

EL CONTRATO DE REDESCUENTO

Por: LUIS CARLOS LEON CUERVO

CONTENIDO

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE: NATURALEZA JURIDICA

- A. Principios Generales
- B. Principios particulares
 - 1. Discrecionalidad
 - 2. Afectación del Crédito a una determinada finalidad
- C. Objeto del contrato

SEGUNDA PARTE: INDIVIDUALIZACION DEL CONTRATO FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES JURIDICAS

- A. Diferencias con los contratos de garantía
- B. Diferencias con el contrato de mutuo
- C. Diferencias con el contrato de compraventa
- D. Diferencias con la Subrogación
- E. Diferencias con la cesión de créditos

TERCERA PARTE: CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO

- A. Relaciones jurídicas derivadas
- B. Derechos derivados
- C. Recursos fundados en el título redescotado
- D. Obligaciones que nacen del contrato
- E. Concreción sobre definiciones del contrato

CUARTA PARTE: ANALISIS DE PROBLEMAS CONCRETOS

- A. Redescuento directo a particulares
- B. Entrega de títulos valores resdescontados, con propósitos de cobro judicial.

CONCLUSIONES

Introducción

Como un aporte para el enriquecimiento teórico del Derecho Bancario Colombiano, el autor ha creído de sumo interés compendiar en el presente estudio las normas aplicables, las doctrinas, la jurisprudencia y las costumbres bancarias que le sirven de base para intentar el delineamiento de la estructura jurídica de las operaciones de redescuento que efectúa tradicionalmente el Banco de la República.

El estudio se encuentra dividido en cuatro partes, la primera de las cuales trata de la naturaleza jurídica de la operación de redescuento; a continuación se hace un análisis de las distintas instituciones jurídicas con las cuales aparentemente podría confundirse la operación; enseguida, se presenta un esquema sistemático de los caracteres jurídicos del contrato y finalmente, se plantean soluciones frente a algunos problemas concretos referentes al redescuento directo a particulares y a la entrega de títulos valores redescantados, con propósitos de cobro judicial.

Los conceptos que aquí se expresan son exclusivamente de la responsabilidad del investigador y no comprometen el pensamiento de las Directivas del Banco de la República.

El autor agradece los comentarios e ilustraciones recibidos en su momento, de los doctores Roberto Salazar Manrique y Joaquín Caicedo Salazar, durante el desarrollo de esta investigación.

Primera Parte

Naturaleza jurídica del contrato de redescuento

Dice Norberto Bobbio que cuando un jurista invoca la naturaleza de las cosas, no hace referencia a la general de lo humano, sino a los rasgos esenciales o elementos de una relación jurídica o de cierta institución de una sociedad históricamente determinada (1).

Si se acepta este criterio, el determinar la naturaleza jurídica de la institución del redescuento, implicará señalar sus peculiaridades o características esenciales y sus aspectos objetivos. De acuerdo

con lo anterior, pueden señalarse las siguientes notas distintivas de la operación:

A. PRINCIPIOS GENERALES

El Consejo de Estado, en fallo del 13 de septiembre de 1979, precisó los siguientes principios:

1. El redescuento consiste básicamente en que una institución de crédito hace descontar por otro banco los documentos que previamente ésta había descontado a sus clientes.
2. El redescuento es una operación típicamente comercial en la que el banco central se convierte en prestamista de los prestamistas. Como anotación, no sobra advertir que la posibilidad de efectuar un convenio de redescuento no es exclusiva de los bancos centrales; basta que el documento que se pretenda redescantar haya sido ya descontado una vez.
3. No existe relación directa entre el crédito del banco central y el préstamo que obtiene un particular del banco comercial.
4. La operación se materializa mediante la negociación de títulos valores de contenido crediticio regulada por el Código de Comercio y configura un típico acto de comercio.
5. La negociación del título valor es independiente del contrato de mutuo que lo puede haber generado, pero de allí no se da, ni puede darse el caso de que al tiempo con la negociación del título valor mediante endoso, se produzca también la cesión del crédito o mutuo al banco redescantante.
6. Existe independencia entre las relaciones jurídicas del banco comercial y el particular que a él acude y las de dicho banco y el Banco Emisor.
7. Puede deslindarse perfectamente la decisión de un banco comercial de otorgar crédito a un cliente determinado y la de dicho banco de utilizar los recursos de crédito ofrecidos por el banco central.
8. Finalmente, el Consejo de Estado ha afirmado que las operaciones típicas bancarias como las de redescuento que realice el banco central, están sujetas a las reglas del derecho privado y, por consiguiente, no pueden considerarse como actos administrativos sujetos al control jurisdiccional.

(1) Citado por Eduardo García Maynez en su obra titulada "Lógica del raciocinio jurídico" - Fondo de Cultura Económica - 1964, pág. 78.

B. PRINCIPIOS PARTICULARES

1. La discrecionalidad del redescuento

De acuerdo con la doctrina tradicional de banca central, toda entidad redescotante tiene la posibilidad legal, dado un conjunto determinado de circunstancias, de aceptar o rechazar una operación de redescuento; en el primer caso, a condición de que los requisitos de acceso preestablecidos se cumplan y en el segundo, aún a pesar del cumplimiento de tales requisitos.

En efecto, los tratadistas de cuestiones bancarias y específicamente de banca central, están de acuerdo en que el preestablecimiento de condiciones específicas de acceso al redescuento y su cumplimiento otorgan "per se" un derecho al mismo. Los siguientes argumentos se orientan en este sentido:

M. H. De Kock señala que "por un proceso gradual se estableció la tradición de que en tiempos de emergencia y astringencia el banco (redescotante) no debe rehusar nunca su auxilio a un prestatario aceptable" (2). "A contrario sensu" podrá afirmarse que en tiempos normales, no caracterizados por situaciones de emergencia, existe la oportunidad de impedir el acceso al redescuento, frente a determinadas razones.

Igualmente, el autor citado indica que "mientras un banco central debe considerar definitivamente como parte importante de su deber el ayudar a los bancos en apuros y obrar como prestamista de última instancia esto no significa que los bancos tengan un derecho irrevocable a un auxilio ilimitado del banco central en cualesquier circunstancias" (3).

Además, el mismo autor señala que un banco no tiene derecho al crédito del banco central, solo porque tenga papel elegible y aceptable, si la conducta de las operaciones del banco ha sido tal que ponga en peligro a sus depositantes o promueva el desarrollo de condiciones inconvenientes de crédito, para concluir que, aunque no pueden establecerse reglas generales, el banco central debe tratar cada caso conforme a sus méritos, después de prestar la debida consideración a todos los factores (4).

Por su parte Frank Tamagna indica que el derecho de un banco comercial a descontar en el banco central no es automático, ni debe darse como cosa obligada (5) e igualmente dice Hans Aufricht que, si bien los bancos centrales no suelen estar obligados a

dedicarse a operaciones de descuento o redescuento con instituciones bancarias, éstas, a su vez, tampoco tienen derecho a exigir del banco central que les descuenta documentos, siempre que no haya convenios especiales (6).

El artículo 2o. de la Ley 7a. de 1973 dispone que todos los bancos legalmente establecidos en Colombia tendrán acceso a los servicios y liquidez que la banca central otorga al sistema bancario. De acuerdo con esta norma, el acceso a los recursos de redescuento puede entenderse como un derecho a favor del sistema bancario, pero tal derecho no puede ser absoluto, sino que está limitado por las condiciones y requisitos que fija la autoridad monetaria o por las reglamentaciones que adopte el Banco de la República. En efecto, por una parte, el ordinal 1) del artículo 3o. del Decreto-Ley 2206 de 1963 prohíbe que puedan aceptarse documentos cuyo valor haya sido o deba ser empleado en objetos de especulación o en inversiones permanentes; lo lógico y lo jurídico por consiguiente será admitir la posibilidad de rechazar una operación de esta naturaleza. Puede llegarse a conclusión similar si se analiza el contenido de la cláusula segunda del contrato de emisión actualmente vigente. En efecto, esta norma, después de indicar que el Banco de la República puede ejercer todas las operaciones propias del banco central de emisión, giro depósito y descuento que hayan sido autorizados por las leyes, los contratos y las resoluciones de la Junta Monetaria, añade, y esto es muy importante, que toda operación que se efectúe con violación de las normas anteriores o de las establecidas por el mismo Banco de la República será sancionada por la autoridad competente.

Como fácilmente puede observarse, esta cláusula permite al Banco de la República expedir normas relacionadas con las operaciones que le son propias, con mayor razón aquellas referentes a la parte operativa del redescuento y a su elegibilidad. No de otra manera puede entenderse el establecimiento de departamento especializado en el crédito de fomento, si finalmente todas las solicitudes de crédito debieran forzosamente ser aceptadas para su redescuento.

(2) Banca Central, M. H. De Kock - Fondo de Cultura Económica - México, 1946, pág. 124.

(3) *Ibidem*, pág. 128.

(4) *Ibidem*, pág. 129.

(5) Formulación y ejecución de la política monetaria - Tamagna, Frank - Estudios Cemla, pág. 141.

(6) Legislación Comparada de Banca Central - Aufricht, Hans, pág. 181.

Por su parte, el inciso 2o. del artículo 4o. del Decreto 386 de 1982 permite al Banco de la República la posibilidad de establecer un régimen que mantenga equilibrados los presupuestos de los fondos financieros para el fomento económico y de tomar las medidas administrativas necesarias para adaptar la función crediticia a las regulaciones monetarias.

Es indudable que si en determinada circunstancia el otorgamiento de un crédito elegible por lo menos en principio, atenta contra el equilibrio presupuestal de los fondos financieros o no se adapta a las regulaciones monetarias, el Banco de la República se vería precisado a rechazarlo, a pesar de satisfacer adecuadamente los requisitos formales.

Esta idea de sujeción a los cupos y a las condiciones que señale la Junta Monetaria se repite en los nuevos estatutos del Banco (artículo 17, ordinal a) de la Resolución Ejecutiva 105 del 27 de mayo de 1982).

Finalmente, cabe observar que en los antiguos estatutos del Banco (artículo 6o. Decreto 221 de 1975) se disponía que "los servicios y liquidez del Banco de la República serán determinados por la Junta Directiva". No existe duda de que la operación de redescuento constituye un servicio y una forma de otorgar liquidez al sistema bancario.

Todo lo anterior demuestra que el Banco de la República, en su calidad de banco central, posee un poder discrecional que le permite autorizar o negar determinada operación de redescuento, en el sentido de que no todo crédito que satisfaga los requisitos formales de elegibilidad, necesariamente tenga que ser redescuento.

2. *Afectación del crédito redescuento a una determinada finalidad*

La operación de redescuento puede caracterizarse igualmente como el mecanismo a través del cual el banco central ejerce la función de prestamista de última instancia. Su importancia reside, entonces, en el hecho de que aumenta la elasticidad y liquidez de la estructura del crédito. Sin embargo, como ha dicho Rodríguez Azuero, el crédito del banco central no constituye tan solo un mecanismo de apoyo a los bancos del sistema, sino también un instrumento del control (cualitativo y cuantitativo) de sus recursos, cuyo manejo es de gran importancia en la aplicación de políticas monetarias y crediticias (7).

En tanto que instrumento de control cualitativo de los recursos del sistema bancario, la "afectación" del

crédito concedido a través del redescuento a un determinado sector económico o, en general, a una política selectiva y determinada de crédito de fomento constituye un elemento que la autoridad monetaria considera esencial para la realización de los objetivos económicos financieros (8).

Sobre este particular es conducente transcribir lo que afirma el profesor Gavalda en su obra titulada "Derecho de la banca". Dice este autor: "Si el crédito ha sido abierto para asegurar un financiamiento determinado, el banquero está en el derecho de exigir que esta afectación sea respetada y el cliente que falte a su compromiso sobre este punto puede ser obligado a reembolsar inmediatamente. La afectación es en efecto, en tal caso, un elemento que el banquero ha tomado en consideración para la apreciación del riesgo y él debe ser considerado como esencial" (9).

Ahora bien, si esa "afectación" del redescuento es considerada como esencial, la "desviación" del crédito también deberá serlo, en el sentido de constituirse en razón de derecho suficiente y necesaria para dar por terminada la relación jurídica derivada del convenio de redescuento y, por ende, para hacer exigible la totalidad de la deuda.

De lo anterior también puede concluirse que precisamente por constituir el redescuento no solo un mecanismo de apoyo a los bancos del sistema, sino un instrumento de control cualitativo y cuantitativo de sus recursos, la probabilidad del cargo automático de los valores redescuentados, se hace aún más evidente.

Por otra parte, el artículo 241 del Código Penal dispone lo siguiente: "Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado: El que con destino a actividad industrial o agropecuaria obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé finalmente la aplicación a que está destinado, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de cinco mil a un millón de pesos".

Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo citado, la sanción penal solo se impone a quien no cumpla con la finalidad del crédito oficialmente regulado, o sea al beneficiario final del crédito,

(7) Contratos Bancarios - Rodríguez A. Sergio, Felaban, pág. 294.

(8) Droit de la Banque - Gavalda, Christian, Thémis, pág. 292.

(9) Droit de la Banque - Gavalda, Christian, Thémis, pág. 572.

puede deducirse clara y válidamente que la norma ha consagrado como bien jurídico de especial interés para el Estado la utilización del crédito de fomento precisamente para el cumplimiento de las finalidades que haya señalado la autoridad crediticia. Por consiguiente, si se autoriza un redescuento, a sabiendas de que, muy posiblemente, no va a destinarse a las finalidades señaladas por la Junta Monetaria, se estaría contrariando el espíritu del legislador ⁽¹⁰⁾, lo mismo que si se está en capacidad de demostrar que un crédito ya redescontado se ha desviado de su finalidad, de cualquier manera.

C. OBJETO DE LA OPERACION DE REDESCUENTO

En el redescuento la finalidad es diferente para cada una de las partes; así, el interés del redescotado consiste en transferir por endoso un crédito cartular para obtener la realización inmediata de un derecho de crédito pecuniario antes de su vencimiento; en cambio, la finalidad perseguida por el redescotante es entregar el importe del crédito al redescotado, con el objeto de dar un empleo rediticio al dinero o, en otra forma, de dar una suma de dinero para obtener el equivalente bajo la forma de un crédito aún no vencido ⁽¹¹⁾.

Segunda parte

Individualización del contrato de redescuento frente a otras instituciones jurídicas

El análisis efectuado en esta parte sigue en algunos aspectos muy de cerca el estudio jurídico de Francesco Messineo sobre la naturaleza jurídica del contrato de descuento, puesto que los diversos autores estiman que las consideraciones jurídicas que merece la operación de descuento pueden ser aplicables a la de redescuento, por tener ambas una misma naturaleza jurídica.

A. DIFERENCIAS CON LOS CONTRATOS DE GARANTIA

Como se sabe, la finalidad de los contratos de garantía consiste en asegurar el cumplimiento de obligaciones propias o ajenas, como respaldo del derecho general que tiene el acreedor sobre el patrimonio de

su deudor (artículo 2488 del Código Civil). Por consiguiente, los contratos de garantía acceden necesariamente a otro que es el principal.

Ahora bien, la operación de redescuento no puede identificarse con una garantía, pues se trata de un contrato principal caracterizado por ser el medio directo y primordial a través del cual el Banco de la República, como acreedor que es, puede exigir el cumplimiento de la obligación contraída por el intermediario financiero. En el caso de las garantías, éstas no son el correlativo de la contraprestación, sino el medio extrínseco y accesorio para la realización del crédito, las cuales operan solamente cuando no se ha cumplido la prestación debida.

B. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE MUTUO

El redescuento es un contrato bilateral y correlativo por tener por objeto atribuciones patrimoniales recíprocas. En efecto, en virtud del redescuento se contraen obligaciones para cada una de las partes, así: Para el redescotado, la de transferir la titularidad del crédito, y para el redescotante, la de pagar el importe del crédito pecuniario. Por esto, alguien ha afirmado que una vez efectuada la transmisión por endoso del título valor, el redescotado "en principio nada debe" puesto que ya cumplió con la prestación a que estaba obligado primariamente al haber "transmitido" la titularidad del crédito ⁽¹²⁾.

Sin embargo, analizando el convenio de redescuento desde el punto de vista de los efectos que produce el vínculo jurídico a que da origen, no puede menos que afirmarse que independientemente de si el tercero deudor cumple o no con las obligaciones derivadas de su contrato de mutuo, el redescotado ha de responder directa y solidariamente frente al redescotante, por el pago del valor redescotado, ya que la transferencia del crédito cartular al redescotante no reviste función extintiva y además, porque la detentación del título ejecutivo por parte del redescotante le otorga la acción cambiaria para exigir su pago al vencimiento, en vista de que el redescotado es deudor principal.

(10) Memorando No. 23 del 18 de enero de 1982, preparado por los Asistentes del Abogado Subgerente del Banco de la República.

(11) Contratos Bancarios - Barbosa, Luis Guillermo y otra, Bogotá, Temis 1978, pág. 233.

(12) Derecho Civil - Valencia Zea, Arturo - Tomo III De las Obligaciones - Tercera edición - Temis - Bogotá - 1968, pág. 61.

En cambio, el mutuo es contrato con prestación para una sola de las partes, o sea, es unilateral y no contiene prestaciones correlativas ya que, una vez perfeccionado, solo quien queda obligado es el mutuuario, (hipotéticamente el redescantado), pues el mutuante (hipotéticamente el redescantante) ya cumplió con su obligación.

C. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

En el redescuento la transferencia del crédito "pro solvendo" no reviste función extintiva de la deuda e implica para el redescantado la obligación de responder frente al incumplimiento del deudor; en cambio, en la compraventa, una vez que el vendedor haya entregado al comprador la cosa objeto del contrato, ha cumplido con su obligación esencial, dice al respecto el artículo 1880 del Código Civil que "las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida".

Por otra parte, al contrario de lo que sucede en la compraventa, lo que el redescantante adquiere no es la propiedad de la cosa, sino la titularidad de un crédito, ⁽¹³⁾ en el sentido de que el redescantado transfiere por endoso el crédito cartular con la consecuencia de que el redescantante adquiere el crédito "jure proprio", o sea como derecho originario, frente al cual no son oponibles las excepciones personales contra el endosante o los precedentes poseedores del título valor ⁽¹⁴⁾.

Mientras que el comprador de una acreencia corre los riesgos de un acreedor ordinario, es decir los de insolvencia del deudor, sin tener recursos contra su vendedor, en cambio el redescantante se beneficia de la situación privilegiada acordada por la legislación cambiaria al portador regular de un título valor, pues puede perseguir su reembolso contra todos aquellos que garantizan el pago del título, es decir no solamente contra el girado o el suscriptor, sino contra el girador y los endosantes anteriores o los avalistas que se han comprometido en favor de unos o de otros. Por esto, se afirma que el redescuento comporta por sí mismo las garantías ⁽¹⁵⁾.

D. DIFERENCIAS CON LA SUBROGACION

De acuerdo con el Código Civil, la subrogación es un medio de extinción de obligaciones. Si se aceptara una identidad entre el redescuento y la subrogación, habría que afirmar que tanto la relación jurídica

obligatoria nacida del contrato de mutuo entre el intermediario financiero y su cliente quedaría extinguida por efecto del redescuento, como la relación jurídica entre el redescantante y el redescantado, lo cual no puede aceptarse, pues implicaría que el banco redescantante, supuestamente subrogado, carecería de las acciones cambiarias y de regreso correspondientes para reclamar el pago de las sumas redescantadas, lo cual evidentemente conduce al absurdo.

En la hipótesis de identidad entre redescuento y subrogación, el intermediario financiero tomaría la posición de acreedor original subrogante y el banco redescantante la de tercero subrogado o acreedor subsiguiente.

Aceptar dicha identidad implicaría por consiguiente para el redescantante una posición secundaria en su relación jurídica, pues si bien es cierto que el intermediario financiero, como acreedor original que es, le transmitiría todas las garantías, accesorios y privilegios del crédito, lo enfrentaría directamente con el deudor original, de una relación jurídica distinta, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en el fallo ya comentado, cosa que para un banco central solo es admisible en el caso de que el deudor principal no pague.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo preceptuado por el Código Civil, no existe subrogación legal sin un texto preciso de la ley que la consagre, y que ella solo ha previsto seis casos que no son aplicables al redescuento (artículo 1668 del Código Civil), la subrogación que hipotéticamente sería asimilable al redescuento sería únicamente la convencional. Ahora bien, para que proceda la subrogación convencional, uno de los requisitos exige que dicha subrogación se notifique al deudor original y otro, que el acreedor manifieste expresamente que subroga a quien paga (al solvens) (artículo 1669 del Código Civil). Para el caso del redescuento la práctica bancaria, que constituye costumbre mercantil con la misma autoridad de la ley comercial, según el tenor del artículo 3o. del Código de Comercio, no aplica estas reglas.

(13) Operaciones de Bolsa y de Banca - Messineo, Francesco - Bosh - Barcelona - 1957, pág. 404.

(14) Ibidem, págs. 414 y 415.

(15) Les opérations de banque - Ferronière, Jacques et de Chillaz, Emmanuel - 6a. Edición - Dallos - 1980, pág. 364.

En la subrogación opera necesariamente un cambio de acreedor; en el redescuento no. En efecto, en el redescuento el acreedor original o sea el intermediario financiero continúa con la calidad de acreedor (aunque sin la titularidad del crédito, como se verá más adelante) frente a su cliente a quien le ha concedido el crédito y el banco redescantante se convierte en acreedor, no del deudor original, sino del banco intermediario.

E. DIFERENCIAS CON LA CESION DE CREDITOS

El mismo argumento planteado en el párrafo antecedente, es válido para demostrar que el redescuento no puede identificarse con la cesión de créditos. En efecto, en la cesión de créditos también opera necesariamente un cambio de acreedor; ella se ha definido como un negocio jurídico de disposición, en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un nuevo acreedor (16).

La cesión de acreencias transfiere el crédito a quien lo paga, con todas sus garantías y accesorios, pero "no traspasa las excepciones personales del cedente", como lo dice el artículo 1694 del Código Civil y lo aclara Zuleta Angel, al señalar que "no traspasa los beneficios o ventajas personales del cedente". En otras palabras, por la cesión, el crédito no se transfiere con todas las calidades que tenía en cabeza del acreedor, por ejemplo las referentes a privilegios o intereses (17). En el redescuento se transmite el crédito inclusive con todas las calidades, beneficios o ventajas que tenía en cabeza del acreedor (intermediario financiero).

Con la entrega del título valor se transfiere su posesión al cesionario, con la intención por parte del cedente, de desprenderse de la titularidad del crédito y de que sea adquirida por el cesionario (18). Si bien en el redescuento el redescantado también se desprende de la titularidad del crédito en razón del endoso, la obligación contraída por el deudor original frente al banco intermediario permanece vigente.

Por otra parte, en la cesión, la entrega del título puede efectuarse después de manifestar el acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario; en el redescuento es requisito necesario la entrega del título para que el redescantante ponga a disposición del redescantado los recursos, a fin de que con la transferencia por endoso del crédito consignado en el título, el redescantante adquiera el crédito "jure proprio", o sea como derecho originario inmune a

las excepciones personales que serían oponibles al endosante y, en general, a los poseedores precedentes del título (19).

Para que sea válida la cesión, debe ser notificada al deudor o aceptada por éste (artículo 1960 del Código Civil). En el caso del redescuento no se requiere de esta formalidad.

En el redescuento del crédito cartular predomina el documento al cual se incorpora el derecho de crédito redescantado; hay una dación onerosa de título y esa dación es "pro solvendo", o sea, dación de efecto liberatorio para el "dans", en la medida en que el redescantado cumpla con la entrega del título al redescantante, mas no en cuanto a que revista función extintiva de deuda, como para quedar exonerado de pagar frente al incumplimiento del deudor original. En lo referente a la cesión, puede afirmarse que la entrega del título se efectúa "pro solvendo", en el sentido de que ésta sí reviste una función extintiva de la deuda con efecto liberatorio para el "dans".

El Consejo de Estado ha afirmado explícitamente como ya se ha observado, que no se da, ni puede darse el caso de que al tiempo con la negociación del título valor mediante endoso, se produzca también la cesión del crédito o mutuo al banco redescantante.

Tercera parte

Caracteres jurídicos del contrato de redescuento

A. Relaciones jurídicas derivadas del contrato

Para que se perfeccione la operación de redescuento se requiere en primer lugar del intercambio de consentimientos entre el redescantante y el redescantado; igualmente, de la entrega cambiaria del título valor por parte del redescantado, o sea conforme a

(16) Derecho Civil - Valencia Zea, Arturo - Tomo III. De las Obligaciones - Tercera edición - Temis, Bogotá, 1968, pág. 446.

(17) *Ibidem*, pág. 505.

(18) *Ibidem*, pág. 450.

(19) Operaciones de Bolsa y de Banca - Messineo, Francesco - Bosh - Barcelona - 1957, pág. 414.

su ley de circulación y finalmente, de la entrega del importe de la operación (el crédito) por parte del redescantante. Estos son los elementos que la doctrina considera como esenciales.

El redescantado solo queda ligado por la obligación cambiaria en la medida en que tenga la calidad de endosante de los títulos redescantados.

El redescantado se compromete a transferir al redescantante la titularidad de un crédito de vencimiento futuro, y éste último a cubrir al primero el importe del crédito con la deducción convenida. Si no se pacta lo contrario, el redescantado responde por el pago del crédito.

La operación de redescuento de títulos valores es de naturaleza real, por tratarse de la transmisión de cosas mercantiles muebles.

Por otra parte, si se acepta el presupuesto según el cual la naturaleza jurídica del descuento no difiere en nada del redescuento, puede afirmarse que el análisis del artículo 1407 del Código de Comercio, según el cual: "Cuando el crédito se otorgue mediante el descuento de títulos valores y éstos no sean pagados a su vencimiento, podrá el banco, a su elección, perseguir el pago de tales instrumentos o exigir la restitución de las sumas dadas por éstos", permite inferir las siguientes implicaciones:

Que el redescuento de títulos valores constituye una de las formas de otorgamiento de crédito, o sea, de suministrar liquidez a las personas naturales o jurídicas;

Que el redescantante puede perseguir el pago de tales instrumentos o la restitución de las sumas por él entregadas; esto constituye la consagración de dos acciones en favor del redescantante: la cambiaria contra los signatarios, originada en el título valor redescantado y la de derecho común contra el girado o el endosante, tendiente a obtener la restitución de las sumas entregadas al redescantado.

Que para el ejercicio de tales acciones el redescantante debe demostrar ser el propietario del derecho incorporado en el título valor que le ha entregado el redescantado; y

Que la referencia al pago de los instrumentos o a la restitución de las sumas supone necesariamente su satisfacción en dinero (obligación pecuniaria).

B. DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO

El redescantante adquiere el título valor en propiedad, tanto que si el título valor es expedido en moneda extranjera, el beneficio de cambio eventual pertenece al redescantante (20).

La convención de redescuento se forma desde el momento del acuerdo de las partes, pero requiere simultáneamente de la entrega del título valor.

El título redescantado se transfiere al redescantante mediante endoso traslativo, o sea que el redescuento se cumple mediante el endoso en propiedad de los títulos (artículo 656 del Código de Comercio). En estas condiciones, en razón del endoso se establece una obligación autónoma a cargo del redescantado, lo cual hace responsable al endosante (redescantado) frente al tenedor (redescantante) del título valor, con base en lo dispuesto por el artículo 657 del Código de Comercio, por cuanto que la autonomía como característica esencial de los títulos valores, implica precisamente que cada suscriptor del documento asume una responsabilidad suya distinta de las obligaciones que puedan tener los demás obligados.

En este sentido la Superintendencia Bancaria ha dicho que "el banco intermediario en virtud del endoso en propiedad que realiza al redescantar el pagaré en el Banco Emisor, no deviene obligado directo en la relación cambiaria que se traba, sino obligado en vía de regreso" y que "el intermediario en vía de regreso puede ejercer contra el otorgante del pagaré acción cambiaria directa" (21).

El redescuento produce todos los efectos del endoso pleno, es decir, transmite la propiedad del título valor al redescantante, legitimando a éste frente a terceros y hace responsable del pago del título valor al redescantado frente al redescantante (22).

Dice el profesor Tapias Rocha que "en la práctica el Banco de la República no aparece como acreedor del obligado directo, ya que el intermediario financiero, aceptando mandato no representativo, se encarga de recaudar el pago como si fuera verda-

(20) Droit de la Banque - Gavalda, Christian - Thémis 1976, pág. 604.

(21) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria - 1981, pág. 285.

(22) En el mismo sentido en: Contratos Bancarios, Barbosa, Luis Guillermo y Otra - Bogotá - Thémis - 1978, pág. 233.

dero titular del crédito correlativo a la deuda contraída por el cliente" (23) y continúa "por tanto, al vencimiento del título, si el cliente, deudor directo, paga, no hace el pago al Banco de la República, único tenedor legítimo del título en que se incorporó el crédito, sino al banco intermediario, quien parece ser acreedor pero no resulta legitimado para recibir; y si el deudor no paga, entonces el Banco de la República procede a cargar al banco intermediario el valor del crédito redescotado, ejerciendo de esta manera la acción cambiaria, y a transferir de nuevo el título al banco intermediario para que éste pueda ejercer la acción que compete contra su deudor".

El autor citado también señala que "lo que explica jurídicamente toda la operación del redescuento, tanto en lo que respecta a las relaciones existentes entre el Banco de la República y el establecimiento intermediario, como a las que puedan resultar entre éste y su cliente, es que el establecimiento intermediario, en el momento de recibir del deudor directo el pago del crédito redescotado y respecto al cual sabe ciertamente no ser verdadero titular, recauda, sin duda alguna, por cuenta ajena, pero a su propio nombre, esto es, con plena conciencia de estar el dinero pagado destinado a otra persona: la verdadera titular del crédito, el Banco de la República" (24).

Y finalmente concluye que "de esta manera, los dineros recibidos del deudor directo por el banco intermediario, por cuenta del Banco de la República, no acrecientan sus activos porque no son bienes que le pertenezcan, ni menos aún aumentan esos activos a efecto de responder indiscriminadamente de sus deudas. Necesariamente esos dineros han de ser entregados al Banco de la República" (25).

Los textos anteriormente transcritos permiten concluir que el redescotante posee el derecho de reclamar para sí los dineros que entregue al intermediario financiero el beneficiario del crédito redescotado, o los que obtenga directamente de dicho beneficiario, precisamente en razón del dominio que tiene el redescotante sobre tales sumas de dinero. En consecuencia, en el caso de que el redescotado se encuentre en estado de liquidación, haya sido declarado en quiebra o se le haya abierto a concurso de acreedores, las sumas recaudadas no pueden en manera alguna incrementar la masa de la liquidación, quiebra o concurso de acreedores.

Como razones justificativas de esta conclusión puede afirmarse lo siguiente:

El artículo 2488 del Código Civil dispone que "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677". Cualquier interpretación que se haga de esta norma solo puede referirse exclusivamente a los bienes raíces o muebles cuyo propietario con arreglo a derecho sea el deudor. De tal manera que si se demuestra que un determinado bien no pertenece por razón de dominio al deudor, las acciones que intente el acreedor sobre tal bien raíz o mueble carecerán de respaldo legal.

Por estas razones, el artículo 2489 del Código Civil dispone que "sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio a los derechos reales que sobre ellos competan al deudor como usufructuario o prendario, o del derecho a retención que le concedan las leyes ...".

Para el caso concreto de la liquidación administrativa de un establecimiento bancario, el artículo 1399 del Código del Comercio señala que los depósitos de que tratan los capítulos 1o., 2o. y 3o., del título XVII sobre contratos bancarios, a saber: depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorro, se excluyen de la masa. Resulta que las relaciones jurídicas entre el redescotante y el redescotado desde el punto de vista de su relación crediticia se efectúan normalmente a través de contratos bancarios de cuenta corriente de tal manera que cuando el banco redescotante, precisamente por virtud del contrato de redescuento, otorga liquidez a la banca a fin de que ella conceda créditos de fomento, procede a acreditar la cuenta corriente del redescotado mediante un depósito equivalente al margen de redescuento que haya señalado la autoridad monetaria. Por consiguiente, depósitos como los comentados se excluyen, por mandato legal, de la masa de la liquidación.

Muy seguramente en virtud de estos antecedentes y en consideración a principios de equidad y de justicia, los numerales 3o. y 4o. del artículo 7o. del Decreto 2216 de 1982 dispusieron explícitamente que no forman parte de la masa de la liquidación las

(23) Concepto del doctor Tapias Rocha del 25 de abril de 1980, pág. 4.

(24) *Ibidem*, numeral 16, pág. 5.

(25) *Ibidem*, numeral 17, pág. 5.

cantidades que se adeuden a los establecimientos bancarios intervenidos y se encuentren afectas a una finalidad específica, como tampoco la integran los bienes que tenga la entidad intervenida por razón del recaudo de cartera redescontada.

En tales condiciones el agente liquidador deberá hacer entrega de los dineros recaudados al Banco de la República, precisamente por virtud de los contratos de redescuento ya perfeccionados, teniendo en cuenta, como dice el artículo 10 del mismo Decreto 2216, el principio de la protección de todos los titulares de bienes que no forman parte de la masa de la liquidación.

Con respecto a la propiedad de los dineros en cabeza del redescontante, debe señalarse que ella obedece a que es el banco central quien los distribuye entre los diversos intermediarios, a que el título valor ha sido endosado en propiedad a favor del redescontante, y a que por lo general, el crédito de fomento proviene de recursos de emisión, que por mandato de la ley administra el Banco de la República, además se trata de recursos afectos a una finalidad específica, la cual, en caso de no cumplirse, sería objeto de las sanciones previstas por el artículo 241 del Código Penal, anteriormente comentadas. En efecto, con recursos de crédito externo o con recursos de emisión, la autoridad monetaria establece cupos a favor de los intermediarios financieros para el redescuento de aquellas operaciones de crédito destinadas a financiar actividades que son consideradas prioritarias para el desarrollo del país. Es dicha autoridad quien por consiguiente faculta al Banco de la República, como Banco Emisor que es, para distribuir entre los intermediarios financieros y, mediante contratos de redescuento, los recursos financieros mencionados.

En vista de las anteriores consideraciones, se estima que cualquier demora en la entrega al Banco de la República de las sumas recaudadas por operaciones de redescuento ya efectuadas, incide fundamentalmente en la disponibilidad de recursos de crédito de fomento, lo mismo que si se obliga al redescontante a concurrir a prorrata con los demás acreedores de bienes que no pertenecen a la masa de la liquidación.

C. RECURSOS FUNDADOS EN EL TÍTULO REDESCONTADO

El redescontante dispone, en caso de no pago del título valor, de los recursos cambiarios contra los garantes, lo cual implica que tiene la acción cam-

biaria directa o la de regreso, según el caso, contra el deudor del intermediario o contra éste (artículo 781 del Código de Comercio) y tanto el deudor como el intermediario, se encuentran solidariamente obligados al pago (artículo 785 Código de Comercio).

Los recursos se someten en todo caso al derecho común de los títulos valores. Como característica esencial, puede señalarse el hecho de que el título valor en manos del redescontante constituye título ejecutivo.

El redescontante, como portador del título valor, se beneficia del principio de la inoponibilidad de las excepciones, si actúa de buena fe: así, no le es oponible por un deudor cambiario la falta de provisión de un título valor redescontado, salvo prueba de mala fe (26).

Con base en el contrato de redescuento, para ejercer el recurso contra el remitente del título valor, el redescontante puede entablar una acción de derecho común, sobre todo cuando el título valor redescontado no le otorgue al portador ninguna acción cambiaria, o en el caso de que los recursos cambiarios puedan haberse extinguido por prescripción o vencimiento del plazo (27).

El intermediario, frente al Banco de la República es un obligado en vía de regreso, como lo dice el profesor Tapias, ya que es un endosante por valor recibido (artículo 782 Código de Comercio) contra el cual tiene el Banco de la República acción solidaria (artículo 785 ibídem).

Por consiguiente, la responsabilidad del intermediario es contingente y eventual, por depender de las alternativas que la acción cambiaria ofrece al acreedor, el cual puede cobrarle al deudor directo, al que lo sea en vía de regreso, a todos o a algunos de ellos, sin necesidad de seguir el orden de las firmas (28).

Desde el punto de vista del redescontado, la Superintendencia Bancaria ha dicho que el intermediario financiero, como obligado en vía de regreso que ha pagado el pagaré, puede exigir por medio de la acción cambiaria directa el reembolso de lo pagado, los intereses moratorios, los gastos de cobranza, la

(26) Droit de la Banque - Gavalda, Christian - Thémis - 1974 - pág. 611.

(27) Ibídem, pág. 612.

(28) Concepto del doctor Tapias Rocha del 25 de abril de 1980, numeral 18, pág. 5.

prima y gastos de transferencia de una plaza a otra, tal como lo estipula el artículo 783 del Código de Comercio y ha añadido que esta acción la ejerce frente al principal obligado quien es el otorgante del pagaré y beneficiario del crédito (29).

Por otra parte, como se verá más adelante, la posibilidad del cargo en cuenta corriente del redescuento por el valor de la acreencia, es analizada por la doctrina como el ejercicio de un recurso cambiario.

D. OBLIGACIONES QUE NACEN DEL REDESCUENTO

El redescuento adquiere por virtud del redescuento la obligación de entregar el importe de un crédito; o sea, se trata de una obligación de dar sumas de dinero, a la cual se le aplican las normas previstas en el Código Civil para las obligaciones de género. Esta obligación de dar sumas de dinero se materializa siempre mediante depósito en la cuenta corriente del redescuento con el Banco de la República.

El redescuento, por misma virtud, adquiere la obligación de transmitir "pro solvendo" al redescuento ese crédito no vencido contra tercero, lo cual implica la entrega del título valor al redescuento y su endoso y responsabiliza al endosante por el importe íntegro del derecho incorporado al documento, quedando el redescuento obligado a pagar el título, en caso de que los obligados cambiarios no lo paguen.

La responsabilidad a cargo del endosante por el importe íntegro del derecho incorporado al documento implica por consiguiente que cuando las operaciones de crédito no son redescuotables por el 100% de su valor, sino por un porcentaje inferior, se hace necesario que tales operaciones queden estipuladas en títulos valores distintos, uno por el porcentaje que sea admisible para el redescuento y otro, equivalente a la proporción en que el intermediario financiero contribuye en el crédito con sus propios recursos, con el objeto de afianzar la garantía de pago que recae en el redescuento por virtud del contrato de redescuento.

El título valor que se presente al redescuento debe estipular exacta y únicamente el valor efectivamente redescuento, puesto que el artículo 655 del Código de Comercio dispone que el endoso debe ser puro y simple y que el endoso parcial se tiene por no

escrito. En cuanto al título valor que respalda la parte no redescuotada, esto le permite al redescuento reservarse el derecho de exigir bien un reembolso parcial o bien un complemento de garantía en el caso de que el valor de la deuda haya disminuido. En otras palabras, en casos como el planteado, originalmente el cliente, presunto beneficiario del crédito, otorgaría dos pagarés y el intermediario financiero los entregaría al banco redescuento.

E. CONCRECIÓN SOBRE DEFINICIONES DEL CONTRATO

En cuanto se refiere a esta materia, cabe distinguir dos tipos de nociones, la una de carácter jurídico y la otra de carácter económico.

Desde el punto de vista jurídico puede afirmarse que una vez excluidas las distintas instituciones con las cuales aparentemente se confundiría la operación de redescuento, la doctrina jurídica podría acoger la noción que para el caso del descuento elaboró Francesco Messineo. En efecto, cabría afirmar, parodiando a este autor, que el redescuento es un contrato con prestación correlativa, en virtud del cual una de las partes (el redescuento) se obliga para con otra (el redescuento) a pagarle el importe de un crédito pecuniario que el redescuento posee contra un tercero antes de que aquél haya vencido, a cambio de la transferencia por endoso del crédito cartular, con lo cual la liberación del redescuento respecto del redescuento queda subordinada al buen fin del crédito transferido (30).

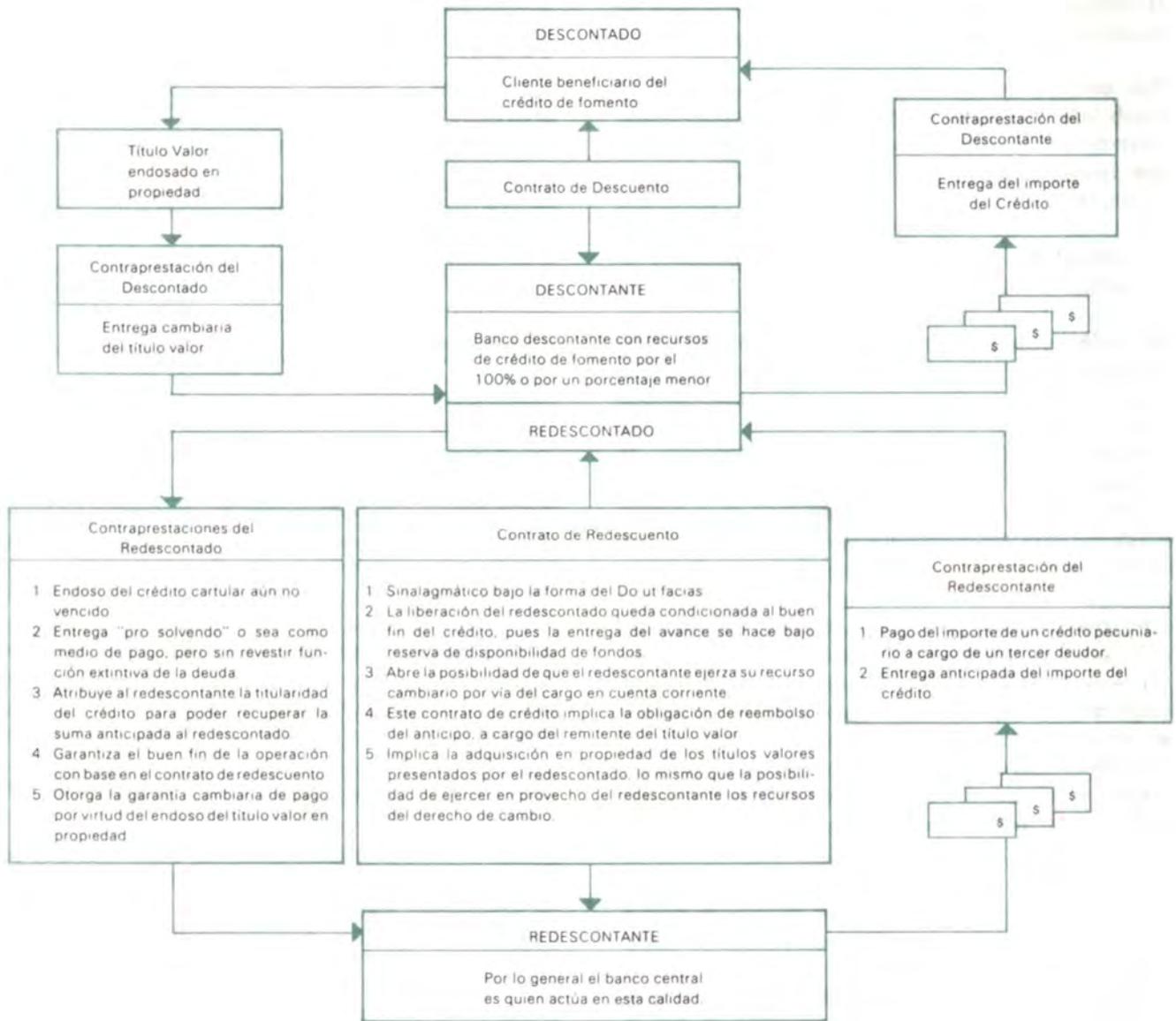
Por su parte el profesor Tapias Rocha describe la operación así: "a través de él, los bancos comerciales en particular, y aún otra clase de establecimientos de crédito, como las corporaciones financieras, logran recursos del banco central mediante la transferencia a éste en propiedad de créditos a término, reconociendo una tasa remunerativa en razón de la clase y cuantía de cada tipo de operación y no en razón del término que falte para la exigibilidad del título representativo del crédito (31).

Desde el punto de vista económico, se ha descrito la operación de redescuento así: "El efecto de comercio

(29) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria 1981, pág. 281.

(30) Operaciones de Bolsa y de Banca - Messineo, Francesco, Bosh - Barcelona - 1957, pág. 409.

(31) Concepto del doctor Tapias Rocha del 25 de abril de 1980, pág. 3.



descontado una primera vez por el banco ordinario a su cliente contra la producción de moneda de banco, es redescuento por el banco de emisión al banco ordinario contra creación de moneda central" (32).

Por su parte, Peter G. Fousek define de la siguiente manera el redescuento bancario: "La política de redescuento puede ser definida convencionalmente como la variación de los términos de las condiciones en su sentido más amplio bajo las cuales el mercado puede tener acceso temporal al crédito del banco central a través del redescuento de activos a corto plazo seleccionados, o bien a través de anticipos o adelantos con garantía. Dicha política está regida por dos funciones básicas, en ocasiones antagónicas del banco central: la obligación de actuar como prestamista de última instancia (para casos de emergencia y no como derecho adquirido para los intermediarios financieros, se añade) y el deber de regular el volumen total del crédito de los bancos comerciales" (33).

Para una visión más objetiva de las diferentes relaciones jurídicas implícitas en el contrato de redescuento y en la transferencia de los títulos valores redescontados, a continuación se presenta un gráfico ilustrativo.

Cuarta parte

Análisis de problemas concretos

En esta materia se estudiarán dos de los principales problemas concretos que se han suscitado a nivel teórico, a saber, el de si el banco central está o no facultado para efectuar operaciones de redescuento a particulares directamente y el referente a la entrega de títulos valores que han sido redescontados, con propósitos de cobro judicial.

A. DESCUENTO DIRECTO A PARTICULARES

Frente al primer problema enunciado, como principio general de banca central, puede afirmarse que el acceso al crédito del banco emisor procede a través de la intermediación de los establecimientos de crédito y no mediante créditos directos a particulares. Esta es la razón por la cual el artículo 19 de los estatutos vigentes (Resolución Ejecutiva No. 105 de 1982) dis-

puso que el Banco de la República ejercerá sus funciones crediticias únicamente por conducto de la intermediación financiera, excepto en casos de ley.

En efecto, los créditos directos que puede otorgar el banco central se hallan expresamente estipulados en las normas legales, de una parte, y de la otra, la teoría de banca central ha llegado a la conclusión de que el banco emisor debe abstenerse de efectuar negociaciones directas de redescuento o anticipo a particulares.

Según M.H. De Kock, aunque algunos bancos centrales están capacitados para operar directamente con el público, sin embargo han venido cada vez más a aceptar el principio de que un banco central, por lo común no debe ocuparse de manera importante de negocios bancarios generales con clientes privados, por el alcance reducido de las operaciones y los resultados poco satisfactorios. Aún más, han estimado que las operaciones bancarias con el público solo deben efectuarse en la medida en que se consideren absolutamente necesarias en bien de los intereses económicos nacionales (34).

Ahora bien, desde el punto de vista estricto del derecho positivo, debe señalarse que la ley orgánica del Banco de la República en su artículo 14 (Ley 25 de 1923) permite el otorgamiento de préstamos no solo a los bancos y al Gobierno Nacional, sino también a favor de los particulares.

Con respecto a la doctrina nacional, se afirma que sobre las operaciones de crédito del Banco de la República con los particulares, en la legislación Kemmerer existieron disposiciones que las permitían, que hasta 1931 ellas no habían sido utilizadas y que para 1932 fue abierta esta nueva fuente de crédito y de emisión, al ejercer el Banco de la República la facultad legal de descontar bonos de los Almacenes Generales de Depósito representativos de café y otros productos. Sin embargo, la misma fuente también anota que cuando este tipo de crédito se convierte en recurso permanente y no estacional, las emisiones así generadas han perturbado en gran manera la estabilidad monetaria general (35).

(32) *Economie Monétaire - I - Institutions et Mechanismes* Mourges, Michelle de - Troisième Edition - Mementos Dalloz - 1978, pág. 43.

(33) *Los Instrumentos de la Política Monetaria* - Fousek, Peter G. Cempla, pág. 24.

(34) *Banca Central* - M.H. De Kock - Fondo de Cultura Económica - México 1946, pág. 134.

(35) *Instrumentos de Dirección Monetaria en Colombia* - Oscar Alviar - Ediciones Tercer Mundo - 1967, pág. 71.

Los anteriores conceptos permiten afirmar que en estricto sentido, el Banco de la República podría conceder préstamos directos a particulares en casos de necesidad. Sin embargo, siguiendo los principios que aquí se exponen no sería conveniente que otorgara este tipo de préstamos en forma directa, entre otras razones, porque las obligaciones derivadas de tales operaciones no quedarían lo suficientemente afianzadas, si se comparan con las seguridades que necesariamente se ofrecen a través de un establecimiento de crédito.

En conclusión, si las circunstancias son tales que se haga absolutamente necesaria la intervención del Emisor, en bien de los intereses económicos nacionales, dicha intervención puede lograrse con mejores resultados a través de los intermediarios financieros, debidamente autorizados para el efecto.

B. ENTREGA DE TITULOS VALORES REDESCONTADOS, CON PROPOSITOS DE COBRO JUDICIAL

En cuanto al segundo problema enunciado, o sea el de la entrega de títulos valores redescontados, con propósitos de cobro judicial, puede afirmarse lo siguiente:

Francesco Messineo en su obra "I titoli di credito" clasifica los documentos, desde el punto de vista jurídico, en probatorios, constitutivos y constitutivo-dispositivos. Según este autor, son documentos probatorios aquellos que sirven como elementos demostrativos de un acto o de una relación jurídica; documentos constitutivos, aquellos que son estrictamente necesarios para el nacimiento o constitución de un estado jurídico o de una relación jurídica y, finalmente, constitutivo-dispositivos, aquellos documentos que son necesarios para ejercitar el derecho que por medio de ellos fue creado (36).

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 619 del Código de Comercio sobre títulos valores, según la cual son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, los pagarés que se presentan para ser redescontados, en su condición de títulos valores, son documentos constitutivo-dispositivos y, en consecuencia, puede afirmarse que no es posible demostrar la relación cambiaria incorporada en el título, sino por medio de su exhibición, tal como lo confirma el artículo 624 del Código de Comercio, según el cual "el ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo".

No obstante lo anterior, como quiera que la Superintendencia Bancaria se pronunció recientemente en materia de retiro de pagarés redescontados por el Banco de la República a los intermediarios financieros, se debe consignar aquí la posibilidad sugerida por el citado organismo, pero no compartida por el autor de este estudio, en el sentido de que los intermediarios financieros podrían optar por solicitar, en lugar de la entrega del pagaré, un certificado del "saldo en deudores varios", para exigir al beneficiario del crédito el pago de la cuota vencida (37).

Por otra parte, debe observarse la trascendencia que comporta para el redescontante la entrega de los títulos valores redescontados, ya que, una vez efectuado, el redescontante por ese solo hecho renuncia a ejercer en su provecho los recursos que le otorga el derecho de cambio incorporado en el título valor. Por esta razón el redescontante deberá tener sumo cuidado en la resolución de este tipo de situaciones.

Por consiguiente, para decidir sobre cualquier solitud de entrega de un título valor ya redescontado por el banco emisor, con el propósito de iniciar su cobro judicial, deben precisarse las situaciones que hipotéticamente dan lugar a la entrega de títulos ya redescontados por el Banco de la República. En este orden de ideas, debe distinguirse si la deuda contraída por el intermediario financiero con el Banco de la República se encuentra o no vencida o se ha hecho o no exigible por determinada razón, puesto que la exigibilidad de las sumas redescontadas depende normal y necesariamente del plazo de vencimiento pactado, salvo las excepciones ya comentadas de discrecionalidad y de desviación del crédito, en cuyos casos dicha exigibilidad puede ocurrir antes del vencimiento de la obligación redescontada.

Si se trata de deudas aún no vencidas o no exigibles, el Banco de la República tendría la única opción de entregar el pagaré original a cambio de otro sustitutivo, debidamente garantizado, en el cual se prevea que si dicho intermediario recibe del deudor original cancelaciones anticipadamente, deberá abonarlas inmediatamente a la obligación que ha contraído con el Banco de la República, con el objeto de evitar que el intermediario obtenga en la práctica una refinanciación. En esta hipótesis de deudas no

(36) I titoli di credito - Messineo, Francesco - Padova - 1953, 2a. Edición, Vol. I, pág. 85 y siguientes.

(37) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria - 1981, pág. 282.

vencidas o no exigibles, el pagaré deberá ser constituido bajo las mismas condiciones del título original, teniendo en cuenta el plazo que falta para el vencimiento de la obligación.

Por otra parte, de acuerdo con los principios generales expuestos en este estudio, la exigencia de la cancelación del crédito es plenamente válida en los siguientes casos: Si el objeto para el cual se otorgó el redescuento dejó de cumplirse efectivamente o se cumplió de manera imperfecta; y si existe una duda razonable sobre la imposibilidad de cumplir con los objetivos señalados por la autoridad competente.

Todo lo anterior, por cuanto que tal como ya se indicó, la "afectación del crédito" es un elemento que la autoridad monetaria ha determinado como esencial (38). En efecto, solo en esta forma el control del crédito, como prolongación de la supervigilancia de la gestión bancaria, tenderá a orientar la creación de la moneda hacia la realización de los objetivos-económicos y financieros trazados por el gobierno (39).

En consecuencia, quien, en una u otra forma, falte a sus obligaciones en cuanto a las finalidades previstas o incumpla con los requisitos formales exigidos por la autoridad crediticia, puede, con arreglo a derecho, ser obligado a reembolsar inmediatamente el crédito obtenido, así dicho crédito no se encuentre vencido aún.

De acuerdo con todo lo anterior, sería aceptable la sustitución del pagaré original por otro y, en consecuencia, sería procedente la entrega, bajo las siguientes condiciones: Que no esté vencida la obligación del banco intermediario con el Banco de la República; que la obligación redescontada no se haya hecho aún exigible por incumplimiento de los requisitos formales o por desviación real o presunta o que no exista duda razonable sobre la imposibilidad de cumplir con los objetivos señalados por la autoridad competente; que el pagaré sustituto contenga las mismas condiciones pactadas originalmente y se otorgue por el valor pendiente de pago y por el plazo que falta, según el pagaré original y que el pagaré sustitutivo prevea que si el banco intermediario obtiene cancelaciones anticipadas de su cliente, se obligue a abonarlas inmediatamente al Banco de la República.

Si por el contrario, se analiza la hipótesis de deudas vencidas o exigibles, se puede afirmar que la cancelación del valor redescontado es imperativa para el

intermediario financiero en todos aquellos casos en que su obligación con el Banco de la República esté vencida o se haya hecho exigible, y desde el mismo momento en que ocurra dicho vencimiento, por haberse hecho exigible la deuda.

Lo anterior, en vista de que el vencimiento de la obligación vigente entre el cliente y el intermediario implica necesariamente el vencimiento de la vigente entre éste último y el Banco de la República, pues las dos clases de obligaciones, o sea la derivada del contrato mutuo y la derivada del redescuento se pactan con el mismo plazo de vencimiento, a fin de no permitir eventuales refinanciaciones y en virtud de disposiciones expresas de la Junta Monetaria. Al respecto, ha dicho la Superintendencia Bancaria que el intermediario no podrá pactar con sus clientes plazos de amortización diferentes de los fijados por la Junta Monetaria, razón por la cual no puede existir discordancia entre la fecha en que se le hace exigible la cuota al cliente y en la que se hace el cargo al intermediario (40), y ha añadido que en este aspecto el intermediario financiero no verá afectados sus intereses, por cuanto podrá exigir el pago de la obligación al principal obligado al mismo tiempo que el Banco de la República (41).

Con base en la hipótesis aquí planteada, el Banco de la República no puede aceptar la solicitud de entrega de un pagaré sustitutivo, puesto que la obligación resulta exigible del pleno derecho y, a su vencimiento, deberá cargar el monto de la deuda al intermediario financiero.

Con respecto a la justificación del cargo al intermediario por parte del Banco de la República, la Superintendencia Bancaria ha dicho: "Cuando este último (se refiere al Banco de la República) carga al intermediario financiero la parte que le corresponde al Fondo Financiero, al sobrevenir el vencimiento de la cuota del usuario, simplemente ejecuta la obligación contenida en el pagaré respecto del banco, quien por el endoso en propiedad se ha constituido en obligado en vía de regreso respecto del Banco de la República" (42). En estas condiciones, el cargo en

(38) Droit de la Banque - Gavaldá, Christian - Thémis - 1974, pág. 572.

(39) *Ibidem*, pág. 292.

(40) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria - 1981, pág. 285.

(41) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria - 1981, pág. 282.

(42) Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria - 1981, pág. 281.

cuenta corriente debe analizarse como el ejercicio de un recurso cambiario en cabeza del redescantante.

Con respecto al cargo en cuenta corriente, la doctrina ha dicho: El producto del redescuento es abonado normalmente en la cuenta corriente del redescantado. En caso de no pago el banquero, basado en el contrato de cuenta corriente, tiene de oficio el derecho de cargar el monto del efecto en el debe de la cuenta del redescantado, inclusive aún después de la quiebra o liquidación del redescantado y aún después de las oposiciones de los terceros (43). Por su parte el Código de Comercio en su artículo 1385 señala que el banco (redescantante) puede salvo pacto en contrario, acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores.

Todo lo anterior, como quiera que los fondos suministrados por el Banco de la República no pueden depender de las contingencias que ocurran en las relaciones del deudor original con su intermediario, tal como lo ha confirmado el Consejo de Estado, como ya se ha visto.

Debe observarse por otra parte, que según la doctrina, el redescantante que ha cargado la cuenta corriente del redescantado es considerado como reembolsado y pierde por este hecho sus recursos contra los demás coobligados, aún si dicho cargo en cuenta solo ha tenido por efecto hacer aparecer o acrecentar un saldo deudor. Esto supone, por consiguiente, que el redescantante deberá evitar los cargos en cuenta siempre que desee conservar los recursos contra los demás coobligados, salvo en casos de quiebra o liquidación del redescantado (44).

A continuación, es forzoso analizar la forma de pago prevista por el artículo 882 del Código de Comercio. El artículo citado dispone lo siguiente: "La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera".

La interpretación de esta norma, conduce a afirmar lo siguiente:

La norma se refiere a la eventualidad de que el deudor de una obligación entregue al acreedor en calidad de pago, letras, cheques, pagarés u otros títulos valo-

res, mas no a la devolución del pagaré o título valor que sirvió de base para el otorgamiento del crédito, efectuada por el acreedor (redescantante).

La anterior afirmación se basa en que la norma califica esa entrega como entrega "por obligación anterior", lo cual quiere decir que es el deudor de esa obligación anterior quien puede optar por entregar títulos valores en lugar de sumas de dinero.

La aceptación de la validez de este argumento basta para afirmar que el artículo 882 del Código de Comercio no es aplicable para los casos en que se pretenda la devolución del título que sirvió de base para el redescuento en el Banco de la República.

Desde el punto de vista de los efectos jurídicos del artículo 882 que se comenta, es necesario indicar en primer lugar que para que la entrega de títulos valores por parte del deudor no valga como pago, debe estipularse tal hecho expresamente; en segundo lugar, cabe afirmar que si el documento entregado al acreedor "es rechazado (por el deudor) o no es descargado" (por el acreedor), llevará implícita la condición resolutoria del pago, lo cual implica que cumplida la entrega del título valor (condición), se extinguirá el derecho que tiene el acreedor frente a su deudor y por consiguiente cesará el efecto jurídico de la obligación contraída por este último.

Por lo expuesto en el primer punto antecedente, se estima que el artículo 882 del Código de Comercio no es aplicable a la eventual devolución de los pagarés que ha redescantado el Banco de la República.

El análisis anterior también permite afirmar que a la exigencia por parte del banco redescantante de un pagaré sustituto del entregado para cobro judicial no le es aplicable la norma que se estudia. En efecto, para este caso concreto, la entrega del pagaré sustituto efectuada por el redescantado (deudor) al redescantante (acreedor) se efectúa no como entrega "por obligación anterior", como dice el artículo 882 del Código de Comercio, sino como entrega "por la misma obligación".

(43) *Les opérations de banque - Ferroniere y De Chillaz - 6a. Edición, 1980, pág. 374.*

(44) *Les opérations de banque - obra ya citada, pág. 374.*

Conclusión

El autor pretende que los principios aquí sistematizados contribuyan a estructurar y armonizar la legislación, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica bancaria actualmente existentes sobre el con-

venio de redescuento. Sin embargo, aunque ha puesto todo su empeño en hacer de este estudio una fuente de consulta útil y adecuada, es consciente de sus propias limitaciones y, por consiguiente, agradece las observaciones que al respecto puedan servir para perfeccionar los mecanismos jurídicos que permitan delimitar definitivamente la institución jurídica del redescuento y, obviamente, contribuir al desarrollo del derecho bancario colombiano.