establece: "Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos de la plaza en que se constituyó el depósito". Es decir, se debe considerar el uso bancario de aceptar como depositantes sólo a aquellas personas que han firmado el contrato respectivo con la institución de crédito, por tanto, se encuentra la doble imposición -legal y consuetudinaria- de la caracterización jurídica del depósito como formal.

la firma estampada en el cheque, que debe ser idéntica a la del contrato de apertura. Con respecto al cobro de estos títulos, cabe mencionar que la creciente competitividad entre las instituciones de crédito conlleva una escasa exigencia de requisitos al individuo que presentará el cheque para su cobro, pero por razones de seguridad en caso de robo o extravío del talonario de cheques, las instituciones de crédito recurren al uso bancario de solicitar el llenado, en el reverso de los cheques, de los datos generales de quien lo cobra.

El depósito bancario es un contrato primordialmente consensual ya que no requiere la formalidad de contrato, mas conforme lo estipula el artículo 275 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sí requieren la formalidad escrita al ordenar: *"Las entregas y los reembolsos hechos en las cuentas de depósito a plazo o previo aviso, se comprobarán únicamente mediante constancias por escrito, precisamente nominativas y no negociables, salvo lo dispuesto por la Ley de Instituciones de Crédito."*

Entre otras características del depósito bancario en cuenta de cheques, se pueden nombrar la liberación al banco de responsabilidad por mal uso de los cheques, autorización al banco de cargar a la cuenta créditos vencidos y no pagados así como gastos de cobranza, obligación del cliente de mantener un saldo mínimo, obligación del banco de proporcionar un estado de cuenta periódico que detalle los movimientos de la cuenta, especificación de las personas autorizadas para firmar cheques.<sup>81</sup>

Ahora bien, como se puede observar fácilmente, la Transferencia Electrónica de Fondos puede —y sí es— ser ampliamente utilizada en los depósitos irregulares bancarios, pues, entre otras cosas, resalta la sencillez que implica una simple operación ante una terminal de computadora contra el engorroso, y en la actualidad peligroso, trámite de acudir a la sucursal bancaria, cargando alguna suma de dinero exponiendo la integridad física y malgastando innecesariamente tiempo y esfuerzo.

Además, hay que tener en consideración que el contrato de depósito bancario es ampliamente utilizado para muy distintos fines, sea en cuentas de cheques, cuentas de ahorro, cuentas de inversión (mesa de dinero) o simple depósito a plazo fijo.

De tal forma no es intención de este trabajo desviar el tema para explicar cada una de estas modalidades, bastando al efecto decir que el depósito de ahorro es el depósito irregular de efectivo o de documentos cobrables a la vista que es retirable previo aviso y, en el caso, hasta cierto porcentaje solamente.

---

<sup>81</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 296.

En cuanto a las cuentas de inversión es un depósito bancario de títulos y dinero tiene un propósito de inversión, ya que el cliente entrega al banco títulos o dinero, mismos que el banco invierte por medio de un fideicomiso en la compra de títulos de crédito bursátiles y los administrará para proveer al cliente de los mayores rendimientos posibles.

Por último el depósito de dinero a plazo posee la característica de que solamente podrá ser retirable a plazo fijo, y durante el tiempo que su dinero se encuentre depositado el banco se obliga a pagarle una tasa porcentual sobre el monto depositado y fijada desde la celebración del depósito, mismo que se representa por un certificado de depósito.

Es así que con la mayor sencillez posible se resalta la incidencia de la Transferencia Electrónica de Fondos dentro del depósito bancario, toda vez que, como se expuso anteriormente, es una figura que no está adecuadamente regulada más sin embargo se utiliza en transacciones comerciales que pueden llegar a sumar una cantidad considerable, gracias a la confianza que el cliente deposita en una institución de crédito.

#### **4.2.2 Los contratos de apertura de crédito.**

A continuación se esbozarán en los siguientes subsegmentos las características generales de algunos contratos de crédito, esto es, el crédito simple y en cuenta corriente, para dar paso al tercer contrato de crédito y el que reviste la mayor importancia para esta investigación, por referirse a la materia bancaria, que es el contrato de apertura de crédito bancario.

##### **4.2.2.1 Contrato de apertura de crédito simple**

Existen dos tipos de apertura de crédito: simple y de cuenta corriente. La apertura de crédito simple consiste en el derecho del acreditado en hacer uso del crédito durante el tiempo y cantidad convenidos en el contrato, sin derecho a efectuar remesas para la disminución del crédito y volver a hacer uso del remanente; por su parte, la apertura de crédito en cuenta corriente sí permite la aportación de remesas parciales del acreditado al acreditante, de tal forma que durante la vigencia del contrato el saldo del crédito aumenta o disminuye según lo vaya cubriendo el acreditado.

Este contrato se define doctrinalmente como *"...aquél en virtud del cual un sujeto (acreditante), se obliga a poner a disposición de otro (acreditado), una determinada cantidad de dinero, o bien a contraer durante ese tiempo, una*

*obligación a su nombre; y, por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada, en el término pactado.*"<sup>82</sup>.

Como una característica más de los contratos de crédito se encuentra la garantía, que puede ser tanto real como personal, de forma que si al fin del término del contrato existe algún adeudo a cargo del acreditado, éste se deducirá de la garantía.

El contrato de apertura de crédito simple es utilizado casi exclusivamente por instituciones de crédito, pero es también aprovechado para compra de bienes por tiendas departamentales, de venta de electrodomésticos, etc."

Como se puede observar, es de fácil adaptación el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos al contrato de crédito simple, toda vez que por medio de ella, tanto es posible poner a disposición del acreditado la suma pactada, como para el acreditado hacer pagos al acreditante, con un considerable ahorro de tiempo y mayor comodidad para ambas partes.

#### **4.2.2.2 Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente**

Se encuentra regulado en el artículo 296 de la LGTyOC y se define doctrinalmente como aquel "*en virtud del cual se suspende la exigibilidad de los créditos que se originen de todos o algunos de los negocios que celebren las partes, hasta un momento determinado, en el que, mediante un ajuste de cuentas, se precisará cual de ellas es deudora y por qué cantidad, la cual deberá ser pagada del modo convenido*".<sup>83</sup>

Como ya se mencionó en el párrafo anterior, el crédito o débito puede aumentar o disminuir durante la vigencia del contrato, conforme a los pagos y adeudos que se efectúen los cuentacorrientistas entre sí, pero será hasta un momento posterior, que se determinará y fijará el monto del adeudo a cargo de alguna de las partes.

Como características de este contrato se encuentra: que ambas partes se deben hacer remesas recíprocamente que, conforme al artículo 302 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se anotan respectivamente como

---

<sup>82</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 254.

<sup>83</sup> En este caso se puede hablar de las aperturas de créditos privadas como las realizadas con tiendas como Liverpool, Elektra, Sears, entre otras. Adicionalmente se puede hablar de la posibilidad de utilizar el crédito para compra de bienes tales como automóviles, en el que tal artículo constituiría la garantía real del crédito.

<sup>83</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, p.58.

abono o cargo en una cuenta, de forma tal que el contacto opere como un crédito recíproco entre dos personas.

La obligación de las partes nace desde el momento de celebración del contrato, pero se vuelve exigible a la vista al término del contrato.

De tal forma, es posible observar fácilmente que es también factible aplicar la Transferencia Electrónica de Fondos al contrato de cuenta corriente, especialmente en los créditos otorgados de una institución de crédito a otra.

#### 4.2.2.3 Contrato de apertura de crédito bancario

En referencia a la materia bancaria se definirá el contrato de apertura de crédito como "*...el contrato en virtud del cual el banco se obliga a poner una suma determinada de dinero a disposición del cliente, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo pueda hacer uso del crédito concedido, cuando lo desee, en la forma, términos y condiciones establecidos; quedando el cliente obligado a restituir al banco las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo e, en todo caso, a parte los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que en el contrato se estipulen.*"<sup>84</sup>

La regulación de este contrato se encuentra contenida en los artículos 291 a 301 y, en lo aplicable, del artículo 302 al 310 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que lo define como aquel en virtud del cual "*el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.*"

Cabe hacer hincapié en la aplicación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito debido a la parquedad de la ley especial, es decir, la Ley de Instituciones de Crédito, y a que ésta última ley remite a aquella como aplicable en su artículo 6°.

De tal forma, el contrato de apertura de crédito consta de dos partes, por un lado, el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero o a cubrir una obligación contraída por el acreditado. La otra parte, el

<sup>84</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 312.  
\* (v.ref.bibliográfica) Art. 291, LGTyOC.

acreditado, se obliga a restituir tales sumas más los accesorios que se estipulen en el contrato respectivo

Otros elementos del contenido del contrato serán, necesarios por su naturaleza, el límite del crédito que se otorga y las cantidades en que se ha de cubrir, el plazo del crédito (que puede ser fijado por una de las partes, notificando oportunamente a la otra), forma y montos de pago al acreditante.

Este tipo de contratos se manejan a través de una línea de crédito, que no es otra cosa sino el límite del crédito que fija el banco y dentro del cual el acreditado dispone durante la vigencia del contrato.

De entre las aperturas de crédito bancario también se contemplan otros contratos, que únicamente se mencionarán pero no se analizará ninguno en específico por no convenir a los intereses de esta investigación. Dichos contratos son: el crédito quirografario, hipotecario, prendario, refaccionario, de habilitación y avío, y crédito comercial.

Por otra parte y continuando con la apertura de crédito, es de resaltar el impacto que ha tenido el concepto de crédito dentro de nuestro diario quehacer. Así pues, es difícil imaginar lo que sería el tráfico comercial actual, la compra y venta de bienes y servicios sin el uso del crédito.

Debido a ser un manera muy eficaz de generalizar el crédito y hacerlo accesible a, prácticamente cualquier bolsillo, es que se aprecia el gran uso de las tarjetas de crédito, mismas que se definen como *"...el plástico que legitima al titular como el acreditado de un contrato de apertura de crédito bancario, cuya aceptación por un proveedor lo identifica como uno de los miembros del grupo de comerciantes ante los cuales el tarjetahabiente puede obligar al banco acreditante, haciendo uso del monto disponible a su favor."*<sup>85</sup>

Al respecto de la tarjeta de crédito, cabe señalar que en un mismo negocio jurídico se conjunta con el principal, contrato de apertura de crédito bancario, otras figuras jurídicas, como lo es la existencia física de la tarjeta expedida por el banco (que en realidad es una "carta de presentación" de que el crédito será pagado), el pagaré que se firma al momento de utilizar la tarjeta de crédito (que constituye la obligación real de pago) y un contrato de proveedores (entre el prestador de servicios o vendedor y el banco). Hay hacer mención que cada una de estas figuras posee una reglamentación independiente, si bien, el Banco de México regula por medio de normas generales las operaciones crediticias de las instituciones de crédito.

---

<sup>85</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 496.

Adicionalmente, también existen las tarjetas de crédito no bancarias, en que se utiliza el mismo principio, pero existe únicamente un proveedor, que también es acreditante del acreditado.

La Transferencia Electrónica de Fondos adquiere al amparo de las operaciones crediticias un papel primordial, toda vez que en forma más o menos reciente se ha venido dando la práctica de que al momento de pagar un artículo o servicio por medio de la tarjeta de crédito, se confirma por medios electrónicos la disponibilidad del crédito del consumidor y se carga a su cuenta el cargo resultante de la operación.

Ahora bien, eso es una Transferencia Electrónica de Fondos, ya que por medio de esa operación, el banco acreditante ha *transferido electrónicamente* una determinada suma desde la cuenta del acreditado a la del proveedor, sin que mediara el intercambio físico de dinero en efectivo.

De tal forma, salta a la vista la importancia que tiene la adecuada regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos —y dicho sea de paso también de la tarjeta de crédito—, ya que ningún aparato diseñado por el hombre está exento de fallas o descomposturas, que bien puede resultar en una desproporcionada obligación a cargo del acreditado —cliente bancario—, quien se verá entonces forzado a pagar cualesquier cuenta que le sea presentada a su cargo, sin importar de forma alguna que haya existido algún error, ya sea del equipo utilizado, ya sea error humano del capturista o cajero al ingresar los datos.

#### **4.2.3 Contrato de crédito documentario**

La actividad comercial —especialmente la internacional— está habitualmente sujeta a múltiples riesgos que la dificultan. En la compraventa, que es la forma común de realizar negocios, se considera tradicionalmente que la cosa y el precio se intercambian simultáneamente entre comprador y vendedor, sin embargo, se pueden suscitar varios inconvenientes cuando uno y otro se encuentran en lugares distantes entre sí, en ese caso las partes buscan prevenir los problemas que puedan surgir, considerando los gastos de traslado de la mercancía y la eventual insolvencia del comprador y, en este supuesto, los gastos de venta de esa mercancía a otra persona, de la cobranza a ese comprador, del retorno de la mercancía al vendedor, de la pérdida o deterioro de la mercancía, entre muchos otros.

Es así que el derecho incide en el comercio protegiendo los intereses de aquellos que entren en los supuestos posibles mediante el contrato de crédito

documentario, también llamado crédito confirmado o carta de crédito<sup>86</sup>, definido como "...el contrato de naturaleza ejecutiva que debe constar por escrito, en virtud del cual, el banco se obliga por cuenta de su cliente al pago de una obligación directa hacia un tercero, y el cliente queda obligado a hacer provisión de fondos a la institución que asumirá el pago, con la suficiente anticipación"<sup>86</sup>

Se considera como una variedad del contrato de apertura de crédito, en el que el acreditante paga o acepta letras por cuenta del acreditado en favor de un tercero, contra la presentación de ciertos documentos.<sup>87</sup> De tal forma, no es de extrañar que este contrato sea de gran utilidad en el comercio exterior, ya que "responde a la necesidad de que el comprador importador disponga de dinero para pagar las mercancías antes de su recepción y de que el vendedor exportador cobre las mismas al entregarlas, sin tener que esperar al momento de su recepción material por su contraparte".<sup>88</sup>

Conforme a su regulación, de los artículos 317 al 320 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el crédito confirmado se otorga como una obligación directa del acreditante —banco— hacia un tercero, con la formalidad de que debe constar por escrito y con el carácter de irrevocabilidad por parte del solicitante del crédito.

El artículo 319 estipula que se le aplican las reglas del mandato y el banco es responsable ante el solicitante del crédito e igual responsabilidad tiene —salvo pacto en contrario— por los actos de la persona que haya designado como su sustituto para ejecutar la operación.

Ahora bien, salvo pacto en contrario, el tercero que tiene a su favor el crédito puede transferirlo a otra persona pero queda sujeta a las obligaciones que a su cargo se estipulen. Por su parte, el acreditante puede oponer al beneficiario del crédito las excepciones que resulten del escrito de confirmación y las de la que resulten de la relación entre el solicitante y el beneficiario, pero no las que resulten de la relación entre el solicitante y el acreditante.

Adicionalmente, es de destacar la existencia de distintos tipos o especies de crédito documentarios, es así que se puede hablar de crédito documentario revocables, crédito documentario irrevocable (el más utilizado en el comercio internacional) y crédito documentario irrevocable y confirmado (idéntico al

---

<sup>86</sup> Cabe mencionar que la LGTyOC reglamenta en sus artículos del XX al XXX la carta de crédito, propiamente dicha. Sin embargo, ésta se puede considerar como una modalidad del crédito documentario.

<sup>86</sup> DÁVALOS MEJÍA, Felipe: *Derecho Bancario...*, p. 339.

<sup>87</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, p.57 y RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 93.

<sup>88</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 93.

irrevocable simple, excepto que el banco adquiere obligaciones al confirmar el crédito).

Por tanto se puede decir que el crédito documentario es producto de mejoras en el intercambio comercial afianzando la voluntad de las partes involucradas en la compraventa previniendo la afectación de sus derechos y reforzando sus obligaciones.

De forma similar al crédito documentario, la Transferencia Electrónica de Fondos auxilia al comerciante en el ejercicio de su actividad cuando no es posible o conveniente la entrega física de dinero entre éste y su contraparte entre dos lugares distantes entre sí.

Es menester aclarar que, en realidad la Transferencia Electrónica de Fondos es utilizada ampliamente en los créditos documentarios (cartas de crédito bancarias) al momento de *transferir el dinero* al banco destinatario para que haga pago al vendedor, que es un momento posterior al de la celebración del negocio y en el cual ya se fijaron las características de la compraventa, a las que las partes quedan mutuamente obligadas.

#### 4.2.4 La comisión mercantil

Es indudable el gran impacto que ha tenido la Transferencia Electrónica de Fondos en nuestra cotidiana práctica comercial, a pesar que la mayoría de las personas no tiene conocimiento de la transferencia que realiza al efectuar una compra cualquiera o pagar algún servicio.

Dicha ignorancia en gran parte se debe a la progresiva asimilación de avanzadas tecnologías —que las hacen parecer comunes—, que se aplican en operaciones tan simples como la compra de artículos en comercios de toda escala, compra ventas nacionales e internacionales y, por último, el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos en el pago de nóminas, servicios y demás contratos de tracto sucesivo.

Al respecto de este último punto, es decir, el pago periódico de cantidades diversas a individuos específicos, ya es común el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos para el pago de nóminas —u "honorarios"—, que se evidencian las múltiples ventajas que su uso ofrece, entre otras se pueden nombrar, una mayor seguridad para el empleado y la empresa, comodidad, rapidez, etc.

De tal forma, la estructura de la Transferencia Electrónica de Fondos posee una estructura muy sencilla, que se conformará con la autorización que el empleador da al banco para que haga depósitos periódicos a distintas cuentas,

los empleados, por las cantidades que el empleador indique —y provea fondos de ser necesario— con cierto plazo de antelación (esto es, debido a que el monto del pago puede variar debido a faltas del empleado, compensaciones, aguinaldo, etc).

Otro uso común de la Transferencia Electrónica de Fondos es, por ejemplo, el pago de una empresa a otra en virtud de un contrato de proveedor, es decir, el contrato que una persona moral celebre con otra para que en fechas periódicas y predeterminadas una de las partes haga entrega a otra de la cosa objeto del contrato, por medio de una cantidad de dinero.

Ante este caso también se estaría en presencia de una autorización que la empresa "A" da al banco para que haga pago de una determinada suma de dinero a la empresa "B", proveyendo los fondos necesarios y confirmando la instrucción.

Así pues, es que en este segmento corresponde analizar la comisión mercantil, figura preponderante en los ejemplos que se acaban de mencionar.

En nuestra legislación mercantil se define a la comisión mercantil como:

*"Art. 273. El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña" C.Com.*

Por tanto, para el estudio de la comisión mercantil y ergo, el mandato, será necesario recurrir a lo establecido en el derecho civil sobre el mandato:

*"Art. 2546. El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". C.Civ.*

De tal forma, salta a la vista que, en realidad, el banco adquiere la obligación de ejecutar por cuenta de la empresa "A" los actos jurídicos a realizar, esto, es, el pago a sus empleados.

La comisión no requiere formalidad especial y puede ser con representación o sin ella, es así que el comisionista puede realizar los actos encomendados por el comitente actuando en su propio nombre o en el del mandante, si obrara en su propio nombre quedaría personalmente obligado con los terceros contratantes, mientras que si actúa en nombre del comitente será éste y no el comisionista el obligado con terceros.

Sin embargo la relación que reviste mayor interés para este estudio es aquella entre el comitente y el comisionista ya que "...*aún antes de perfeccionarse*

por la aceptación del comisionista, (el contrato) produce en contra de éste obligaciones jurídicas".<sup>89</sup>

Las obligaciones del comisionista serán las obligaciones de un mandatario. El mandato y, por tanto, la comisión puede ser, conforme al artículo 2553 del C.Civ. general o especial

En aplicación a nuestro caso de estudio, observamos que comitente será la hipotética empresa "A", y comisionista será el banco, ya que efectúa a nombre y cuenta de aquella el acto jurídico del pago a los empleados.

Como se puede colegir, este tema es de especial importancia, al comparar la contratación de un servicio de Transferencia Electrónica de Fondos con la preautorización de depósitos para pagos de nóminas, o pago a proveedores, pues con la comisión se deben entonces analizar algunas disposiciones del C.Com como las siguientes: "*El comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo les diere distinta inversión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar y de la indemnización de daños y perjuicios, abonará al comitente el capital y su interés legal desde el día en que lo recibió*" (art.293) y "*El comisionista que no verificare oportunamente la cobranza de los créditos, o no usare de los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los perjuicios que causaren su omisión o tardanza*" (art. 303).

Ahora bien, este punto no cabe menos que preguntarse, ¿se hará responsable el banco por la rescisión culpable del patrón respecto al contrato de trabajo con sus empleados?, ¿se hará responsable el banco por las penas convencionales pactadas entre la empresa "A" y la empresa "B" ante el caso de incumplimiento de contrato?, ¿cómo se regulará la Transferencia Electrónica de Fondos en estos casos si en realidad está desregulada?, en definitiva: ¿quien es el culpable para que a su cargo queden los daños y perjuicios que se ocasionen?.

Indudablemente son preguntas interesantes a las que este modesto trabajo pretende arrojar un poco de luz, sana pretensión que sin embargo será mal vista por quienes defienden el criterio de la desregulación en materia mercantil y, particularmente, la materia bancaria.

En este orden de ideas conviene insertar otro precepto que especifica "*en aquellas comisiones cuyo cumplimiento exige provisión de fondos, no está obligado el comisionista a ejecutarlas mientras el comitente no se la haga en cantidad suficiente, y también podrá suspenderlas cuando se hayan consumido los que tenía recibidos*" (art. 281 C. Com.) y "*Cuando el comisionista se comprometa a anticipar fondos para el desempeño de la comisión, estará obligado*

---

<sup>89</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, p. 212.

a suplirlos, excepto en el caso de suspensión de pagos o quiebra del comitente" (art. 282 C. Com.).

Así, a la luz de los preceptos legales e ideas anteriormente vertidos, se concluye que la Transferencia Electrónica de Fondos es ampliamente utilizada en nuestro cotidiano quehacer, a pesar de nuestro desconocimiento, y estamos verdaderamente ante la presencia de una potencial e inagotable fuente de litigios insensatos que pudieran haber sido fácilmente evitados por medio de una más eficiente regulación de la figura.

#### 4.2.5 Contratos celebrados por correspondencia y contrato entre ausentes.

El punto de interés en los contratos mercantiles celebrados por correspondencia es el momento del perfeccionamiento del contrato, ya sea para determinar la validez del contrato, precio, adquisición de riesgos, legislación aplicable, de entre otros elementos importantes.

A este respecto existen dos teorías principales: la del conocimiento y la de la declaración. En la primera, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en el que el proponente recibe la respuesta del aceptante respecto a la oferta que el proponente envió previamente, es decir, el proponente conoce la voluntad del aceptante. Es decir "Se realiza el acuerdo desde que el proponente tiene noticia de la aceptación de su propuesta. Lo que exige la ley, es el conocimiento de la respectiva percepción de la misma."<sup>90</sup>, y parece la solución más lógica.

En la teoría de la declaración, el contrato queda perfeccionado desde un momento anterior, aquel en el cual el aceptante formula una contestación a la oferta, exteriorizando así su voluntad aunque el conocimiento del proponente tenga de esa aceptación sea en un momento posterior, pero la voluntad del aceptante ha quedado *declarada*.

A pesar de que se considere más lógica la primera teoría, en nuestro derecho civil es aceptada la teoría de la declaración en la figura de la declaración unilateral de la voluntad, regulada en los artículos 1860 al 1881 del C.Civ., ya que al ejecutar el servicio pedido o llenar la condición requerida por el que declara su voluntad unilateralmente, se considera perfecto el contrato y la compraventa consumada, siendo así declarada la voluntad del aceptante. Empero, nuestro derecho común también acepta la llamada teoría de la recepción<sup>91</sup>, mediante la cual el contrato no se realiza sino cuando la aceptación llega a manos del

<sup>90</sup> BOLAFFIO: *Il codice di commercio*, cit. por TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, p. 270.

<sup>91</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1964, p. 273.

proponente, según se infiere del artículo 1807 del C.Civ.<sup>U</sup> y es más acorde con la teoría del conocimiento.

Por su parte, el Código de Comercio también se adhiere a la teoría de la declaración al establecer:

*"Art. 80. Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada.*

*La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado."*

Es de resaltar que un gran número de comentarios que se puedan hacer a los contratos mercantiles por correspondencia, son también en gran medida aplicables a las operaciones de "punto de venta" reseñadas en el capítulo respectivo y que constituyen un ejemplo patente de la creciente utilización de la Transferencia Electrónica de Fondos en la vida comercial actual.

Si se toman en cuenta las posibilidades de tráfico mercantil que conllevaría la presencia de computadoras enlazadas por medio de redes de intercambio de productos y servicios, similares a las redes de información que actualmente existen, se debe analizar las obligaciones que se crearían en tal supuesto y habría que considerar si se les consideraría como contratos celebrados entre ausentes y por tanto equivalentes a contratos por correspondencia o como celebrado entre presentes.<sup>U</sup> Al respecto, el maestro Cervantes Ahumada dice en referencia a los contratos mercantiles y al segundo párrafo del artículo 80 del C.Com.: *"Creemos que, en la actualidad, tales exigencias son inaplicables, ya que es usual, sin acuerdo previo, la contratación telegráfica. La contratación telefónica no está prevista por nuestras leyes (sic), y creemos que debe aplicársele las normas de la contratación entre presentes."*<sup>92</sup>

Así conforme al artículo 1805 del Código Civil, vemos que el legislador considera que al utilizar el teléfono para hacer una oferta a otra persona, ese medio permite conocer con rapidez suficiente la voluntad del supuesto aceptante.

<sup>U</sup> C.Civ. "(v.ref.bibliográfica) Art. 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

<sup>U</sup> C.Civ. "(v.ref.bibliográfica) Art. 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se hará a la oferta hecha por teléfono."

<sup>92</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrero, 1990, p. 525.

Similarmente, si lo que se toma en cuenta para considerar a la otra persona como ausente o presente es la posibilidad de conocer su voluntad dentro de un cierto periodo de tiempo necesariamente corto, salta entonces a la vista que los medios electrónicos cumplen con creces ese requisito.<sup>93</sup>

De tal forma es también conveniente dar un breve repaso al contrato entre ausentes, que es aquel que "...tiene lugar cuando la oferta se hace a una persona que no está presente... Si el autor de la oferta pone un término para aceptar, queda obligado durante todo ese término. Pero si no fija ningún término para aceptar, la ley (art. 1806 C.Civ) establece que queda obligado a mantener la oferta por el término de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo o del medio de comunicación que exista o sea posible, a falta de correo público...".<sup>93</sup> Es así que la oferta a un destinatario constituye una declaración unilateral de la voluntad, que es fuente de obligaciones para el oferente, al respecto estamos también ante la presencia de la teoría de la declaración.

Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, el legislador ha subestimado la importancia de regular adecuadamente la Transferencia Electrónica de Fondos, que en muchos sentidos se puede considerar como un contrato entre ausentes o contrato celebrado por correspondencia, pues se le aplica en forma excepcional la siguiente aseveración del connotado tratadista Ramón Sánchez Medal:

*"Importa mucho determinar el momento y el lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, pues por lo que se refiere al lugar, hay que precisar cuál es el tribunal competente para conocer de la interpretación y cumplimiento de dicho contrato y cuales son las formalidades que debieron llenarse para el mismo contrato; y por lo que se refiere al momento en que se perfeccionó, hay también que precisarlo para saber si había capacidad de las partes en ese momento o para determinar en que forma se aplica la teoría de los riesgos o para fijar el inicio de la prescripción o para esclarecer si el contrato se celebró durante el período sospechoso en los casos de concurso de acreedores o de quiebra."*<sup>94</sup>

Es así que la acertada opinión del tratadista citado impone al postulante la obligación moral de intentar formular una proposición lógica que resuelva el interesante problema que plantea la Transferencia Electrónica de Fondos, ante el incontenible surgimiento de revolucionarias técnicas de venta por medio de redes de computadoras (*Internet*) que publicitan diversos artículos y servicios a un universo de consumidores en un ámbito en el cual, la publicidad del producto, la compra del mismo y su pago, e incluso su entrega si su naturaleza lo permite, se efectúa todo por medios electrónicos.

---

<sup>93</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 32.

<sup>94</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 33.

Sin desmerecer en lo absoluto la muy autorizada opinión del maestro Cervantes Ahumada en la cita transcrita párrafos antes, es necesario resaltar que si bien, a la contratación por teléfono es de considerarse adecuado se le apliquen —si bien con las modificaciones necesarias— las reglas de la contratación entre presentes, es también menester decir que en el caso tan brevemente reseñado anteriormente, en realidad nunca se está comprando a otra persona, no está presente, únicamente se están siguiendo las instrucciones grabadas en un programa de computadora.

De tal forma, la única posibilidad de proteger en la medida de lo posible a las partes que en la operación intervengan, es que se debe de apegar a la teoría de la declaración.

Al respecto es factible mencionar una cita un tanto larga, pero instructiva del renombrado tratadista Felipe de Jesús Tena: *"Sabemos de ciertos aparatos que existen en Estados Unidos, en los que, con sólo depositar la correspondiente moneda, aparece, automáticamente, determinado artículo de comercio. La máquina está de tal modo construída, que la operación bien puede verificarse sin intervención alguna de parte del dueño de la mercancía, en su ausencia y por sólo la obra del comprador y del funcionamiento del aparato. Esta operación constituye a juicio de todo el mundo, un verdadero contrato de compraventa, cuya validez a nadie le ha ocurrido poner en duda. Pero si los fundamentos en que descansa la teoría de la información (o del conocimiento) son verdaderos la conciencia del público se ha equivocado en este caso. No pudo, en efecto, perfeccionarse la venta ni contrato alguno, pues si es verdad que ha habido de parte del dueño del aparato una oferta manifestada al público mediante la exhibición de la máquina expendedora y de los avisos e instrucciones adheridos a ella; si es verdad asimismo que hubo una aceptación, que reputamos eficaz, por más que haya sido tácita, no es menos cierto que el solicitante no tuvo, por hipótesis, ningún conocimiento de la misma, en el momento en que, a juicio de todo el mundo, la venta quedó perfecta y consumada."*<sup>95</sup>

De tal forma, ante este caso no estaríamos ni siquiera ante la presencia de un contrato, toda vez que al negocio jurídico no concurrieron nunca las voluntades. Empero, es de opinión del postulante que si bien la teoría del conocimiento parece la más acertada, es de considerar que el intenso tráfico mercantil de la actualidad hace impensable esperar a que el proponente reciba la aceptación para que quede perfeccionada la compraventa.

---

<sup>95</sup> TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil...*, p. 271.

### 4.3 INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Una vez delimitado el carácter contractual de la Transferencia Electrónica de Fondos y la sutil línea que separa el derecho mercantil y el derecho civil<sup>96</sup>, es que es posible acceder al siguiente paso, éste es, ya que es un contrato y en los contratos existen obligaciones a cargo de las partes, por tanto, ¿qué pasa cuando alguna de las partes incumple con las obligaciones asumidas?

La respuesta nos la da el propio legislador al disponer en el Código Civil para el Distrito Federal:

*"Art. 1949. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".*

Básicamente, el incumplimiento de contrato es un modo de terminación del contrato por la conducta culpable realizada por una de las partes durante el plazo forzoso del contrato, lo que da derecho a la parte inocente a iniciar la acción judicial para que el juzgador sancione la conducta del culpable, condenándolo al cumplimiento del contrato o a la resolución (rescisión) de la obligación, más los daños y perjuicios que se hubieran causado.

De tal forma, la parte perjudicada queda protegida y en virtud del cumplimiento que mostró en el contrato es que queda facultada a demandar la rescisión del contrato. Al respecto y para efectos de esta tesis se hace notar que se equipara el incumplimiento a la rescisión, "... pudiendo en general tomarse estos dos términos como sinónimos."<sup>96</sup>

Incluso, la misma definición de rescisión confirma su equiparación al incumplimiento, si tomamos en cuenta que la rescisión consiste en "*hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos mediante los cuales se ocasiona un perjuicio económico a alguno de sus contratantes o de sus acreedores*".<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> En este punto conviene aclarar que de ninguna forma se pretende restar autonomía al Derecho Mercantil con respecto al Derecho Civil, sino que toda vez que la teoría de los contratos ha encontrado su mejor campo de estudio en el Derecho Civil es que se tomó éste como base para este apartado.

<sup>96</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: Op. Cit., p. 129.

<sup>97</sup> Q. MUCIUS SCAEVOLA, jurista romano s. I, cit: por VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 369.

Así las cosas, si se ha ocasionado un perjuicio económico, es de acertado derecho proteger a la parte inocente, al respecto se transcribe a continuación el artículo 2107 de nuestra ley sustantiva civil:

*"Art. 2107. La responsabilidad de que se trata en este título (Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones), además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la reparación de los perjuicios."*

De tal forma es de resaltar que el legislador vuelve a proteger a la parte perjudicada, reiterando su derecho a exigir el pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, es en este punto que cabe recordar que, como ya se vió en capítulos precedentes es en el derecho civil donde se ha desarrollado la teoría de las obligaciones y es en gran parte debido a eso, que la legislación mercantil no aborda la teoría de las obligaciones pues sería una simple repetición de lo regulado por la legislación civil y se limita, simplemente a remitir a ésta ante lo no regulado por ella misma.

Por lo anteriormente expuesto y a la luz del contrato de Transferencia Electrónica de Fondos, es necesario así definir que en virtud de ese contrato, debe ser posible para la parte perjudicada reclamar de la parte incumplida la rescisión o el cumplimiento de lo pactado, más el pago de daños y resarcimiento de perjuicios.

Empero, la situación se vuelve un poco más complicada en virtud de que en la Transferencia Electrónica de Fondos siempre intervienen tres sujetos (depositario, banco y beneficiario). A continuación se insertará un simple ejemplo que pretende explicar de una forma más práctica:

Imaginemos que la empresa "Metales" contrata con el "BANCO" para pagar por medio de una transferencia electrónica de fondos cierta suma a su proveedor la empresa "Plásticos" y el "BANCO" por causa imputable a él mismo no efectúa la transferencia. Desde el punto de vista de "Plásticos", su cliente "Metales" incumplió con el pago y rescinde el negocio jurídico que tenían celebrado entrambos.

Ahora bien, "Plásticos" tiene pleno derecho a exigir de "Metales" el cumplimiento de la obligación o la rescisión del contrato. Ahora bien, supongamos que en el contrato, como es común en la práctica comercial, las partes habían convenido una fuerte pena convencional, que a partir de este momento "Plásticos" exigirá a "Metales" y esta empresa deberá pagar.

De tal forma la empresa culpable "Metales" deberá satisfacer las pretensiones de "Plásticos", pues ante ésta empresa es culpable.

Sin embargo, falta analizar una situación contractual subyacente: la existente entre "Metales" y el BANCO, de tal forma, se repite la conducta culpable, que pasa así de "Metales" al BANCO, quien deberá satisfacer a "Metales" los perjuicios que le ha causado su incumplimiento de contrato.

Así debería ser y no lo es debido a que las instituciones bancarias únicamente se limitan a devolver el depósito al depositante, más los intereses que se hayan causado en el lapso intermedio."

#### 4.3.1 Autoridades competentes

En todo caso conviene iniciar delimitando el sentido de este segmento para constreñirlo únicamente a las autoridades competentes en caso de controversia derivada de la Transferencia Electrónica de Fondos.

En primer lugar, se encuentran las autoridades judiciales del fuero común, ante las cuales los individuos pueden acudir en ejercicio de una acción procesal para hacer sus derechos por esa vía.

Al respecto, es menester decir, con profundo respeto hacia nuestros impartidores de justicia, que si la cuantía del negocio no es lo suficientemente grande, es parcialmente inútil acudir a los tribunales correspondientes para hacer valer la justicia por medio del litigio, debido a que los gastos del proceso podrían incluso llegar a ser superiores a la cuantía del pleito."

Ahora bien, por otra parte se encuentra la Comisión Nacional Bancaria, quien se encargará de vigilar que las instituciones de crédito cumplan con las operaciones y servicios a los usuarios del servicio de banca y crédito e imponer las sanciones respectivas, conforme se verá en la sección siguiente.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Desgraciadamente, el abuso del secreto bancario hace de ese medio un ámbito de naturaleza muy cerrada, a grado tal que la recolección de información se vio seriamente limitada, el anterior ejemplo deriva de un caso real narrado al postulante, mismo que fue imposible documentar.

Conviene especificar que tal aseveración es una humilde opinión, completamente personal, del postulante, que sin embargo no por eso deja de ser cierta, ya que incluso desde antes a las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (que subió la cuantía mínima a \$20,000.00 de los litigios que lleven los Juzgados Civiles de Primera Instancia), era ostensible que los litigios inferiores al margen mínimo de \$2,000.00 a \$3,000.00 pesos, eran cuidadosamente evitados por los litigantes, por una lamentable "falta de rentabilidad".

<sup>14</sup> LIC. "(v.ref.bibliográfica) Art. 123. La inspección y vigilancia de las instituciones de crédito en la prestación del servicio de banca y crédito y el cumplimiento de las disposiciones de esta ley, quedan confiadas a la Comisión Nacional Bancaria.

#### 4.3.2 Procedimiento de reclamación

La Ley de Instituciones de Crédito establece un procedimiento al que el cliente bancario afectado puede recurrir en caso de elegir entre éste procedimiento y el relativo ante los tribunales correspondientes, conforme dispone el artículo 119 de la Ley de Instituciones de Crédito.<sup>U</sup>

Tal procedimiento está previsto en el artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito y se denomina de reclamación y se efectuará de la siguiente forma: el perjudicado reclamante presentará su reclamación por escrito ante la CNB, del cual se corre traslado a la institución de crédito reclamada para que presente un informe detallado, y se fijará una fecha para una junta de avenencia entre las partes.

Si en dicha junta las partes no llegan a conciliar se les invita a que de común acuerdo designen en el acta que se levante, a la CNB como árbitro, sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho.

En el primer caso las partes fijarán las cuestiones objeto del arbitraje y a la Comisión queda resolver "...en conciencia y a buena fé guardada..." sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento.

En el juicio arbitral de estricto derecho las partes formulan compromiso en el que se fijan las normas del procedimiento, con aplicación supletoria del Código de Comercio. Como único recurso de las resoluciones dictadas durante el

---

..."  
LIC. "(v.ref.bibliográfica) Art. 125. La Comisión Nacional Bancaria es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tendrá las facultades y deberes siguientes:

I. Realizar la inspección y vigilancia, e imponer las sanciones que conforme a ésta y otras leyes le competen.

...  
IX. Proveer lo necesario para que las instituciones de crédito cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios concertados con los usuarios del servicio de banca y crédito, y las sociedades a que se refiere el artículo 88 de esta ley con los compromisos contraídos."

<sup>U</sup> LIC. "(v.ref.bibliográfica) Art. 119. Los usuarios del servicio de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito estarán obligadas, en su caso a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente.

En el caso en que las reclamaciones de presenten ante la Comisión Nacional Bancaria, ésta conciliará y, en su caso, resolverá las diferencias que se susciten entre las instituciones de crédito y los usuarios del servicio de banca y crédito derivadas de la realización de operaciones y de la prestación de servicios bancarios. ...

La sola presentación de la reclamación que se prevé en este artículo, interrumpe la prescripción."

procedimiento se admite la revocación y al laudo que recae se admite únicamente el amparo.

El laudo que pronuncie la CNB condenando al banco le otorga un término de quince días hábiles, a partir de la notificación, para su cumplimiento. en caso de no hacerlo la CNB impondrá a la institución omisa una multa de hasta tres veces el importe de lo condenado, si era cuantificable o hasta de cinco mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Mas si se faltare al cumplimiento voluntario de lo condenado en el laudo, la parte afectada deberá acudir a los tribunales competentes para promover la ejecución de la resolución.

De tal forma, si bien el procedimiento arbitral ofrece múltiples ventajas ya que elimina etapas procesales que las partes pueden omitir, en un intento de procurar una mas expedita impartición de justicia, es que se debe volver a tener en cuenta —tanto para el procedimiento de reclamación como el procedimiento ante los tribunales correspondientes—, dos elementos subjetivos que ya se mencionaron anteriormente en diversos puntos de este estudio.

En primer lugar, está por una parte la institución bancaria con un vasto equipo de profesionistas —abogados, contadores, etc.— altamente especializados en una rama a la cual únicamente ellos tienen pleno acceso y, por consecuencia, pericia. Por la otra parte está el usuario de los servicios de banca y crédito, simple individuo que: a) no se encuentra en posibilidad de negociar ninguna contratación y, b) aunque le fuera permitido negociar la contratación no puede ser perito en materia bancaria por ser una actividad reservada exclusivamente a los bancos.

En segundo lugar, es necesario partir de la premisa de que la ley debe regular todo tipo de transacciones sin importar el monto de cada una. En vista de eso, y como es lógico suponer conforme a nuestra naturaleza humana, si durante una transacción un usuario (dígase un simple retiro de efectivo de un "cajero automático") ve mermado su patrimonio, únicamente comenzará a considerar la posibilidad de iniciar cualquier procedimiento civil o de reclamación si la cuantía de lo perdido lo amerita.\*

De tal forma, en la ley se crea un margen de inaplicabilidad de ella misma y que en opinión del postulante, es posible reducir por medio de una normatividad más detallada que claramente especifique los derechos y obligaciones de las partes de la relación contractual.

---

\* Si bien, hay que considerar que esa es la costumbre generalizada en la práctica forense, no es menos cierto que con una regulación adecuada se reducen las hipótesis legales en que puede encajar una conducta antijurídica.

### 4.3.3 Responsabilidad del usuario

En la generalidad de los contratos bancarios las obligaciones del usuario del servicio de banca y crédito se ven por lo general reducidas, básicamente, al depósito que permita efectuar la operación a realizar, o en su caso, el pago de adeudos generados a favor del banco acreedor.

Cuando surge el planteamiento de cómo la institución de crédito puede hacer efectivo un saldo a cargo del acreditado, la institución bancaria acreedora deberá iniciar en contra del deudor el juicio correspondiente por la vía correspondiente, en este caso ejecutiva mercantil, a fin de obtener el pago de lo adeudado.

Al efecto se transcribe el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito:

*"Art. 68. Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.*

*El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hara fé, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuuarios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:*

*I. El acreditado o el mutuuario pueda disponer de la suma acreditada o del importe de los préstamos en cantidades parciales o esté autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato, y*

*II. Se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados.*

Efectivamente, el primer párrafo del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que los contratos en que consten créditos otorgados por la institución bancaria, junto con el estado de cuenta certificado por el contador autorizado por la institución, serán títulos ejecutivos.

De tal forma, el banco por medio del estado de cuenta certificado por el contador fija (y hace fé en juicio salvo prueba en contrario) el saldo a cargo de los acreditados, en todos los casos en que *...se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados* (segundo párrafo y fracción segunda).

Bajo la mejor lógica jurídica, y aún suponiendo que el contrato que se celebra entre el usuario y el banco fuese un verdadero contrato dotado de libertad contractual, el contrato firmado por el usuario sí podría estipularse como título ejecutivo.

Sin embargo, el estado de cuenta, aún certificado por el contador facultado para ello, no deja de ser un documento privado que sólomente debe disfrutar de una presunción de autenticidad, siempre que no sea objetado para no reconocer su contenido, autenticidad, fechas o las firmas que consigne.<sup>U</sup>

De tal forma, la ley confiere amplias facultades discrecionales al banco para que por medio de los estados de cuenta fije los saldos a cargo de los acreditados, pues otorga a los documentos expedidos por la institución de crédito una fuerza probatoria que no les corresponde por tratarse de documentos privados factibles de ser objetados y, mucho menos, se les debe dar el carácter de títulos ejecutivos pues el usuario nunca creó el documento y, consecuentemente, nunca se obligó, literalmente, a lo consignado en el mismo pues es un documento unilateralmente elaborado por el banco.

De manera una tanto abrupta, retomaremos el tema de la Transferencia Electrónica de Fondos, pues a pesar de que la ejecutividad y fuerza probatoria de los estados de cuenta bancarios son un tema del cual es tentador elaborar un análisis jurídico, irremediabilmente desviaría al principal análisis que efectúa el postulante.

De tal forma, si la fracción segunda del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que los estados de cuenta bancarios fijarán el saldo a cargo del cliente bancario, bien se puede decir que dicho artículo convertiría, de forma misteriosa, lo ilícito en lícito; con simplemente elaborar un estado de cuenta a cargo de algún cliente y ordenar al contador facultado para ello, que lo certifique.

---

<sup>U</sup> *"Documentos privados, objeciones que impiden su perfeccionamiento en el juicio. La correcta interpretación de las normas jurídicas que se refieren al medio de prueba consistente en los documentos privados, conduce al conocimiento de que las únicas objeciones que pueden impedir su perfeccionamiento mediante la formación de la presunción de su reconocimiento tácito, y así que surta los efectos a que alude el artículo 335 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, son precisamente las que denotan la voluntad del objetante para no reconocer el contenido, la autenticidad, las firmas o las fechas que se consignan en tales instrumentos, y por tanto, que la persona contra quien se presentan o producen no está dispuesta a someterse a pasar por ellos; mas no las que, a pesar de admitir contenido, autenticidad, firmas y fechas, se encaminan a demostrar circunstancias diferentes, tales como, por ejemplo, que las obligaciones o los derechos que allí constan han sido modificados o se han extinguido por virtud de algún otro acto o hecho jurídico, o que los documentos carecen del alcance probatorio que les pretende dar quien se quiere beneficiar con ellos, pues en estos últimos casos en realidad existe el tácito reconocimiento de los actos consignados en los instrumentos, en cuanto a su contenido, suscripción y circunstancias de tiempo y forma, que es el elemento con el que la ley permite el perfeccionamiento de la prueba y sólo se niega que tengan los efectos o consecuencias que les atribuyen los que quieren aprovecharlos, sin que tal negativa prive de efectos al susodicho reconocimiento."* CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DE PRIMER CIRCUITO. 8ª Epoca. Tesis I.4o.C.J/24, Gaceta número 31, pág. 47; Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, Segunda Parte-1, pág. 347.

Una aseveración como la recién expuesta puede parecer temeraria, y sin embargo, es muy factible, en virtud de la falibilidad de las computadoras, pero, en caso que alguna persona asevere que una computadora no falla, ¿acaso se puede considerar casual la presencia de un teléfono en los cajeros automáticos para "dificultades con el servicio"?

De lo anteriormente expuesto, es posible observar que, en realidad, la única obligación —y derecho al parecer— del usuario es la de pagar (o depositar), proveyendo los fondos suficientes que hagan posible la operación.

Por lo expuesto, es fácil colegir que las instituciones de crédito en la búsqueda de la forma de minimizar la responsabilidad del banco, encontraron que la solución es incrementar la del usuario. Es así que el banco proporciona terminales de computadora a los clientes personas morales a los que por sus características resulta más rentable el servicio, de forma que a través de dichas terminales el usuario transfiere dinero de su cuenta a la de los beneficiarios, sin que "medie" la participación del banco, ya que el usuario efectúa la operación accedando al programa de computación mediante claves predeterminadas que sólo conocen las personas autorizadas.

Ahora bien, dicho sistema permite evitar la falsificación de cheques, incrementa la seguridad al minimizar el manejo de efectivo, entre otras. Por otra parte, tiene las desventajas de que los códigos de acceso pueden ser conocidos por personas no autorizadas y de que, "aparentemente", el banco queda sin responsabilidad alguna cuando en realidad no es así.

Efectivamente, resulta demasiado fácil aducir que las transferencias efectuadas por el usuario por medio de su computadora, se consideran como un simple depósito desde la cuenta del usuario depositante a la del beneficiario; empero, si bien la operación posee en principio la misma mecánica que un simple depósito de dinero, difiere en un elemento esencial, el medio físico en el que se plasma la voluntad de las partes: el cheque.

Mediante dicho simple documento —título ejecutivo mercantil—, una de las partes hace saber a la otra que a su orden la institución de crédito pagará determinada suma de dinero, mas dicho documento se encuentra sujeto a la posibilidad de un robo o extravío. De igual forma, en el depósito por transferencia electrónica de fondos, debería existir también algún medio, dígame público, para hacer del conocimiento de terceros la voluntad de una persona de obligarse para con otra, medio del que ciertamente, no se puede aducir como idóneo a los estados de cuenta bancarios.

#### 4.3.4 Responsabilidad del banco

Ahora bien, como se expuso en párrafos anteriores, toda vez que por regla general los bancos buscan minimizar las obligaciones a su cargo, las instituciones de crédito optan por elaborar complejos contratos bancarios cuya plena comprensión y correcta interpretación sólo puede estar a cargo de expertos en materia legal bancaria, siendo que, sin afán de demeritar la capacidad de nuestros juzgadores, éstos por lo común no poseen tal pericia, sea por el cúmulo y diversidad de asuntos que se ventilan ante ellos o por simple falta de estudio profundo a consecuencia de lo anterior.

De tal forma, deberá quedar a cargo del legislador —o al menos de la Comisión Nacional Bancaria—, establecer parámetros normativos más precisos que delimiten los puntos que pudieran ser objeto de debate y faciliten el trabajo a nuestros tribunales, en búsqueda de una equitativa procuración de justicia para todos los involucrados.

Tal falta de cuidado resultante en el exceso en las atribuciones tácita e implícitamente conferidas a los bancos, deriva en contratos que pueden ser lesivos de intereses de ambas partes, por ejemplo, se deben citar las sentencias que a últimas fechas han emitido los Juzgados de Primera Instancia Civil en el Distrito Federal, que han declarado la nulidad de contratos hipotecarios por considerarlos viciados de dolo y mala fe. Lo cual nunca habría ocurrido de existir parámetros definidos para la contratación, criterio que también se puede hacer valer en lo que respecta a contratos de crédito u operaciones bancarias que contengan Transferencias Electrónicas de Fondos, que es de fácil prevención por medio de una legislación apropiada o en todo caso, considerándolos como contratos de adhesión.

Por su parte, en lo relativo a la responsabilidad del banco, respecto al uso de equipo de computación que, huelga decir, por constante será falible (aunque es predecible la progresiva disminución en su falibilidad por los continuos adelantos tecnológicos), es una falibilidad derivada no sólo de su programación y equipo técnico, sino por errores humanos, en el suministro de energía eléctrica, aparición de nuevos "virus" de computadoras, entre tantos otros.

Si ya se parte de la constante que en mayor o menor medida dicho equipo será falible, es entonces conducente preguntarse: ¿qué pasará si durante una Transferencia Electrónica de Fondos ocurre una de esas fallas y la transferencia es defectuosa, incompleta o tardía, ya sea en su transmisión o en su recepción?

Si la transferencia se efectúa por medio del equipo del banco, ¿éste deberá responder por la segura operabilidad de sus equipos de cómputo y comunicación?, ¿qué pasará con el dinero que no quede íntegramente transferido

electrónicamente entre dos cuentas?, ¿que pasa si ese dinero es desviado a la cuenta de un tercero?, ¿que pasa si para el transmisor o emisor la transferencia es válida, pero nunca la recibió el receptor?.

Pero éstas no son las únicas preguntas, ¿que pasa si derivado de esa recepción o "depósito electrónico" nunca efectuado se incumple alguna obligación entre el depositante y el beneficiario? ¿que pasa si como consecuencia de ese incumplimiento una parte queda obligada hacia la otra? ¿quien pagará los daños y perjuicios o penas convencionales que hayan pactado depositante y beneficiario? y en el caso que el dinero se desvíe a un tercero ¿qué pasa si éste lo retira, ya que si por un error se le depósito, como se puede probar fehacientemente que otro error no lo tiene por retirado?

Las preguntas anteriormente formuladas, entre otras, son consecuencia inmediata y directa de la falta de regulación apropiada de la Transferencia Electrónica de Fondos, falla a la que este estudio propone una solución que bien puede constituir un primer paso hacia ese objetivo, empero, el camino aún es largo y estará plagado de errores que únicamente la práctica irá evidenciando y el legislador deberá subsanar.

En principio, se puede afirmar que los sistemas de cómputo, comunicación y enlace utilizados por el banco deberán quedar a cargo de éste. ¿Por qué?. La respuesta es sencilla: aquel quien ofrezca un servicio debe garantizar en la medida de su alcance la fiabilidad de su servicio y si dentro de ese servicio, en este caso bancario, está implícito el uso de equipo técnico-electrónico, entonces el banco deberá responder de su uso correcto y segura operatibilidad, de tal forma, entonces quedará bajo la responsabilidad del banco que los usuarios del servicio de banca y crédito confíen su dinero a quien efectivamente responda de su seguridad.

Esto, por otra parte, conduce a equiparar a los usuarios de los servicios de banca y crédito con consumidores, pues efectivamente, en cierta forma lo son y la confianza que ellos depositan en una institución bancaria debe ser avalada por un tercero distinto, que en todo caso deberá ser la Comisión Nacional Bancaria.

Indudablemente, se deberán fijar reglas precisas que establezcan el alcance de la responsabilidad del banco, pues si bien en esta investigación se aduce que el cliente bancario se encuentra en una situación inequitativa con respecto al banco, es también de toda justicia eximir al banco de errores derivadas de la fuerza mayor y el caso fortuito.

La fuerza mayor y el caso fortuito son hechos naturales originados por factores más allá del control humano, la primera se define como "*todas aquellas fuerzas ante las cuales el hombre se halla totalmente impotente tanto para repelerlas como para predecirlas y evitarlas*"; mientras que el caso fortuito es

*"aquel suceso inesperado e involuntario que no puede ser previsto y que, teniendo su origen en motivos independientes de la voluntad del obligado, exime a éste de la responsabilidad que le correspondería de no haber medado el tal accidente".<sup>98</sup>*

Ante la presencia de cualquiera de estos dos hechos es imposible para el Derecho atribuir la responsabilidad de éstos a ninguno de los obligados. La diferencia entre ambos hechos radica en que la fuerza mayor es inimputable a alguien en cuanto no es producto de una persona determinada, mientras que el caso fortuito podría ser imputable a aquel que intervino en el accidente si éste se hubiera podido prevenir, de tal forma que la previsión se realiza entonces ante la presencia del caso fortuito para evitar que vuelva a ocurrir.

Abundando, es precisamente ante el caso fortuito que se deben fijar límites más precisos para los parámetros de prevención de errores de las instituciones de crédito, pues si dichos errores eran previsibles con base a la experiencia y factibles de prevenirse, luego entonces el banco actuó negligentemente al no prevenir y dolosamente al no contemplar tales supuestos dentro de sus contratos.

---

<sup>98</sup> VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996, p. 338-339.

# **CAPITULO V**

## **PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN PARA LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS**

## 5.1 DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO BANCARIO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS

Tras haber abordado a lo largo de este estudio diversos aspectos de la Transferencia Electrónica de Fondos, es entonces conducente proponer una definición jurídica de la figura en estudio, que en opinión del postulante es la que más se apegaría a la figura.

Ahora bien, cabe hacer notar la inexistencia de una definición legal de la Transferencia Electrónica de Fondos, pues si bien ha sido abordada desde puntos de vista generales, internacionalistas y como operación bancaria, por tanto, si como estipula el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, la Transferencia Electrónica es un contrato, a las definiciones anteriormente expuestas cabe agregar una definición del contrato bancario relativo a dicha operación.

A fin de dar una adecuada definición de este contrato será necesario tomar en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente (ver 4.1.3), en breve se expondrán los elementos del contrato:

- Depositante.- Persona que efectúa la provisión de fondos al banco, junto con la instrucción de su entrega al beneficiario, quien puede ser un tercero o él mismo.
- Beneficiario.- Persona quien recibe los fondos por parte del banco.
- Banco depositario.- Institución que tiene encomendada la función de recibir fondos del depositante para entregárselos al beneficiario en fecha determinada. Al respecto pueden intervenir en dicha orden de pago más de un banco, entendiéndose como tal a instituciones distintas o sucursales de la misma institución, en el que el banco que envía los fondos se denominará emisor o transmisor y el segundo banco, quien recibe los fondos para su entrega al beneficiario se denominará receptor.\*
- Fondos.- Suma de dinero o valores (entendiéndose en su sentido más lato, toda vez que es factible la transferencia de crédito o de

---

\* Cabría hacer la aclaración que si, por ejemplo, el depositante contrata la TEF con la institución Bancomer, S.A. de la ciudad de México, para que se transfiera a la sucursal Bancomer, S.A. en Monterrey, estamos ante presencia de una TEF; igual sucede en TEF's entre distintas sucursales dentro de la misma plaza o entre distintas cuentas de una misma sucursal. Asimismo, lo mismo sucederá si el depositante contrata con Bancomer, S.A. para transferir dinero al beneficiario en su cuenta de Banamex, S.A..

La situación se vuelve aún más compleja si por ejemplo, el depositante contrata con Bancomer, S.A. para transferir fondos al beneficiario en un Banco extranjero, dígase un Banco francés, pues Bancomer, S.A., transmitirá los fondos a otro Banco corresponsal en el extranjero, en este caso en los Estados Unidos, quien funcionará doblemente como receptor y transmisor para remitir a su vez, los fondos al Banco del beneficiario en Francia.

débito), con que el depositante provee al banco y éste entrega al beneficiario.

- Orden de pago.- Instrucción del depositante al banco para hacer entrega en fecha determinada, de los fondos al beneficiario designado en la orden.

Una vez expuesto lo anterior, se propone la siguiente definición:

***Contrato bancario en virtud del cual una parte, denominada depositante, instruye a la otra parte, banco, para que la suma de dinero que al efecto le entregue, le sea transferida por medios electrónicos a una tercera persona, denominada beneficiario, dentro del término y condiciones fijadas para tal efecto, entre el depositante y el banco.***

Es pertinente efectuar diversas consideraciones, entre las que cabe incluir aquella en que el banco puede ser en realidad una persona compuesta por una o varias instituciones de crédito, toda vez que si la transferencia se efectúa entre distintas sucursales de un mismo banco o entre distintas cuentas de una misma sucursal, será realmente una persona, mas si la transferencia se debe efectuar entre dos o más instituciones de crédito, también deberán considerarse como una sola persona ante el depositante, y todos son obligados solidarios ante él, quedando a salvo el derecho de la institución inocente de exigir la responsabilidad de la institución culpable del incumplimiento.

Ahora bien, dentro de la acepción de término y condiciones fijadas en el contrato, se debe hacer hincapié en que las mismas deberán seguir los límites fijados por la ley, que deberán ser, efectivamente, en términos amplios para así salvaguardar la libertad contractual de los interesados.

Por tanto y una vez que, por una parte, se ha propuesto una definición legal del Contrato de Transferencia Electrónica de Fondos y, por otra, se ha remarcado insistentemente y es el objeto de esta investigación poner de relieve la inadecuada regulación de la figura en estudio, es entonces necesario analizar, en el siguiente apartado, la conveniencia en subsanar los errores de nuestra legislación de una forma factible de llevarse a cabo, aplicando las reglas que rigen a las figuras jurídicas en las que tiene uso la Transferencia Electrónica de Fondos.

## **5.2 CONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE OTRAS FIGURAS A LA TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS**

Sin temor a equivocaciones se ha aseverado a lo largo de este estudio que el legislador ha incurrido en una deliberada y cuidadosa omisión de una mayor

reglamentación de la Transferencia Electrónica de Fondos, quizá por un muy comprensible deseo de evitar caer en mayores errores.

Paradójicamente, dicho temor es sumamente comprensible ya que nuestros representantes ante la Federación no son necesariamente —ni desgraciadamente la ley se los exige—, peritos en ningún área, y por tanto, la mayor aportación que puedan hacer será la de su propio sentido común y su muy individual conceptualización de la problemática social, que sin embargo, dicho de una forma por demás informal, no hace más que reafirmar el viejo refrán *“el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones”*.

De tal forma, al dejar el Derecho en manos de la costumbre y a merced de un sistema obsoleto lleno de múltiples deficiencias que bien pueden ser vistas como un espíritu parcial durante el proceso de creación de la ley o bien, en el mejor de los casos el problema se deja en manos del buen arbitrio del Juzgador, persona física y real que aplicará conforme a su mejor criterio la ley, pero es incapaz de modificarla.

Se puede aseverar que en realidad nuestro Derecho no regula el hecho social denominado Transferencia Electrónica de Fondos, sino que sóloamente lo roza superficialmente para dar una apariencia de regulación dejando que la costumbre tome un lugar que no le debería corresponder, de tal forma, *“... es preciso señalar que la proposición normativa, desempeña la función de predecir uniforme y certeramente la normatividad a que deberá sujetarse el acontecer social. Esta modalidad de la normatividad se diferencia de aquella que aunque se estructura sobre la costumbre relativamente uniforme, no se formula racional y simbólicamente hasta en tanto no existe una situación de hecho que así lo exige...”*<sup>99</sup>. A partir de este anterior aserto, es posible inferir que, efectivamente, la norma-costumbre que regula a la Transferencia Electrónica de Fondos no es el resultado de la actividad reguladora conciente de un sistema legal, sino un cúmulo de experiencias diversas que ni siquiera están sujetas a una compilación de las mismas que uniforme la práctica bancaria.

Al respecto de nuestro sistema legal, adicionalmente tampoco hay que dejar de tomar en cuenta que *“...el nivel de desarrollo de la normatividad jurídica que se requiere para alcanzar el funcionamiento del derecho... precisa la existencia de un conjunto de proposiciones normativas, perfectamente definidas e interrelacionadas entre sí, que conformen un sólido bloque lógico, con pretensión de comprender y regular de manera plena, todo un aspecto del acontecer social. Dentro de este conjunto de proposiciones normativas, que se suelen reunir en una ley o código, las lagunas, deben ser vistas como excepcionales y no deseables y en última instancia se debe establecer la forma de llenarlas, con los mismos elementos y principios sobre los que se organiza el sistema lógico...”*.

---

<sup>99</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: Op. Cit., p. 95.

Por tanto, ni siquiera la compilación de experiencias (usos y prácticas) bancarias sería aplicable, pues conformaría un apartado aislado del resto de nuestro sistema de leyes.

Lo anterior es de tomar muy en consideración, toda vez que como ya se expuso en el capítulo anterior (ver 4.1.2) no es de ninguna forma conveniente que nuestra misma legislación mercantil otorgue un lugar tan preponderante a la costumbre. Esto, sin que se desee desprestigiar la vital importancia de la costumbre como fuente del Derecho, pero es opinión del postulante que la costumbre deberá pasar por un proceso previo ante los correspondientes órganos legislativos o judiciales, antes de constituirse en obligatoria y general (sin olvidar que ella misma implica una cierta especialización).

Al respecto, es triste ver la desmedida admiración de nuestro legislador por los sistemas legales usados en países no romanistas, porque sin atreverse a legislar y modificar radicalmente nuestro sistema legal, hace tímidos intentos de utilizar el *common law* en campos aislados e incluso, eso lo hace mal. Lo anterior a primera vista parece una afirmación cruel, mas incluso en los países regidos por el *common law*, en los que la costumbre tiene, definitivamente, un papel preponderante, la costumbre que se aplica es la que ya ha sido sancionada y reconocida por autoridad competente, es decir, ya ha cumplido ciertos requisitos formales que le confieren obligatoriedad.

De tal forma, mientras que en el *common law* la costumbre efectivamente crea ley, nuestra legislación simplemente omite el proceso previsto en el *common law* para la obligatoriedad de la costumbre, otorgándole dicha obligatoriedad antes de ser sancionada y reconocida por autoridad competente.

Adicionalmente, es propósito de este estudio no sólo resaltar la deficiente e inadecuada regulación de que es objeto la Transferencia Electrónica de Fondos, sino que pretende ir un poco más allá, proponiendo que dicha figura sea reglamentada, detallándose en lo necesario para proteger eficientemente a las partes contratantes de la misma.

Por otra parte, es de opinión del postulante que una tesis de Licenciatura no debe limitarse exclusivamente a exponer un problema, sino que debe tener un contenido verdaderamente propositivo que procure solucionar los problemas que aborde dicho estudio. Lo anterior, procurando que sea siempre dentro de un contexto de realidad, es decir, que constriña el análisis a un problema real y a la proposición de una solución real al mismo problema analizado.

Por lo tanto y toda vez que es por demás resaltar las deficiencias de nuestros órganos legislativos, este estudio entiende la necesidad de que la solución que proponga debe ser factible de llevarse a cabo en la realidad, por lo

tanto se considera que si bien la mejor técnica legislativa acaso propondría reformar sustancialmente la ley hasta el grado de no sólo modificarla, sino rehacerla nuevamente, es, sin duda, mucho más sensato maximizar la legislación actualmente vigente utilizando las figuras que ya reglamenta.

En este entender, debemos apreciar que *"El método de la construcción jurídica presupone tanto el conocimiento de los datos jurídicos como el haber aceptado una valoración sobre los mismos.... En la construcción jurídica, las verdades y valores ya no son los objetos de una actitud contemplativa sino que constituyen los materiales que hay que manejar en función de su utilidad para forjar un instrumento de regulación social. Porque la función del Derecho es realizarse, es ser un instrumento apto para regular conforme a Justicia las relaciones sociales de los hombres."*<sup>100</sup>

Así pues, dentro del marco de Justicia y Legalidad —siempre dentro de la realidad—, una vez que a lo largo de esta investigación se han compilado y valorado los datos jurídicos al respecto de la Transferencia Electrónica de Fondos, es en este último segmento que se propone un verdadero instrumento de regulación que minimice las deficiencias pre-existentes en la legislación aplicable.

Tal y como se ha aseverado, es injusto que la regulación específica se deje en manos de contratantes tan desiguales entre sí —banco y usuario— sin límites precisos a la libertad contractual, ya que *"Entre el fuerte y el débil, la libertad es lo que mata"*.<sup>101</sup>

### **5.2.1 PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN PARA EL CONTRATO DE TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS.**

Como se ha demostrado, la Transferencia Electrónica de Fondos es una figura carente de una regulación que limite la problemática derivada de su novedad y su dinamismo y que, sin embargo, dicha regulación sea también flexible.

Ahora bien, resulta incuestionable que la transferencia electrónica de fondos debe ser regulada desde el punto de vista contractual y, en específico, como un contrato innominado pues si se toma en cuenta que *"...en estos contratos se plantea el problema de cómo llenar las lagunas dejadas por las estipulaciones omisas de las partes, por no existir en el caso normas supletorias o dispositivas a propósito de esos contratos, así como el problema de cómo interpretar estos*

---

<sup>100</sup> VILLORO TORANZO, Miguel: Op. Cit., p. 233.

<sup>101</sup> DE LA CUEVA, Mario: "Derecho Mexicano del Trabajo", Ed. Porrúa, México, 1938 3ª ed., p. 87.

*contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten e integren.*"<sup>102</sup>, es entonces en este supuesto que el presente estudio ofrece una alternativa para interpretar el contrato de transferencia electrónica de fondos, proponiendo un método para el uso de disposiciones supletorias remitiendo expresamente a normas específicas que regulen cada caso concreto.

De tal forma, como parte del contenido propositivo de esta investigación se incluye los siguientes artículos, que a juicio del postulante, podrán paliar los defectos de la legislación existente, sin modificarla substancialmente, pero sin dejar de tomar en consideración que la solución óptima es regular en lo específico el contrato de transferencia electrónica de fondos, recurriendo a la re-expedición de leyes concretas y abrogación de las pre-existentes.

Concretamente, se propone el siguiente texto para ser incluido como parte de la Ley de Instituciones de Crédito, como artículos numerados del 52 A al 52 C, a fin de alterar en lo menos posible la estructura actual de la legislación aplicable al caso que nos ocupa:

**Art. 52 A. Los derechos y obligaciones a cargo de las partes del contrato previsto en el artículo anterior, se determinarán mediante la aplicación de las normas que regulen el contrato con el que, en cada caso, guarde mayor semejanza en virtud del uso efectivo que se le dé al mismo.**

**En virtud de dicha aplicación de normas, las partes quedarán sujetas al cumplimiento de sus deberes contractuales en la forma y términos establecidos en las reglas especiales de cada contrato.**

**Art. 52 B. Periódicamente, el Banco de México, en forma conjunta con la Comisión Nacional Bancaria, sin sujeción estricta a la prelación prevista en el artículo 6° de esta ley, determinarán las reglas que establezcan las hipótesis bajo las cuales se apliquen las normas de determinado contrato a los contratos que comprendan el uso de transferencia electrónica de fondos, atendiendo a la naturaleza de cada uno de dichos contratos.**

**Art. 52 C. En cualquier caso de controversia derivada de los contratos a que se refiere el artículo anterior, y en caso de no existir avenimiento o conciliación inicial entre las partes, la autoridad judicial o arbitral que conozca del asunto, antes de entrar al fondo deberá efectuar la declaración expresa de las reglas contractuales que se aplicarán al contrato controvertido,**

<sup>102</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, 9ª ed, México, Ed. Porrúa, 1989, p.522.

**sobre las cuales se delimitarán los límites de las obligaciones contractuales asumidas.**

**Dicha declaración se efectuará con base a las reglas a que hace mención el artículo 52 B, vigentes a la fecha de celebración del contrato.**

**La declaración a que se refiere este artículo se hará en la vía incidental, siendo apelable en ambos efectos la resolución correspondiente.**

Abundando sobre la conveniencia de las disposiciones propuestas, el artículo 52 A permitirá definir de la forma más acertada posible las obligaciones y derechos de las partes contratantes dentro de la mayor libertad contractual, salvaguardando el interés del legislador de no considerar a los contratos bancarios como contratos de adhesión, pero paralelamente, protegiendo al usuario de los servicios de banca y crédito de la unilateralidad que hasta la fecha ha caracterizado a los contratos bancarios y a la institución de crédito de la anulación de los contratos que celebre por razón de encontrarse en una posición favorecida con respecto a los usuarios.

Por su parte el artículo 52 B faculta al Banco de México en su carácter de máxima autoridad operativa del Sistema Bancario Mexicano y a la Comisión Nacional Bancaria, en su carácter de institución con funciones de inspección y vigilancia bancarias, para que conjuntamente determinen cuales reglas serán aplicables a los contratos de transferencia electrónica de fondos, dependiendo de la naturaleza de cada contrato.

Esto es, a un contrato de transferencia electrónica de fondos por su naturaleza se le podrán aplicar las disposiciones que regulan la comisión mercantil, cuando su objeto sea efectuar pagos periódicos entre comerciantes, dígame por ejemplo, una empresa que instruye al banco a efectuar pagos periódicos a sus proveedores en realidad está actuando como comitente al ordenar que a su cuenta y nombre se efectúe determinado acto jurídico, consistente en el pago, y el banco deberá en este caso tener los derechos y obligaciones de un comisionista.

Por otro lado, el artículo 52 C contiene normas necesarias que harán plausible la aplicación real de las disposiciones que se proponen, preservando el avenimiento o conciliación que puedan alcanzar las partes para solucionar el conflicto y una vez que la autoridad a la que se sometan las partes constate la imposibilidad de llegar a dicho avenimiento o conciliación, es entonces que la autoridad continuará a la siguiente fase, ante la actitud de las partes de proseguir el contradictorio.

Esto es, antes de entrar al fondo del asunto, la autoridad deberá declarar las reglas de cual contrato se aplicarán, toda vez que es necesario, en primer lugar,

delimitar las obligaciones y derechos de las partes contratantes, para así estar en aptitud de analizar detalladamente el acto jurídico celebrado.

Dicha declaración pudiera parecer superficial, pero ante la posibilidad de que las partes confundan la verdadera naturaleza de un contrato, es necesario que el Juzgador delimite las disposiciones a cuya luz se dilucidará la conducta de las partes ante sus obligaciones contractuales.<sup>1/</sup>

Por otro lado, el postulante opina que en virtud de que dicha declaración se hace en beneficio de ambas partes, éstas deben tener la oportunidad de manifestar lo que a su interés convenga por la vía incidental y, consecuentemente, en caso de considerar que la Sentencia Interlocutoria que recaiga a tal procedimiento sea adversa a sus intereses podrán tener la oportunidad de ocurrir al Tribunal de Alzada para continuar el recurso correspondiente.

En todo caso, dicha apelación deberá ser con efectos suspensivos, ya que el Juez estará imposibilitado de entrar al fondo del asunto sin antes definir claramente que los derechos y obligaciones a que se sujetaron las partes contratantes sean acordes a la verdadera naturaleza jurídica del acto celebrado, sin importar la denominación o apariencia que posea el contrato.

---

<sup>1/</sup> El mismo criterio es el observado por nuestros máximos tribunales, tal como se aprecia en la siguiente jurisprudencia: **"CONTRATOS. INTERPRETACION DE LOS.** La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables; atenta la regla de Interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarías a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas". *Sexta Epoca: Tercera Sala, tesis 517, Apéndice 1888, Segunda Parte, pág. 891, visible a fojas 125 del Apéndice al Semanario de la Federación 1917-1995, bajo el número 182.*

# BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALLEN, R.E. (editor): *The Oxford Dictionary of Current English*, 7ª ed 3ª re Yugoslavia, Oxford University Press, 1987.
- ARELLANO GARCIA, Carlos: *Práctica Forense Mercantil*, 8ª ed., México, Ed Porrúa, 1994, 1001 pp.
- AUSTIN, Douglas V. et all: *Modern banking "Practical guide to managing deregulated financial institutions*, E.U.A., Bank Administration Institute, 1988.
- AYER, Kenneth R. & SCHULER, Joseph F.: *The Advanced Card Report "Smart Card Promer"*, 2ª ed., E.U.A., Schuler Consultancy, 1993.
- BASCUÑAN VALDES, Anibal: *Manual de Técnica de la Investigación Jurídica*, 3ª ed., Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1961.
- BECKHART, Benjamin Haggott: *Sistemas bancarios*, trad. por Ernesto Schop Santos, España, Ed. Aguilar, 1958.
- BROTHERS, Dwight S. y SOLIS, Leopoldo: *Evolución financiera de México*, 1ª ed., México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1967.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Derecho Mercantil: Primer Curso*, 4ª ed. 2ª re., México, Ed. Herrero, 1990, 703 pp.
- *Títulos y Operaciones de Crédito*, 14ª ed., México, Ed. Herrero, 1988, 485 pp.
- COLTON, Kent W. and KRAEMER, Kenneth L., ed.: *Computers and Banking "Electronic Funds Transfer Systems and Public Policy"*, en la Serie Application of modern technology in bussiness, E.U.A., Plenum Press, 1980. 309 pp.
- CORRIPIO, Fernando: *Gran Diccionario de Sinónimos, Voces Afines e Incorrecciones*, 1ª ed. 2ª reimp., México, Ediciones B, 1993.
- DAVALOS MEJIA, Felipe: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª ed., México, Ed. Harla, 1992.
- DI GIOVAN, Ileana: *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*, Argentina, Abeledo-Perrot, s/a.

- ECO, Umberto: *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, trad. por Lucía Baranda y Alberto Clavería. España, Ed. Gedisa, 1993.
- FULLER Lon L. y PERDUE William R.: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y comentarios de Derecho español de José Puig Brutau, España, Ed. Bosch, 1957.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio: *Derecho Civil*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1990. 758 pp.
- GOMEZ GRANILLO, Moisés: *Teoría Económica*, 4ª ed., México, Ed. Esfinge. 1987, 287 pp.
- GRECO, Paolo: *Curso de Derecho Bancario*, trad. por Raúl Cervantes Ahumada México, Ed. Jus, 1945.
- LEES, Francis A.: *International banking and finance*, E.U.A., Macmillan, 1974.
- LUSK, HEWITT, DONNELL and BARNES: *Business Law: Principles and Cases*. 4ª ed., E.U.A., Richard D Irwin Inc., 1978.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil*, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981.
- MUÑOZ SABATE, Luis: *La prueba de la prestación mercantil "Semiótica del débito y del pago"*, en la Colección "De iure et Vita", España, Ed. Hispano Europea. 1974, 176 pp.
- NEUFELDT, Victoria, ed.: *Webster's New World Dictionary of american english*, 4ª ed., E.U.A., Prentice Hall, 1989.
- NEWMAN, Peter, MILGATE, Murray and EATWELL, John, ed: *The new Palgrave dictionary of money and finance*, E.U.A., Stockton Press, 1992.
- OLIVECRONA, Karl: *El derecho como hecho*, Argentina, Ed. Roque Depalma 1959, 107 pp.
- PALLARES, Eduardo: *Formulario y Jurisprudencia de Juicios Mercantiles*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1988.
- PENNEY, Norman: *The law of electronic fund transfer systems*, Boston, E.U.A. Warren, Gorham & Lamont, 1980.

----- 1982 Supplement, IV, Boston, E.U.A., Warren, Gorham & Lamont, 1980.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: *Derecho Bancario*, 6ª ed., México, Ed Porrúa, 1980, 541 pp.

----- *Curso de Derecho Mercantil*, 14ª ed Tomo II, México, Ed. Porrúa, 1979, 468 pp.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *Filosofía del Derecho*, 10ª ed., México, ed. Harla 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael: *Compendio de Derecho Civil, "Teoría General de las Obligaciones"*, t. III, 14ª ed., México, Ed. Porrúa, 1986.

----- *Compendio de Derecho Civil, "Contratos"*, t. IV, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1988.

ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, en la Colección "Temas de EUDEBA", 2ª ed., Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, 375 pp.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D.: *Economía*, 14ª ed., España, McGraw-Hill, 1992.

SMITH, H. Jeff: *Managing privacy, "Information, technology and corporate America"*, E.U.A., The University of North Carolina Press, 297 pp, 1994.

STERN, Nancy and STERN, Robert A.: *Computers in society*, E.U.A., Prentice Hall, 1983.

SUMMERS, Bruce J., ed.: *The payment system "Design, management and supervision"*, Washington, E.U.A., Fondo Monetario Internacional, 1994.

TABORGA, Huáscar: *Cómo hacer una tesis*, 15ª ed., México, Ed. Grijalbo, 1993.

TENA, Felipe de Jesús: *Derecho Mercantil Mexicano*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa 1964, 606 pp.

UNIFORM COMMERCIAL CODE OF THE UNITED STATES OF AMERICA

VELAZQUEZ, Carlos A. et all: *El reconocimiento óptico de caracteres y sus aplicaciones a los sistemas bancarios*, México, Asociación de Banqueros de México, s/a.

VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, 506 pp.

## HEMEROGRAFIA CONSULTADA

ABASCAL ZAMORA, Jose María: *La relación cambiaria y la relación fundamental*, en: Jurídica, "Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana", México, D.F., No. 11, Julio de 1977, pp 39-78.

----- *El pago por Transferencia Internacional de Fondos*, en: El Financiero, México, D.F., 1º de junio de 1994, p. 6-A

ACOSTA ROMERO, Miguel: *El desuso y la decadencia de los títulos de crédito y su sustitución por otros instrumentos tecnológicos de transferencia de dinero y de crédito*, en: Derecho Económico, "Revista del Colegio de Profesores de las materias económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM", México, D.F., Segunda etapa, Núm 3, Enero de 1991, pp 1-16.

ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO. *Reforma al sistema de pagos: Documento de Trabajo*, México, D.F., Reunión de Seguimiento 3, Diciembre 13 de 1994, 17 pp.

AT&T. Folletos diversos: *The advantages of contactless cards*. S.L.N.A.

----- *The AT&T contactless smart card*. S.L. 1994.

----- *Electronic benefits transfer solution*. S.L. 1993.

----- *Electronic toll collection*. S.L. 1993.

----- *Transit solution*. S.L. 1993.

----- *Campus solution*. S.L. 1993.

----- *Financial solution*. S.L. 1993.

BANAMEX. *Comentarios y comparaciones del paquete legislativo, "Reformas al sistema bancario"*, en: Derecho Económico, "Revista del Colegio de Profesores de las materias económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM", México, D.F., Segunda etapa, Núm 3, Enero de 1991, pp 84-91.

BRYANT, Adam: *Making the cash machine a safer place for banking*, en: The New York Times, New York, E.U.A., Vol. CXXI, No. 49,040, Late Edition, Julio 27 de 1992, pp D-1, D-2.

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias Internacionales de Crédito*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1994.

COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE  
*Transformación productiva con equidad*, Chile, Organización de las Naciones Unidas, 1990.

CONTACTO, Organo informativo de la Industria Electrónica y de Comunicaciones Eléctricas

-----Mayo de 1985, México, CANIECE, Vol. 1, No. 9, Año 28-2ª época.

-----BOURGEOIS, Marc: *El pago electrónico en Francia*, pp 38-39

-----Abril-Mayo de 1987, México, CANIECE, Vol. 2, No. 24, Año 30-2ª época.

-----MAGAÑA BARAJAS, Susana: *Banca Electrónica BANAMEX*, pp 23-26

-----Octubre-Noviembre de 1989, México, CANIECE, Vol. 3, No 34, Año 32-2ª época.

-----SIA: *La Tecnología, Factor de Progreso y Crecimiento Económico. Rumbo a la Tercera Revolución Industrial (3)*, pp.38-41

-----Febrero-Marzo de 1990, México, CANIECE, Vol. 3, No. 36. Año 32-2ª época.

-----SIA: *El Dinero Electrónico, una Realidad (1ª parte)*, pp 9-11

-----PALACIOS NERI, Javier: *La Transferencia Electrónica de Fondos(1ª parte)*, pp 12-18

-----AGUILERA, Margarita de: *Experiencias de la Banca Electrónica en México*, pp 19-24

-----Abril-Mayo de 1990, México, CANIECE, Vol. 4, No. 37, Año 32-2ª época.

-----BARRERA RODRIGUEZ, Vicente: *El Dinero Electrónico, una Realidad. (2ª parte) Las Tarjetas "Superinteligentes"*, pp 9-12

-----KAGEYAMA, Yoshihito: *Tarjetas Inteligentes, Ópticas y Magnéticas*, trad. por RUDIÑO LUGO, Hugo, pp 13-16

-----PALACIOS NERI, Javier: *La Transferencia Electrónica de Fondos(2ª parte)*, pp 17-20

-----Octubre-Noviembre de 1993, México, CANIECE, Vol. 5, No. 58. Año 36-2ª época.

-----GARCIA MACIAS, Martha Sandra: *Las Diferentes Aplicaciones del Código de Barras*, pp 7-10

-----SIA: *Tarjetas de Débito y de Crédito Vs. Dinero en Efectivo*, pp 11-14

DUEÑAS GARCIA, Javier: *El Banco Central y su influencia en el desarrollo económico de México*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, México, Universidad Autónoma de México, Tomo XXVII, Enero-Junio de 1977, Núms. 105-106, pp 187-206

- GROUP OF EXPERTS ON PAYMENT SYSTEMS OF THE CENTRAL BANKS OF THE GROUP OF TEN COUNTRIES: *Large-value funds transfer systems in the Group of Ten Countries*, E.U.A., Bank For International Settlements, Mayo de 1990, 164 pp.
- HANSELL, Saul: *Mastercard in electronic bank venture*, en: The New York Times, New York, E.U.A., Vol. CXLII, No. 49,316, Late Edition, Abril 29 de 1993, p D-2.
- NCR CORPORATION: *Resultados de la encuesta realizada en ocasión del Tercer Congreso Panamericano sobre EFT*, Costa Rica, Folleto s/n, 1985.
- NEGOCIO BANCARIO: Documento de trabajo sobre conferencias de actualización al personal, proporcionado por AT&T. S/A. S.L.N.A. 8 pp.
- NEW ZEALAND MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE: *United Nations Handbook 1994*, Nueva Zelanda, Hutcheson, Bowman and Steward LTD. 1994, 294 pp.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Electronic funds transfers "Plastic cards and the consumer"* París, Francia. OECD, 1989.
- PAE, Peter: *Banks aren't likely to challenge bill on New York ATMs*, en: The Wall Street Journal, New Jersey, E.U.A., Vol. CCXX, No. 23, Eastern Edition, Julio 31 de 1992, p 4-D.
- UNITED NATIONS COMMISSION FOR THE INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL legal guide on electronic funds transfers*. New York, E.U.A., United Nations, 1987.
- VIDAL VILLA, Jose María: *Mundialización de la economía v.s. Estado-Nación. Cambio tecnológico y Migraciones*, en: Investigación Económica, No. 205. España, Julio-septiembre de 1993, pp. 151-172
- WALKER, David A.: *Economies of scale and activity levels in retail electronic funds transfers systems in the United States*, E.U.A., documento de trabajo de la Federal Deposit Insurance Corporation, 19 pp, 1976.
- WALL STREET JOURNAL NEWS ROUND UP: *Intuit, Visa to develop electronic services for home banking*, en: The Wall Street Journal, New Jersey, E.U.A., Vol. CCXXI, No. 82, Eastern Edition, Abril 28 de 1993, p 3-D.

## LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES OFICIALES CONSULTADAS

- Código Civil Para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, 10ª ed., México, Ed. Delma, 1994.
- Código de Comercio, 3ª ed., México, Ed. Delma, 1996.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 46ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996.
- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo IV. Materia Civil, México, 1996.
- Ley del Banco de México y su Reglamento, 3ª ed., México, Ed. Delma 1994.
- Ley de Instituciones de Crédito, 3ª ed., México, Ed. Delma, 1994.
- Ley Federal de Protección al Consumidor, 7ª ed., México, Berbera Ed 1994.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, 7ª ed., México, Berbera Ed., 1994.
- Ley General de Sociedades Mercantiles, 7ª ed., México, Berbera Ed., 1994.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 7ª ed., México, Berbera Ed., 1994.
- Reglamentos de la Comisión Nacional Bancaria, 3ª ed., México, Ed Delma, 1994.
- Ley Orgánica del Banco de México, 3ª ed., México, Ed. Delma, 1994.

# ABREVIACIONES

## LISTA DE ABREVIACIONES

BANXICO	Banco de México
C.Com.	Código de Comercio
C.Civ	Código Civil para el Distrito Federal
C.N.B.	Comisión Nacional Bancaria
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
id.	idem
L/	Legislación
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
LGTyOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
op cit	opus citatae.
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor
S/A	Sin autor
S.L.	Sin lugar
S.A.	Sin año
S.L.N.A.	Sin lugar ni año
SECOFI	Secretaría de comercio y Fomento Industrial
TEF	Transferencia Electrónica de Fondos