

308909
24
2ej



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DESCUENTO DE DERECHOS DE CRÉDITO
POR INSTITUCIONES DE CRÉDITO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

OLGA PATRICIA GUTIÉRREZ NEVÁREZ

DIRECTOR DE TESIS:
GONZALO GARCÍA VELASCO

MÉXICO D.F.

TESIS CON
FALLA DE CRÉDITO

272883

1999



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.

Agradecer es quedarse quieto para voltear a nuestro alrededor, descubrirse en el esfuerzo, la alegría, los valores y sobretodo en el cariño de las personas con quien nos ha tocado compartir la vida, para dejar de callar el orgullo por saberse parte de todas ellas. La lista de los quienes y de las razones es muy larga, pero indudablemente mi agradecimiento más profundo es a mis padres, a Roberto y a María Fernanda.

INDICE.

INTRODUCCIÓN..... I

CAPÍTULO I.- MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. 1

**CAPÍTULO II.- APUNTES GENERALES SOBRE LAS INSTITUCIONES DE
CRÉDITO. 9**

 A. EVOLUCIÓN DE LA BANCA EN MÉXICO. 9

 B. MARCO JURÍDICO 22

 C. OPERACIONES BANCARIAS 35

**CAPÍTULO III.-EL CONTRATO DE DESCUENTO COMO OPERACIÓN
BANCARIA..... 50**

 A. HISTORIA DEL DESCUENTO EN MÉXICO 50

 B. DEFINICIÓN DE DESCUENTO..... 68

 C. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUENTO 71

 D. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE DESCUENTO..... 81

 E. DERECHO COMPARADO. 93

**CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE
DESCUENTO BANCARIO..... 104**

 A. ELEMENTOS: 104

i.) Elementos Personales..... 104

ii) <i>Elementos Reales</i>	114
iii) <i>Elementos Formales</i>	125
B. CLÁUSULAS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES	137
CAPÍTULO V.-CLASES DE DESCUENTO, FIGURAS AFINES Y SUS	
DIFERENCIAS	143
A. CLASES DE DESCUENTO.....	143
i) <i>Descuento de títulos de crédito</i>	143
ii) <i>Descuento de derechos de crédito documentados diversos a títulos de</i> <i>crédito y no documentados</i>	146
iii) <i>Descuento Bursátil</i>	148
iv) <i>El Redescuento</i>	150
B. FIGURAS AFINES Y SUS DIFERENCIAS.....	152
i) <i>Factoraje</i>	152
ii) <i>Descuento de Créditos en Libros</i>	154
iii) <i>Apertura de crédito con garantía prendaria de créditos</i>	160
iv) <i>Comisión mercantil para la cobranza</i>	162
CONCLUSIONES	164
BIBLIOGRAFÍA	167
LEGISLACIÓN Y REGLAMENTOS	169

INTRODUCCIÓN

El sistema de derecho que en nuestros días impera se basa en la autoridad total del legalismo sobre todas las fuentes de derecho diversas a la ley, basadas en la pretensión y diríamos sobrestimación del legislador para abarcar y preveer todos y cada uno de los hechos posibles y sus consecuencias en la esfera jurídica de una sociedad.

No obstante, la realidad nos enfrenta a una serie de hechos no previstos por la ley a las cuales el jurista debe dar solución o encontrar la norma jurídica aplicable, lo que provoca que éste deba tener una calidad más allá de simple conocedor o lector de leyes, sino que debe alcanzar la norma jurídica aplicada a los casos concretos sirviéndose de la ciencia del derecho en su más amplio sentido.

El descuento de derechos de crédito es una de tantas instituciones jurídicas que no se encuentra regulada en el cuerpo legal vigente, pero no por este hecho podemos decir que no hay una norma jurídica aplicable, sino que será trabajo del jurista establecer su contenido y consecuencias de derecho, por lo que una de las intenciones del presente trabajo es establecer un ejercicio de determinación del contenido y alcance jurídico de una de las figuras no reguladas expresamente por nuestra legislación, pero ante cuya ausencia no es posible establecer la falta de derecho aplicable.

Esta situación es mas patente entre los comerciantes que entre las personas de derecho civil, debido principalmente a que es precisamente el ámbito mercantil en donde frecuentemente incide la modernidad, los avances tecnológicos, el tráfico constante, que ocasiona la frecuente necesidad de acudir a la labor de los juristas para normar sus operaciones y hacer exigibles sus derechos.

Dentro de los comerciantes la obtención de recursos dinerarios en forma oportuna es una de las prioridades para la buena marcha de una negociación mercantil, por lo que cobra especial relevancia el financiamiento o la obtención de dichos recursos, para lo cual los comerciantes acuden a diversos mecanismos para hacerse de recursos monetarios de aquéllos que por lo pronto no requieren la disposición de los mismos. Las instituciones financieras y más claramente las instituciones de crédito intermedian entre aquéllos que por lo pronto no requieren la utilización de su dinero y aquéllos que lo necesitan para su desarrollo comercial.

El descuento surge como una alternativa o medio a que los comerciantes acceden para obtener la liquidez que sus derechos a plazo o aún no vencidos no les pueden proveer en el momento necesario, por lo que acuden a instituciones de crédito a efecto de obtener este beneficio mediante la utilización de los recursos de los depositantes a través de operaciones denominadas activas.

El presente trabajo igualmente busca establecer los lineamientos y alcances de la operación de descuento, actividad identificada como un medio u operación a la cual las instituciones de crédito pueden acceder para otorgar la liquidez que su clientela requiere y/o cuya calidad crediticia no sea lo suficientemente sólida como para hacer frente a un crédito u otro medio de financiamiento, efectuando operaciones de descuento en lugar de otras como las de factoraje, por no estarles permitidas, o aperturas de crédito con garantía prendaria de derechos de crédito cuyo desarrollo pudiera no representar todos los alcances deseados en la recuperación de las cantidades desembolsadas.

El trabajo desarrollará primeramente el método de interpretación al cual los juristas deberemos acceder conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para determinar posteriormente el contenido obligacional del instituto jurídico en estudio; posteriormente analizaremos brevemente la historia, el marco jurídico y las operaciones bancarias a efecto de establecer el marco jurídico en el que la actividad bancaria se desenvuelve en nuestro país, así como entender la actividad bancaria y el lugar ocupado por las operaciones de descuento dentro del desarrollo de las instituciones de crédito.

Posteriormente nos adentraremos en el estudio doctrinal y legal del instituto, sin acudir a la experiencia judicial que al respecto es nula en los anales jurisprudenciales, para establecer la naturaleza y contenido de la figura jurídica del

CAPÍTULO I.- MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

El presente capítulo si bien no es propiamente un apartado a desarrollarse dentro del estudio del descuento de derechos de crédito, es menester indicar de manera general los principios de interpretación o de técnica jurídica que los estudiosos del derecho han desarrollado y empleado a efecto de poder interpretar el contenido del derecho y que cobra relevancia en el estudio del tópico del descuento de derechos de crédito en virtud a que no es una operación regulada específicamente por las leyes mexicanas vigentes.

Resulta pues necesario manifestar en forma preliminar que la institución del descuento de derechos de crédito no se encuentra regulado en las leyes positivas mexicanas vigentes, sin embargo dicha omisión del legislador no obsta para considerar que carece de sustento jurídico o bien que se trata de un hecho que no importa consecuencias de derecho, sino que es menester interpretar con base en la técnica jurídica el contenido del instituto, así como la resolución de los casos particulares que llegaren a presentarse con motivo de controversias sometidas a su resolución a los órganos jurisdiccionales.

Así las cosas consideraremos en forma breve la escuela aceptada o adoptada por la legislación mexicana, al amparo de la cual efectuaremos el análisis de la figura jurídica conocida como el descuento de derechos de crédito.

Los estudios de los métodos de interpretación actualmente en uso se basan esencialmente en el imperio de la ley como fuente primordial y en ocasiones única del derecho, y por su conducto se le da vigencia limitada a otras fuentes formales del derecho como lo son la costumbre y la jurisprudencia. En el primero de los casos la costumbre sólo es vigente en nuestro derecho positivo a partir de la declaración que la propia ley haga de su aplicación y además ésta no deberá contrariar las disposiciones contenidas en el sistema legislativo vigente (*praeter lege*); en el segundo de los casos resulta claro que la jurisprudencia sólo podrá interpretar el derecho primeramente con base en la ley y de su interpretación jurídica y en última instancia en los principios generales del derecho, como lo establecen los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 19 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y el 1324 del Código de Comercio.

Sin embargo el hecho que el sistema positivo mexicano reconozca en forma tan limitada dichas fuentes formales del derecho y que sugiera a la ley como única fuente capaz de crear derecho agotándose en éste la existencia y vigencia del primero, así como a su interpretación como único medio para colmar los requerimientos jurídicos que la realidad impone, creemos que no obsta a pensarse tal como única fuente creadora del derecho, ni que no existe derecho más allá de lo señalado por la misma; pero nos enfrentamos a un sistema totalmente legalista que subsume el derecho a la ley y con ello la ejecutoriedad de éste impuesto por la autoridad igualmente regulada por la ley.

Es por ello que analizaremos la figura del descuento al amparo de los principios de interpretación señalados por el legislador y con los límites por él establecidos, sin que ello implique que estemos convencidos de que el derecho sólo puede extraerse o conocerse a través de dicha fuente.

También consideramos que un trabajo de investigación jurídica no debe dejarse solamente a este tipo de interpretación, es necesario acudir a los autores y estudiosos del derecho a efecto de tener marcos más amplios y opiniones autorizadas sobre el contenido del objeto de estudio.

Así las cosas recordaremos brevemente que el artículo 14 constitucional en su cuarto párrafo establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 14.- ...

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

De la transcripción antes hecha queda de manifiesto que el método de interpretación o hermenéutica que el legislador previó como aplicable a nuestro orden normativo es aquél que deriva de la propia ley. En este tenor existen varias escuelas de interpretación entre las que destacan la Escuela de la Exegésis, la Escuela del Derecho Libre y la Escuela de la Libre Investigación Científica.

El método exegético supone la interpretación de la ley cuando ésta no es clara debiendo acudir a los siguientes elementos en el orden así establecido (i) su interpretación gramatical, (ii) su interpretación lógica para descubrir el espíritu de la ley. Sin embargo estos métodos suponen la existencia de una norma aplicable para el caso en concreto pero que por su técnica legislativa o por los significados multivocos de su lenguaje no resulta clara y directa su interpretación. El problema surge cuando la ley no previó casos específicos por lo que habría que acudir a interpretar la ley (tal y como lo establece la Constitución) a efecto de concluir el ordenamiento aplicable para el caso, por lo que la escuela exegética establece como aplicables en estos casos: (i) el argumento en contrario (*contrario sensu*) y (ii) posteriormente los argumentos o razonamientos de analogía que pueden ser *a pari*, *a majori ad minus* y *a minori ad majus*, todos ellos basados en el razonamiento de que cuando existe una misma razón jurídica la disposición debe ser la misma. En todos estos métodos lo que se busca es establecer la solución de derecho que el legislador hubiera consentido de haber conocido la misma hipótesis.

La escuela del Derecho Libre, supone que la interpretación debe presentarse con base exclusivamente en la justicia, lo que implica que la resolución deberá darse con base en el análisis de la realidad ímperante al momento de la resolución del caso concreto y del concepto de justicia que dicha sociedad (a la que habrá de aplicarse el derecho) tiene en el mismo momento. Consideramos que si bien en toda aplicación del derecho debe atenderse a buscar

la justicia como fin primordial del derecho resultaría contrario a la certeza y seguridad jurídica establecer momento a momento el contenido del derecho de acuerdo a los lineamientos marcados por la sociedad.

Finalmente la escuela de la libre interpretación científica no difiere de manera importante de la exegética, sin embargo ésta acepta otras fuentes del derecho además de la ley, por lo que la utilización de dicho método conforme a los ordenamientos constitucionales resulta parcial en cuanto al contenido que la misma ha querido establecer para otras fuentes del derecho. Gèny el principal exponente de dicha teoría establece como proceso de la interpretación la investigación de la finalidad perseguida por el legislador (*ratio legis*) en el momento en que el legislador definió las soluciones jurídicas (*occasio legis*), tomando en consideración los principios y concepciones jurídicas que el legislador consideró para determinar la ley, independientemente de su fuerza o calidad objetiva, así como el estudio de los trabajos preparatorios y de discusión. Pero Gèny establece que la interpretación de la ley tiene precisamente como límite la propia ley, es decir no se puede dar solución a una consideración no resuelta en la ley a través de este método interpretativo, sino a través de la integración.

La integración para Gèny es concluir el derecho aplicable en ausencia de una disposición vigente para el caso en concreto, no circunscribiéndose a la ley, pero en nuestro caso el principio constitucional nos obliga a ello. El método para concluir dicha circunstancia es precisamente el analógico, la aplicación analógica

supone no solamente una identidad entre algunas de las premisas legisladas y las no legisladas, sino que además debe haber una misma razón para resolver el caso en concreto ¹.

Así este método está destinado a colmar las lagunas legales mediante el establecimiento de una supuesta voluntad legislativa, sin perder de vista la realidad imperante o la naturaleza de las cosas, así como los ideales de justicia, equidad y los principios generales del derecho que debieron influir en la creación de la disposición legal análoga. Este procedimiento no debe ser considerado como un método hermenéutico sino precisamente porque no existe ley es que se acude al mismo, sin embargo el hecho de decidir si a dos hechos semejantes se les debe aplicar la misma consecuencia de derecho no sólo debe residir en un razonamiento lógico o sistemático (de armonía entre las disposiciones legales), sino en un contenido axiológico o de valor que en derecho su contenido se denomina como los principios generales del derecho.

En continuo de los principios de interpretación establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a continuación transcribimos las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Comercio al respecto:

¹ MAYNEZ GARCÍA, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 10ª ed., México, Edit. Porrúa, 1940, pp. 342 y 343.

“Artículo 19.- Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.”

“Artículo 1324.- Toda sentencia debe ser fundada en ley y si ni por el sentido natural ni por el espíritu de ésta se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales del derecho tomando en consideración todas las circunstancias del caso.”

De los textos antes transcritos se puede concluir que ha sido el propio legislador quien estableció los principios y en el orden que deben ser aplicados para interpretar la ley, pero que no admite otra interpretación a la luz de las fuentes formales del derecho fuera de las que la propia ley estrictamente prevé, conservando el monopolio de la creación del derecho al legislador, y a tener por derecho aquello que éste hubiera determinado como tal.

Para mayor abundamiento el Código Civil para el Distrito Federal contempla en los artículos 1851 y siguientes, reglas para la interpretación de los contratos (otra fuente de creación del derecho) en la que siguiendo el mismo sistema de la Constitución establece que: (i) primeramente se atenderá al sentido literal de sus términos si no dejaren duda sobre la intención de los contratantes y si son claros, prevaleciendo en todo caso la intención de los contratantes sobre las palabras

contrarias a dicha intención, (ii) en segunda instancia deberá interpretarse el sentido de las cláusulas en forma armónica y sistemática, atribuyendo a las dudosas el contenido que resulte del resto de las cláusulas. (ii) el uso y la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar ambigüedades de los contratos, con lo que se da entrada parcial a la costumbre como fuente formal del derecho y solamente para interpretar controversias en cuanto a lo que las partes contratantes entendieron y quisieron, conforme a sus usos y costumbres, al momento de contratar.

Finalmente para el caso de contratos no regulados por la ley éstos se regirán en el orden siguiente: reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas por las disposiciones con el contrato con el que tenga más analogía de los regulados. Por lo que se infiere que las disposiciones Constitucionales y legales se aplican sistemáticamente a la interpretación de los contratos, atendiendo a la voluntad de los contratantes en lugar de la del legislador y abriendo el camino a la analogía como método para cubrir las lagunas de los contratantes.

Expuesto lo anterior nos adentraremos al estudio del instituto jurídico materia del presente análisis a la luz de las disposiciones de derecho positivo mexicano, en cuanto a la interpretación de las leyes.

CAPÍTULO II.- APUNTES GENERALES SOBRE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

El presente capítulo tiene como finalidad establecer el panorama jurídico en el cual se analizará la figura jurídica del *descuento*, estableciendo en términos generales el marco histórico y jurídico en donde dicho instituto habrá de presentarse.

A. EVOLUCIÓN DE LA BANCA EN MÉXICO.

México surge como un país carente de instituciones crediticias propiamente dichas, sin empresas dedicadas a la prestación habitual del servicio de crédito, sin embargo existen ciertas instituciones o corporaciones encargadas de realizar operaciones que actualmente denominaríamos bancarias y financieras, como es el caso del Monte de Piedad de Animas, mismo que hasta la fecha otorga préstamos con garantía prendaria y el Banco de Avío de Minas fundado en 1784, el cual durara años después a la independencia de la Nueva España, atendiendo la actividad minera.²

En este orden de ideas y durante el procedimiento de desvinculación de España en materia no sólo política sino en otros campos tales como el jurídico, es

²MARTÍNEZ SOBRAL. Enrique. Estudios elementales de Legislación Bancaria, México, Edición tipográfica de la Oficina Impresora de Estampillas, 1911, p 3, citado por ACOSTA ROMERO Miguel. Derecho Bancario 4a ed., México, Edit Porrúa, 1991, p. 108.

importante indicar que al momento de la independencia de México el derecho aplicable en la materia mercantil en general y en particular para tópicos "bancarios", era el derecho español, específicamente las ordenanzas emitidas para tales asuntos, como lo fueron las *Ordenanzas de Bilbao*, sistema normativo que subsistió en el México independiente hasta la promulgación del llamado *Código de Lares de 1854*.

Por su parte las constituciones federal de 1825 y centralistas de 1836 (*Las Siete Leyes Constitucionales*) y 1943 (*Bases Orgánicas*), así como en los inicios de la vigencia de la Constitución Federal de 1857, no contemplan como facultades del Congreso Federal en alguno de los casos mencionados, la de legislar en materia mercantil, por lo que la actividad mercantil continuó rigiéndose por el derecho que imperaba bajo el sistema colonial, con una vigencia diríamos prácticamente consuetudinaria. Durante esta etapa el propio Estado fundó bancos encausados para el desarrollo de ciertas áreas económicas, o fines específicos, tales como el Banco de Avío para Fomento Industrial y el Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre. Por otro lado en 1924 se estableció la primera representación bancaria del extranjero que fue la Casa Barclay, de Londres, Inglaterra.³

³DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Titulos y contratos de crédito, quiebras. 2a ed., México, Edit Harla, 1984, Tomo II Derecho bancario y contratos de crédito, pp 41 y ss

En 1854 Antonio López de Santa Anna promulga el primer *Código de Comercio Mexicano de corte no federal*, comúnmente llamado el *Código de Lares*, el cual derogaba las *Ordenanzas de Bilbao*. Este código nace bajo la vigencia de una constitución centralista, sin embargo su aplicación fue muy efímera, tanto por su imposibilidad de colmar toda la materia mercantil, como por la endeble situación política que enfrentaba su promulgador. A la caída de Santa Anna, existe un periodo de incertidumbre, ya que fue hasta 1857 que se emite una nueva Constitución Política, siendo lógico afirmar que durante el periodo comprendido entre la derogación del *Código de Comercio de Lares* y la emisión de la nueva reglamentación mercantil como facultad del legislativo federal, la legislación aplicable fue la contemplada por las *Ordenanzas de Bilbao* y en general el derecho novohispano, debido a la ausencia de permeabilidad de las disposiciones del *Código de Lares* durante su corta vigencia.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*, de corte federal, atribuía al Congreso, en el artículo 72 fracción X la facultad de establecer las bases generales de la legislación mercantil. A juicio del maestro Francisco Borja Martínez, las disposiciones en particular sobre la materia de comercio serían emitidas por los Estados de la Federación, y en virtud de que el legislativo no se dio a la tarea de dictar los ordenamientos generales, sino hasta 1884, en forma local se declaró la vigencia bien del *Código de Lares*, o bien de las *Ordenanzas de Bilbao* o incluso se llegó a la emisión de Códigos locales que contenían dichas

disposiciones⁴ Cabe afirmar que durante la etapa del Segundo Imperio, se reinstaura la vigencia del *Código de Lares* en todo el territorio nacional, o al menos en la parte controlada por las tropas imperiales.

Así las cosas y ante la evidente falta de unificación en la legislación mercantil en lo general y bancaria en lo particular, se comenzaron a constituir bancos bajo un esquema de incertidumbre y de falta de uniformidad en cuanto a su reglamentación; por un lado en 1864 se establece en México una sucursal del Banco de Londres y Sudamérica⁵, el cual se regula bajo el sistema general del derecho mercantil creado por el *Código de Lares*, durante el Imperio de Maximiliano, rigiéndose de manera importante por los Estatutos Sociales de dicha persona moral.

Por otro lado y con motivo de la restauración del orden novohispano, ante la ausencia de la legislación promulgada por la República Federal, se crearon dos corrientes de normatividad para la actividad bancaria; (i) por un lado el derecho castellano establecía un régimen de características particulares para la banca, tales como un régimen de autorización previa del Estado, un sistema especial en contraposición al del mercantil en general, la característica de "oficio público", la solvencia y la necesaria naturaleza corporativa y solidaria de las que en él

⁴BORJA MARTÍNEZ, Francisco, en el estudio introductorio a CASASUS, Joaquín Las instituciones de Crédito, 1890, ed. facsimilar 1991, México, Edit. Miguel Angel Porrúa, 1991. p [25]

⁵ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario 4a ed , México. Edit Porrúa. 1991, p 113

participaban, la exclusión de los extranjeros, etc., (ii) y por el otro la vigencia del sistema general del derecho mercantil, es decir la falta de especialización, por el que venía operando el Banco de Londres y Sudamérica, basado en la normatividad genérica de la materia. De igual forma se crearon bancos regionales en los Estados de la Federación al amparo de las legislaciones locales.⁶

Ante tal situación en los años setentas del siglo XIX, los bancos optaron por la certidumbre que ofreció el régimen de contratos de concesión con el gobierno federal o con los gobiernos de los Estados, según el caso, contratos sancionados ante los congresos correspondientes, en los cuáles se establecía el régimen particular aplicable, rigiéndose en su actividad y relación con los particulares, por dichos contratos-estatutos sociales.

En 1881 se funda mediante contrato celebrado por el General Miguel de la Peña Secretario de Estado de Hacienda y Crédito Público en representación del presidente Manuel González, el Banco Nacional Mexicano, autorizado para operar depósitos, descuentos y emisión, mismo que al fusionarse en 1884 con el Banco Mercantil Mexicano, dio paso al Banco Nacional de México.⁷

⁶BORJA MARTÍNEZ, Francisco. en el estudio introductorio a CASASUS, Joaquín Las Instituciones de Crédito, 1890, ed facsimilar 1991, México, Edit. Miguel Angel Porrúa, p. [25] y [26]

⁷LABASTIDA, Luis G. Estudio Histórico y Filosófico sobre la legislación de los bancos 1889, 2a edición facsimilar, México, Miguel Angel Porrúa, 1989, p. 341

"Artículo 72: El Congreso tiene facultad:

...

Fracción X: Para expedir Códigos obligatorios en toda la República de Minería y Comercio, comprendiendo en este último, las instituciones bancarias.

...¹⁸

Así las cosas en 1884 se expidió el primer *Código de Comercio Federal*, mismo que regulaba la materia bancaria, código que fue abrogado por el diverso de 1889, que es vigente hasta nuestros días. En esta última legislación, se dejó en suspenso la regulación de las instituciones de crédito, estableciendo de forma legal, la práctica del régimen contrato-concesión. En el artículo 640 del vigente *Código de Comercio*, se establecía lo siguiente: "*Las instituciones de crédito se regirán por una ley especial, y mientras ésta se expide ninguna de dichas instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin el contrato respectivo, aprobado en cad.: caso. por el Congreso de la Unión.*"¹⁸

¹⁸ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario 4a ed., México, Edit. Porrúa, 1991, p 114

¹⁹BORJA MARTÍNEZ, Francisco. en el estudio introductorio a CASASUS, Joaquín Las Instituciones de Crédito, 1890, ed. facsimilar 1991, México, Edit. Miguel Angel Porrúa, p. [33]

En 1897 se publica la *Ley General de Instituciones de Crédito*, en la cual se advierte el triunfo del sistema de amplia libertad en la prestación de los servicios bancarios¹⁰, y se reconoce la especialización de los bancos para determinados ámbitos u operaciones bancarias, estableciéndose un sistema mixto aunque predominantemente liberal, encontrándonos ante cuatro tipos de instituciones de crédito:

1. Bancos de Emisión.
2. Bancos Hipotecarios
3. Bancos Refaccionarios
4. Almacenes Generales de Depósito.

Así las cosas, con el inicio del periodo revolucionario se acentúan las deficiencias en el control de emisión monetaria por parte de los bancos, al no existir un respaldo real para la moneda fiduciaria que circulaba.

En 1912 se declara una bancarrota generalizada, creándose a partir de entonces, diversas comisiones reguladoras o vigilantes de la actividad bancaria, como la Comisión Reguladora e Inspectoría de Instituciones de Crédito y la Comisión Monetaria.¹¹

¹⁰Idem, p.[32]

¹¹ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario 4a ed., México, Edit. Porrúa, 1991, p. 115 y 116

En 1916 Se decreta la caducidad de la mayoría de las concesiones bancarias, subsistiendo sólo algunos de los bancos. Dávalos Mejía ilustra que mediante decreto del mismo año se abrogan las concesiones a bancos privados, incautándose los bienes de los mismos para garantizar la emisión de moneda, publicándose en años posteriores diversas regulaciones tendientes a recrear el sistema bancario así como ocuparse de su regulación.¹²

El Decreto que reforma la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*, emitido el 5 de febrero de 1917, establece en su artículo 28 el monopolio estatal de la emisión de moneda, previendo la creación de un banco central encargado de tal asunto.

De tal virtud, y tras la promulgación de diversas leyes tendientes al saneamiento del sistema bancario mexicano en los diversos ámbitos, el 24 de diciembre de 1924 se promulga la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, misma que prevé la creación de la Comisión Nacional Bancaria como ente vigilante y regulador de la actividad.

En agosto de 1925, se promulga la Ley que crea el Banco de México, como banco central y emisor de moneda, Cabe decir que dicho banco era una Sociedad Anónima, naturaleza societaria que debía ostentar dicho banco.

¹²DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, 2a ed., México, Edit. Harla, 1984, Tomo II Derecho bancario y contratos de crédito, pp. 52.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925 sufre diversas modificaciones en 1926, y en 1932 se promulga la nueva *Ley General de Instituciones de Crédito*, la cual establece las operaciones permitidas a las Instituciones Nacionales del Crédito (otorgándoles su naturaleza) y a las Instituciones de Crédito, las cuales son:

- Recibir depósitos a la vista, a plazo o a previo aviso.
- Recibir depósitos en cuenta de ahorros.
- Emitir bonos de caja,
- Emitir Bonos Hipotecarios
- Actuar como fiduciarios.¹³

En el año de 1932 se expide la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, regulando, para la actividad mercantil en general, los asuntos concernientes a los títulos de crédito, así como a las operaciones de crédito, dentro de las cuáles se encuentran reguladas algunas de las operaciones efectuadas por los bancos. Para 1934 se publica la *Ley General de Sociedades Mercantiles*. La Ley de General de Instituciones Crédito regula en lo particular las actividades de los bancos por cuanto hace a la operación del crédito, ya que la citada ley no norma las instituciones jurídicas operadas por los bancos. acotando o definiendo lo expuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde se regulan las operaciones crediticias, delegándose de forma exclusiva a los bancos la operación de fideicomiso en su carácter de fiduciarios.

¹³ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario 4a ed., México, Edit. Porrúa, 1991, p. 118

A partir de entonces el *Código de Comercio* se empieza a derogar parcialmente por leyes especiales como las ya mencionadas, y otras como la *Ley del Contrato de Seguro*, la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, etc., y el Gobierno Federal comienza a crear bancos que resuelvan las necesidades de determinada actividad económica, tales como la industria azucarera (Financiera Nacional Azucarera), la industria en general (Nacional Financiera), el ámbito agrícola (Banrural), etc.

En 1941 se publica la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares*, la cual modifica la regulación anterior en el sentido de especializar nuevamente la actividad bancaria, imponiéndose siete tipos de establecimientos bancarios: (i) de depósito, (ii) de ahorro, (iii) fideicomiso, (iv) capitalización, (v) financieras (vi) hipotecarias y (vii) ahorro y préstamo para la vivienda familiar. De igual forma regulaba a las Organizaciones Auxiliares del Crédito, y admite y regula a reserva de las leyes especiales de su creación las Sociedades Nacionales del Crédito.¹⁴

En el llamado periodo proteccionista de nuestra economía, en 1965 se decreta la prohibición a extranjeros de ser tenedores de acciones de bancos mexicanos.

¹⁴DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, 2a ed., México, Edit. Harla, 1984, Tomo II Derecho bancario y contratos de crédito, pp. 56

Sin embargo 1970 marca nuevamente un parteaguas en las instituciones crediticias, ya que se decreta, a través de la modificación al artículo 99 de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares*, la posibilidad de crear los llamados "grupos financieros", es decir, la asociación de varios bancos que celebraban diversas actividades, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos tales como la autorización de la Secretaría de Hacienda y la conformación de un fondo con cierto porcentaje del su capital. En este mismo orden de ideas en 1975 se permite la fusión de bancos pertenecientes a grupos financieros con el objeto de crear una banca múltiple, regulándose tales instituciones en las *Reglas para el Establecimiento y Operación de Bancas Múltiples de 1976*, y el 1978 se reforma la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares* para incorporar un capítulo relativo a la banca múltiple.

En 1982 se dio la llamada "nacionalización de la banca", aunque en técnica jurídica debió ser denominada como la expropiación bancaria, debido a la naturaleza de la acción empleada por el Ejecutivo Federal, quien actuó con facultades metaconstitucionales.

En tal tenor y debido a modificaciones constitucionales al artículo 28, con la finalidad de aplicarlo retroactivamente y convalidar la ilegal expropiación, que hizo del servicio bancario un servicio público de banca y crédito, se publicó el 31 de diciembre de 1982 la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito*

de 1983, derogando, las disposiciones relacionadas con la tenencia privada del capital de los bancos, generando un sistema de control y operación estatal, pero por lo que hace a las operaciones con el público, su desarrollo resultó intacto. Por otro lado el Banco de México S.A. dejó de tener tal naturaleza societaria, para convertirse en un organismo público descentralizado. En 1985 se crea una nueva *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito*, en ése mismo año se publica la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, ya que hasta la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983 el mismo cuerpo normativo, la *Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito* seguía rigiendo las actividades de las instituciones de crédito y de las organizaciones auxiliares del crédito.¹⁵

La *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* es reformada en 1989 para contemplar en adición a los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras y las uniones de crédito, y como actividad auxiliar del crédito, la realizada por las casas de cambio; las sociedades de ahorro y préstamo y las empresas de factoraje financiero, y en este último caso con la finalidad del legislador contenida en la exposición de motivos de la citada reforma, fue la de “...Otorgar apoyo a la pequeña y mediana industrias con difícil acceso al crédito, pero que mediante la enajenación de sus derechos al cobro, obtengan el adecuado flujo de efectivo para la realización de sus operaciones, propiciando con esto la solvencia en el sistema comercial de pagos dotándolo de instrumentos con

¹⁵Idem, p.60 y ss

*características de ejecutoriedad que le den seguridad al pago de las obligaciones contraídas que se traduzcan en un mayor apoyo al capital de trabajo..."*¹⁶

Las nuevas políticas financieras del Estado Mexicano provocan que el 17 de junio de 1990, se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, las reformas constitucionales al artículo 28, para eliminar el carácter de público del servicio de banca y crédito, y por ende como actividad exclusiva de la Nación, procediéndose a privatizar las instituciones bancarias.

Con esa misma fecha se sometieron al Congreso las iniciativas de la *Ley de Instituciones de Crédito*, la cual se publicaría el 17 de julio del mismo año, la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* y las reformas correspondientes a la *Ley del Mercado de Valores*, todas vigentes hasta nuestros días.

A partir de entonces diversas modificaciones han operado sobre la legislación bancaria y financiera en general, tendiente en forma primordial a reordenar la organización corporativa de dichas instituciones, más aún con la entrada de capital extranjero a las mismas, más que a modificar las operaciones de crédito realizadas por éstas.

¹⁶ Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Año 11, número 9, 16 de noviembre de 1989 p.168.

Actualmente el sistema financiero mexicano se ha visto afectado por varias circunstancias que lo han llevado a desarrollar programas diversos tales como el establecimiento de regulaciones en materia de lavado de dinero, entre otras que inciden en la actividad financiera y específicamente bancaria, así como la necesidad de inyectar capital a dichas empresas de conformidad con los ordenamientos estatales que rigen la materia.

B. MARCO JURÍDICO

Analizando la normatividad de la materia bancaria desde un punto de vista de jerarquía de leyes, es menester comenzar diciendo que la actividad bancaria es dispuesta por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* como sigue:

En primera instancia la materia bancaria es de orden federal, debido a su inclusión en la fracción X del artículo 73 de la *Constitución*, que a la letra dice:

"Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

..

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuesta y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear,

y para expedir leyes relativas al derecho marítimo, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;"

Por otro lado y debido a las modificaciones al artículo 28 constitucional, llevadas a cabo en 1990, el servicio de banca y crédito, dejó de ser una actividad exclusiva del Estado, correspondiendo a tal carácter únicamente a las actividades desarrolladas por el Banco de México, el cual conserva las facultades de los bancos centrales en general.

El propio artículo señala como objetivo primordial del Banco de México, la *"estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado."*

Así mismo el artículo 28 faculta al Banco de México para que emita reglamentación en referencia al control de cambios, así como de la intermediación y servicios financieros. De tal forma que el séptimo párrafo se establece no sólo la facultad reglamentaria de Banco de México, sino también su carácter de autoridad para hacer cumplir la misma, de tal razón podemos afirmar que el Banco de México es una autoridad (aún y cuando tenga carácter autónomo del gobierno federal) reguladora y ejecutora del sistema financiero.

En cuanto a la materia laboral, el artículo 123 fracción XXXI reputa de competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje los asuntos relativos al servicio de banca y crédito.

En cuanto a los tratados internacionales que regulan la materia, cobra gran importancia el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, el cual prevé en su capítulo XIV, así como en el anexo Séptimo, los Servicios Financieros que gozarán de los beneficios de dicho tratado, dentro de las cuales se encuentra regulado el establecimiento de filiales financieras en los estados parte, y el comercio transfronterizo de servicios financieros, haciendo México reserva expresa sobre este último punto para limitar el comercio de servicios transfronterizos en forma total cuando se trate de operaciones denominadas en pesos.

En opinión del maestro Dávalos Mejía, podemos encontrar cuatro rubros o sistemas para clasificar la normatividad bancaria, a saber:

1. Forma societaria de los bancos.
2. Derecho de los títulos y contratos bancarios.
3. Reglas de fijación de objetivos.
4. Régimen de control y vigilancia.¹⁷

¹⁷ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Títulos y contratos de crédito. 2ª ed., México, Edit. Harla, 1984, Tomo II Derecho Bancario y contratos de crédito, pp 109 y ss.

1. Forma societaria de los bancos.

Dicha normatividad atiende a la forma en que las sociedades anónimas o las sociedades nacionales del crédito se establecen y operan, la estructura de su capital, su estructura societaria, los integrantes del consejo de administración, duración en su cargo, y demás disposiciones de dicha naturaleza. Las leyes consideradas dentro de esta clasificación son:

- Ley de Instituciones de Crédito,
- Ley para regular las Agrupaciones Financieras,
- Ley General de Sociedades Mercantiles,
- Leyes orgánicas para cada Sociedad Nacional del Crédito, tales como la de Nafinsa, Banobras, Banco de México, Financiera Nacional Azucarera, Banco Nacional del Comercio Exterior, y otros más.

2. Derecho de los títulos y contratos bancarios

En esta clasificación se contemplan las normas tendientes a regular las operaciones activas, pasivas y de servicio bancarios. En las mismas se contemplan leyes estrictamente bancarias, así como en general reglas de carácter mercantil aplicables a todos los sujetos de comercio y que son entre otras.

- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (por lo que hace a la materia de arrendamiento financiero)

- Código de Comercio.
- Ley del Mercado de Valores.
- Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de este listado deben comprenderse además las disposiciones de carácter general emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Banco de México, así como las reglas emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

3. Reglas de fijación de objetivos.

Dentro de este esquema están comprendidos todos aquellos ordenamientos que regulan la facultad de rectoría económica del Estado consagrada en la constitución, los cuáles pueden verse plasmados en normas específicas tales como el Plan Nacional de Desarrollo o bien en las circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o del Banco de México, o bien o leyes como la Ley de Instituciones de Crédito.

4. Régimen de control y vigilancia.

Dentro de uno de los objetivos enunciados por el artículo primero de la Ley de Instituciones de Crédito, se encuentra la facultad de ejercer el control y vigilancia y proteger los intereses del público, para efecto de lo cual se emiten una serie de disposiciones ya sea de orden legal o reglamentario dentro de las cuales enumeramos las siguientes:

- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley Orgánica de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
- Ley Orgánica del Banco de México y su Reglamento Interno.
- Reglamento Interno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Reglas de carácter general expedidas ya sea por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México.

Cabría mencionar en cuanto a las Reglas Generales que pueden emitir el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deben contener las características concernientes a la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal establecidas en el artículo 89 fracción I constitucional, por lo que debiera ser imposible que las normas dictadas vayan más allá de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión.

El régimen más especializado del sistema bancario se contiene en la Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Julio de 1990, abroga las disposiciones de la Ley del Servicio Público de Banca y Crédito, eliminando en su artículo primero el carácter de público del servicio de banca y crédito, haciendo la aclaración que el Estado ejercerá la rectoría económica del Sistema Bancario Mexicano.

A continuación se transcribe el artículo primero a efecto de analizar los objetivos de la Ley:

“Artículo 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 puedan 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 Bancario Mexicano.”

De lo antes transcrito desglosamos los siguientes puntos que la ley se encarga de regular:

1. El servicio de banca y crédito
2. La organización y funcionamiento de las instituciones de crédito
3. Las actividades y operaciones que las mismas pueden realizar
4. El equilibrio en su desarrollo
5. La protección de los intereses del público
6. Los términos de la rectoría del Estado en el Sistema Bancario.

De este modo la propia ley en su parte general define el 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 a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados". De esta transcripción podemos encontrar la definición dos grandes tipos de actividades que realizan los bancos:

1. De captación de recursos a nivel nacional, ya sea efectuando operaciones de las que resulten obligados o sujetos pasivos en una relación crediticia jurídicamente hablando, ya sea de modo indefectible o como posibilidad de quedar obligados en dicha relación. El propio artículo hace hincapié en la prohibición al resto de los intermediarios financieros para captar depósitos irregulares.
2. De colocación de los recursos pagados en el público en general, a través de actos mediante los cuáles se constituyen como acreedores de una obligación o sujeto activo de dicha operación bancaria.

La propia ley establece en su Título Tercero "*De las Operaciones*", Capítulo Segundo "*De las Operaciones Pasivas*" y Capítulo Tercero "*De las Operaciones Activas*", capítulos en los cuáles se establece la regulación especial sobre las operaciones ahí mencionadas, remitiéndose en innumerables ocasiones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que la legislación que aplica a las operaciones de banca y crédito no sólo se circunscribe a las disposiciones de dicha ley.

Por otro lado el artículo 46 del propio Título Tercero, Capítulo Primero *"De las reglas generales"* establece en su encabezado un sistema de restricción en cuanto a las actividades que las instituciones de crédito pueden efectuar, al mencionar lo siguiente:

"Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

..."

Posteriormente se realiza una enumeración de XXV fracciones, abriendo la puerta a otras actividades no mencionadas de dicha enumeración en la propia fracción XXV permitiendo las actividades análogas y conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ya se había establecido la supletoriedad de forma expresa a que se refiere la Ley de Instituciones de Crédito por lo que hace a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero dada la imposibilidad de un ordenamiento legal de abarcar toda la regulación y supuestos jurídicos de la materia, se hace necesaria la aplicación de otras leyes de manera supletoria, estableciendo la propia ley en su artículo 6º, el orden de prelación y la normatividad aplicable en cada caso.

“Artículo 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.*
- 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.”

En primera instancia se establece la supletoriedad de la Ley del Banco de México, misma que en su artículo 24, establece la facultad de Banco de México, de expedir disposiciones de carácter general para regular la materia cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos y la protección de los intereses del público. La inobservancia de dichas normas acarrea sanciones, que el propio Banco de México puede hacer efectivas.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de las facultades reguladoras que le atribuyen los ordenamientos legales aplicables, en específico la

Ley de Instituciones de Crédito, emite disposiciones de carácter general, respecto a las materias o asuntos que expresamente se señalan en dichas disposiciones.

La exigencia a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de atenerse a regular sólo los asuntos expresamente señalados por la ley, atiende al criterio de orden administrativo consistente en la prohibición al Estado de actuar en todo aquello en lo que no esta expresamente facultado, fundamentado en el artículo 41 constitucional.

En tercer orden de prelación se encuentra la legislación mercantil, debiéndose entender como tal la dictada por el Congreso de la Unión en sus facultades establecidas en el artículo 73 fracción X constitucional, tales como el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, etc.

Posteriormente se enuncian y con antelación al Código Civil para el Distrito Federal, los usos y prácticas bancarios y mercantiles. Al respecto es importante señalar que de los ámbitos regulados por el derecho, es quizá la materia financiera y mercantil la que recurre con mayor frecuencia a establecer usos y prácticas, dada la vertiginosidad de su actividad.

La doctrina ha estimado una cierta y puede ser hasta imperceptible diferencia entre la costumbre y el uso, en general la costumbre para la corriente

romano canonista, se encuentra definida como una reiteración de actos (*inveterata consuetudo*) con la conciencia social de ser justos y por ende obligatorios (*opinio necessitatis*), pero no se ha creado una definición general de uso, y sólo algunos autores han mencionado la diferencia entre uso y costumbre.

Para Bonnecasse la diferencia radica en el origen de la obligatoriedad de ambos, por lo que *"el uso sería, un modo para resolver extra-legalmente, intereses opuestos, pero se considera que sólo puede aplicarse en virtud de la voluntad tácita de los interesados"*¹⁸

Tahaller los define como una *"cláusula tácita sobreentendida por la cual las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida..., constituye un elemento de interpretación de los más legítimos..."* y concluye que los usos no pueden derogar a una ley de carácter imperativo, tales como las de orden público, más puede derogar aquéllas de carácter interpretativo de voluntades.¹⁹

En nuestro derecho cabe decir que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 10 establece lo siguiente:

¹⁸ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil 5ª ed. (Tr Enrique Figueroa Alonzo) México, Edit. Haria, 1993, p. 24.

¹⁹ Citado por BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones 12a ed. México, Edit. Porrúa, 1991, p. 63

“Artículo 10.- Contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre o practica en contrario”

De la anterior transcripción podemos afirmar que la costumbre que confirma la disposición de una ley (y muy probable sea la fuente de la misma), y la costumbre que llena el vacío de ley, son aceptadas en la materia civil, sin embargo en la materia mercantil y en específico la bancaria, la propia Ley de Instituciones de Crédito previene como norma aplicable los usos y prácticas bancarias y mercantiles, lo que implica que el legislador se substituyó en la voluntad de los contratantes, salvo pacto en contrario de los mismos atendiendo a la voluntad como norma suprema de los contratos, estableciendo como aplicables los usos referidos, es decir, como principio de interpretación o complementación de las voluntades de las partes.

De igual forma los usos permitidos en la materia bancaria no sólo se circunscriben a los practicados dentro del ámbito nacional, sino a los internacionales en tanto se trate de operaciones de carácter internacional, ya que es necesario que los usos aplicados sean una práctica reiterada y por tanto conocida en el ámbito de aplicación.

Resulta evidente en última instancia la aplicabilidad del Código Civil para el Distrito Federal, en razón de ser la materia bancaria una materia federal, y que el

Código Civil es de aplicación para toda la República en materia federal en lo no previsto.

Finalmente la supletoriedad del Código Fiscal de la Federación aplica sólo de forma limitada y para los artículos señalados, no pudiéndose entender por ende la aplicabilidad de todo el ordenamiento legal.

C. OPERACIONES BANCARIAS .

Resulta importante establecer el marco normativo en el cual las instituciones de crédito encuentran fundamento y legalidad a su actuación, para efectos de lo cual hemos de revisar someramente el ámbito de las operaciones bancarias a efecto de establecer el plano en el cual el descuento como una operación de esta naturaleza, haya cabida.

i) De las operaciones bancarias en general.

Como ya se ha mencionado, el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito prevé las operaciones que las instituciones de crédito pueden realizar enumerando una serie de ellas que en su conjunto hacen el que hacer bancario, pudiendo las sociedades bancarias realizar todas ellas a diferencia de la especialización establecida en la Ley General de Instituciones de Crédito y

Organizaciones Auxiliares, misma que en la década de los setentas, dio paso a la vigencia de la banca múltiple.

Aún y cuando el enunciado general del artículo 46 indica la prohibición a este tipo de sociedades de realizar otras de naturaleza distinta, la última fracción permite previa autorización, es decir pasando por el filtro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Banco de México, realizar otras actividades análogas y conexas.

El negocio bancario consiste en el tráfico del dinero como una mercancía en sí misma, la cual puede estar asimilada a valores y mercancías diversas, pero en todo caso el tópico central es el dinero y el valor del mismo en el mercado.

Como toda mercancía el dinero tiene un valor y se encuentra sujeto a las leyes económicas del resto de las mercancías, con la diferencia de que el dinero podríamos decir, es la mercancía cuyo valor determina en cierta forma el valor de las demás producidas o negociadas.

Se ha considerado como común denominador de las actividades bancarias la existencia del Crédito, mismo que se ha definido en incontables ocasiones, pero en su sentido más amplio por lo que hace al tema que nos ocupa diremos que la palabra crédito proviene del latín *creditum*, que significa confianza, así Kleinwächter define al crédito como "la confianza en la posibilidad, voluntad y

solvencia de un individuo por lo que se refiere al cumplimiento de una obligación contraída".²⁰

Un elemento de importancia en las operaciones de crédito es el lapso de tiempo entre el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor y la obligación por parte del deudor y que en cierta manera determina el valor del dinero.

En pocas palabras la diferenciación entre las operaciones denominadas por la propia ley en su Título Tercero, Capítulos II y III, como operaciones activas y pasivas depende de la posición del banco en la relación crediticia, si es como sujeto de confianza, será una operación pasiva, si el sujeto de confianza es el público o cliente, será entonces una operación activa.

El artículo segundo de la Ley de Instituciones de Crédito prevé en sentido amplio la diferencia entre operaciones activas y pasivas, que en su conjunto se definen como los servicios 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 a cubrir el principal, y en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados."²¹

²⁰Autor citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Operaciones Bancarias Activas, pasivas y Complementarias. 1ª ed. México, Editorial Porrúa, 1967, p. 25.

²¹Ley de Instituciones de Crédito, México, artículo 2º segundo párrafo

Sin embargo las operaciones realizadas por un banco deben ser masivas, para asegurar de una u otra forma contar con recursos suficientes para hacer frente a las obligaciones que contraigan como sujetos pasivos en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de sus clientes en caso de las operaciones activas. Independientemente de que el volumen implica un abaratamiento en los costos del dinero.

Por otro lado y de forma complementaria a las operaciones activas y pasivas se encuentran las operaciones de servicio, en las cuáles no se vuelven propiamente en acreedor o deudor en una relación crediticia, sino en las cuáles las instituciones de crédito reciben un pago por los servicios prestados como pudiera ser los de custodia, fiduciario en un contrato de fideicomiso, administrador en un contrato de depósito regular de dinero o de mercancías, tales como los títulos, etc.

Finalmente podemos definir a la función bancaria como la consistente en la "intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito"²²

Como ya se ha mencionado el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, mismo que a continuación se cita, establece las operaciones que los bancos pueden realizar.

²²CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito 10ª ed. México, Edit. Herrero, 1978, p. 209.

"Artículo 46.- Las Instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

a) A la vista;

b) Retirables en días preestablecidos;

c) De ahorro, y

d) A plazo con previo aviso;

II. Aceptar prestamos y créditos;

III. Emitir bonos bancarios;

IV. Emitir obligaciones subordinadas;

V. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;

VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;

VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;

VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.

IX. Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente Ley y la Ley del Mercado de Valores;

X. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas en los términos de esta Ley;

- XI. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;*
- XII. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro plata y divisas, incluyendo reportos sobre éstas últimas;*
- XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad;*
- XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de los clientes;*
- XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;*
- XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;*
- XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos e crédito;*
- XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito por cuenta de las emisoras;*
- XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;*
- XX. Desempeñar el cargo de albacea;*
- XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;*
- XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito;*
- XXIII. Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto y enajenarlos cuando corresponda y*

XXIV. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos. La realización de las operaciones señaladas en esta fracción, así como el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de las partes, se sujetarán a lo previsto por esta Ley y, en las que no se oponga a ella, por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y

XXV. Las análogas y conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria.

La doctrina, tanto como la legislación ha adoptado como clasificación de dichas operaciones, que atiende más bien a un concepto contable, más que a un concepto jurídico, como sigue:

- Operaciones Pasivas.
- Operaciones Activas.
- Operaciones de Servicios o Complementarias.

En el primero de los casos implica la captación de recursos en cualquiera de sus representaciones, cargándolo a la cuenta del deber, y en el segundo de los casos significa la colocación de recursos, cargándolo a la cuenta del haber. Por lo que hace a las operaciones de servicios estas no implicarían en principio una

modificación en el estado contable de los recursos a disposición del banco, sino más bien cobrará la prestación del servicio.²³

ii) De las Operaciones Bancarias Pasivas.

Podemos establecer como común denominador de las operaciones pasivas, aquellas tendientes a captar los recursos del público.

Las razones que mueven al público a colocar sus capitales en manos de las instituciones de crédito puede ser muy variada, ya sea por la seguridad que ello representa, dada la acreditada solvencia de los mismos, como por los intereses o premios que esto le puede generar.

Del listado establecido por el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, podemos clasificar como operaciones pasivas las siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;
- b) Retirables en días preestablecidos;
- c) De ahorro, y
- d) A plazo con previo aviso;

II. Aceptar préstamos y créditos;

²³BAUCHE GARCIADIEGO, Mario Operaciones Bancarias Activas, pasivas y Complementarias 1ª ed. México, Editorial Porrúa, 1967, p. 34.

- III. Emitir bonos bancarios;
- IV. Emitir obligaciones subordinadas;
- V. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;
- XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de los clientes;

Sin embargo la enumeración no se limita en dicho listado, sino que existen otras más en las cuáles la institución de crédito participa como receptor de recursos en operaciones de crédito, tales como el reporto en caso de que actúe como reportado, o si el mismo se sitúa como descontatario en una operación de redescuento con el Banco de México, u otra entidad que pueda tener tal carácter.

La Ley de Instituciones de Crédito por su parte establece de los artículos 56 al 64 las reglas particulares a las cuáles deberán atenerse las operaciones pasivas, no previstas por la regulación ordinaria aplicable tal y como se expuso en el tema anterior

iii) De las Operaciones Bancarias Activas.

Una vez captado los recursos del público o de entidades financieras diversas, las instituciones de crédito lo colocan en el público que lo requiere cobrando por ello un premio o interés mismo que tiene que ser necesariamente

mayor al que el banco paga cuando percibe ingresos, ya que la diferencia constituye la ganancia por el negocio.

Los tratadistas coinciden en que la operación básica o de mayor importancia dentro de las activas consiste en la apertura de crédito, la cual puede presentarse en infinidad de modalidades, tanto en su forma de disposición, como en las garantías, finalidades del crédito, etc.

Cabe decir que el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito prevé la obligación de las Instituciones de Crédito de estimar la viabilidad económica de los proyectos, para asegurar el cumplimiento de los mismos, dicha disposición busca establecer un sano desarrollo en el mercado, evitando mediante la previsión los posibles incumplimientos masivos que provocarían una falta de liquidez para los bancos para hacer frente a las obligaciones a cargo de las instituciones de crédito.²⁴

De igual forma la Ley de Instituciones de Crédito establece disposiciones especiales para las operaciones activas contenidas del artículo 65 al 85 de la misma, además de incluirse límites en cuanto a los sujetos pasivos de las operaciones, dejando en buena medida la regulación de las mismas a las leyes mercantiles en general.

²⁴Ley de Instituciones de Crédito, México, artículo 65.

Dentro de las actividades enumeradas en el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, podemos establecer como operaciones activas las siguientes, sin perjuicio de que en ocasiones los bancos puedan actuar de una forma u otra en diversas operaciones, como en el caso del reporto y operaciones bursátiles:

V Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;

VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;

VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;

VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.

X. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas en los términos de ésta Ley;

XII. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro plata y divisas

XXIV. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

Huelga mencionar el comentario referente a que el enunciado no se limita ahí gracias a la fracción XXV de la Ley, y en ciertas operaciones depende de la posición que el banco ocupe en las operaciones, como por ejemplo las establecidas en la fracción XII.

Queda expresamente de manifiesto en la fracción VI del artículo 46 de la Ley la facultad de las instituciones de crédito para celebrar operaciones de descuento y que por las razones que más adelante se señalarán se encuentra clasificada dentro de esta división, diferenciándose tanto en esta legislación como en otras anteriores con el concepto de préstamo o crédito.²⁵

iv) Operaciones de Servicios.

En las operaciones de servicios o complementarias no se implica una relación de crédito por parte de alguna de las partes, sin embargo en ocasiones por la característica de acreditada solvencia, la infraestructura, e incluso la especialización de las instituciones de crédito, éstas prestan servicios complementarios al público.

Así las cosas dentro de las fracciones del 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, podemos establecer como operaciones de servicios, los que a continuación se enumeran:

²⁵CERVANTES AHUMADA, Raúl. El Descuento Bancario y otros ensayos. Colección de Estudios Jurídicos, México, Edit Ars, 1947, p.12.

- XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad;
- XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;
- XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;
- XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos e crédito;
- XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito por cuenta de las emisoras;
- XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;
- XX. Desempeñar el cargo de albacea;
- XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;
- XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito;

En todos los casos anteriores las instituciones de crédito cobran a sus clientes por el servicio prestado y no por el costo del dinero objeto de una operación.

Finalmente la Ley de Instituciones de Crédito enuncia una serie de actos de los cuáles podemos afirmar son necesarios para el desarrollo del banco como empresa:

XI. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;

XXIII. Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto y enajenarlos cuando corresponda,

En el caso de la fracción XIII, se impone una limitación a las instituciones de crédito para adquirir inmuebles fuera de los estrictamente necesarios para la consecución de sus fines, ya que por naturaleza, la empresa bancaria debe tener su activo fácilmente líquido, situación exactamente contraria en el caso de la adquisición de inmuebles.

Esta situación encuentra su fundamento no sólo en la voluntad legislativa federal sino del constituyente permanente según lo establecido en la fracción V del artículo 27 constitucional donde se regula la propiedad de las tierras y aguas del territorio nacional, el cual establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 27.- ...

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:...

V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, e acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración

más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo;...”

Así resulta importante mencionar que el ámbito legislativo impulsa a los bancos a mantener sus recursos en activos de fácil realización contrario a lo que se pudiera pensarse en el caso de los bienes inmuebles, lo que implica así mismo la necesidad de mantenerlo invertido en operaciones de crédito a terceros, esto con el ánimo de que la riqueza no se mantenga estática.

En términos muy generales hemos enumerado las operaciones bancarias que pueden ser desarrolladas por el sistema bancario mexicano, dentro del cual encuadraremos al descuento de derechos de crédito como una operación activa, ya que el banco se vuelve acreedor de los derechos de crédito descontados, tal y como se comentará más adelante.

CAPÍTULO III.-EL CONTRATO DE DESCUENTO COMO OPERACIÓN BANCARIA

A. HISTORIA DEL DESCUENTO EN MÉXICO.

No se puede afirmar la existencia de la figura jurídica del descuento en el Derecho Romano, sin embargo podemos encontrar algunas notas características que el instituto comparte con la cesión de créditos que como veremos más adelante la doctrina ha dudado si el descuento comparte su naturaleza jurídica con dicha figura.

En principio de cuentas el antiguo Derecho Romano no reconocía la cesión de créditos, base del descuento de créditos, por lo que en la más antigua doctrina romana para que la persona de un acreedor se sustituyera por otra era necesario acudir a la novación, lo que implicaba la extinción de una obligación precedente por la transmisión de su contenido a un tercero en una estipulación posterior, consiguiendo con esto el efecto económico semejante al que produce una cesión de créditos, sin embargo para esto se requería la cooperación y consentimiento del deudor, sin embargo no puede afirmarse que en una novación existe una transmisión de derechos sino la extinción de uno antiguo y la creación de uno nuevo, debiendo el deudor prometer al nuevo acreedor una prestación de iguales contenidos a la extinta.

En la tradición romana la obligación es un tipo de relación personal que no ha de desprenderse de las personas concretas salvo por lo que hace a la transmisión a sus herederos, sin embargo la necesidad comercial importa que se acuda a métodos para la cesión de derechos incluidos dentro de la figura del mandato o representación procesal (*mandato ad agendum*) sin la obligación de restituir el resultado pues se otorga en interés del mandatario, es decir en *procuratario in rem suam*. Cabe acotar que de ésta misma manera se cedían las deudas, sin embargo en este caso siempre se requiere la aceptación del acreedor para que suceda la cesión.²⁶

Sin embargo esta solución fue imperfecta, ya que aún y cuando el procurador (o cesionario) obtenía para sí la *condemnatio* de la fórmula mediante la transposición de personas e incluso podía ejercitar la *actio iudicati*, el mandante (cedente) quedaba desligado de su acción hasta el evento de la *litis contestatio*, es decir hasta que la acción se consumía, pero antes bien podría cobrar por su cuenta el crédito, ejercitar la acción o revocar el mandato. Así mismo la muerte del mandante (cedente) resolvía la cesión.

Ya en la época del Imperio específicamente con Antonino Pío se conceden a determinados cesionarios acciones útiles para ejercitar los créditos cedidos, tales como los compradores de una herencia, al marido que había cedido un crédito como dote o al comprador de un crédito. De igual forma surge la denuncia o

²⁶ D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, 7a ed., Pamplona, Edit Eunsa, 1989, p 529 y ss

denuntiatio de la cesión hecha por el cesionario al deudor que impedía que éste pudiera liberarse pagando al cedente. Finalmente es hasta Justiniano en que se admite de manera general la cesión de créditos, desvinculado del mandato con reglas propias, pero se observaron las siguientes acotaciones: (i) las prohibiciones legales para ceder créditos en litigio, los que se intenta ceder a un acreedor poderoso o los que se intenta ceder a un tutor del deudor y (ii) una tendencia a evitar la especulación con los créditos cuando parecen difícilmente cobrables que se concreta en la imposición del emperador Anastasio de reducir la cuantía del crédito cedido al precio que efectivamente había pagado el cesionario.²⁷

Es hasta el medioevo en que surge la letra de cambio (y el endoso de la misma) y con ello el desarrollo del tráfico crediticio, constituyéndose este medio como el más eficaz para la transmisión de créditos, ya en el renacimiento en el siglo XVI los usos de comercio italianos empiezan a sentar las reglas normativas para el descuento, entendiéndolo como la deducción de un interés por un pago anticipado, a la par de que empiezan a surgir las instituciones bancarias de una manera más sólida.

Es hasta la práctica bancaria inglesa en el siglo XVII cuando el descuento toma sus características actuales, señalándosele al Banco de Inglaterra dos facultades fundamentales: (i) emitir billetes) y (ii) descontar efectos comerciales y hacer anticipos a los particulares, esta práctica se extrapola a otros países como

²⁷ Idem, p. 529

Francia donde la *Banca General* creada en 1716 comienza a realizar operaciones de descuento a tipo fijo y en 1776, se constituye en París la *Cassie d'Escompte*²⁸

En México el 16 de agosto de 1881 en contrato celebrado entre el Banco Franco Egipcio y gobierno federal, se constituyó el Banco Nacional Mexicano como un banco de descuento, depósito circulación y emisión, contrato que fue modificado el 15 de mayo de 1884 donde entre otras cosas se modifica la denominación social para adquirir su nombre actual de Banco Nacional de México, siendo sancionado dicha modificación por la Ley que aprobó el contrato concesión de fecha 31 de mayo de 1884, el cual dentro de sus estatutos sociales en el título III *De las operaciones de la sociedad*, en el artículo 25 se establece que dicha sociedad podrá realizar las siguientes operaciones:

Fracción III *"Descontar pagarés, libranzas y toda especie de documentos o títulos de crédito pagaderos en la República, cuyo vencimiento no pase de seis meses;" y*

Fracción V *"Descontar obligaciones de toda especie, garantizadas con:*

A. *Recibos de mercancías, semillas o frutos depositados en almacenes públicos, en almacenes particulares o en los del mismo banco;*

²⁸ PÉREZ ESCOLAR, Rafael. El contrato de descuento, Madrid, 1982, p. 47

- B. *Conocimientos de mercancías a la orden o legalmente endosados;*
- C. *Prenda de fondos públicos o títulos de crédito del Gobierno Federal, de los Estados o de las municipalidades de la República;*
- D. *Depósitos de monedas o metales preciosos;*
- E. *Y por último acciones, bonos o valores de toda especie aceptados por el Consejo de Administración.*

El artículo 27 de los referidos estatutos sociales establece la forma en que se operarán los descuentos a que se hace referencia en la fracción III antes transcrita, que a la letra dice:

“Artículo 27.- Los pagarés a la orden, libranzas y documentos pagaderos en la República que el banco descuenta, llevarán dos firmas a satisfacción del Consejo de Administración, exceptuándose el caso de la fracción IV, artículo 25, y las letras y mandatos girados de plaza a plaza, que podrán negociarse o descontarse con la sola firma del girador, cuando así lo crea conveniente el banco.

Una de las firmas expresadas podrá sustituirse con la constitución de una prenda en los casos que señala la fracción V de dicho artículo 25.

El vencimiento de las letras o mandatos pagaderos en el extranjero que el banco negocie, no pasará de 90 días si fueren girados a días o meses vista, ni de 120 días si fueren girados a días o meses fecha, o a día fijo

*Todos los documentos que el banco descuenta o negocie llevarán sus correspondientes timbres”.*²⁹

Distingamos pues las dos clases de descuento que se autoriza a celebrar a éste banco de emisión y descuento. Los derechos de crédito documentados con dos o más firmas que no requerían más garantías que los avales que mantienen los títulos de crédito y los derechos de crédito no documentados contra los que se requería necesaria constitución de garantía prendaria, así mismo fija límites para el plazo de vencimiento de los créditos que ha tomado en descuento.

Finalmente analicemos la historia del descuento en la legislación mexicana vigente desde 1925.

- 1) Por su parte la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925* no regula con una amplitud suficiente la materia, limitándose únicamente a establecer para los *Bancos de Depósito y Descuento* la autorización

²⁹ LABASTIDA, Luis G. *Estudio Histórico y Filosófico sobre la Legislación de los bancos*, 2ª ed. Facsimilar 1889, México, Edit Miguel Angel Porrúa, Colección Tlahuicole, 1989, pp. 362 y ss

general para descontar documentos mercantiles.(Artículo 68)³⁰, por lo que ha de suponerse que la regulación respectiva a la institución se llevó a cabo por los usos y prácticas que habían observado hasta entonces los bancos en el desarrollo de esta actividad. Sin embargo la duración de esta ley fue efimera dando paso a la ley de 1932.

2) En la *Ley General de Instituciones de Crédito de 1932*, se establece en su exposición de motivos el reconocimiento de la capacidad general de todas las personas físicas y morales para la celebración de las operaciones mercantiles de las que participan los bancos, mas sin embargo acota estableciendo que ciertas operaciones exigen una organización especial, las cuáles no describe, aludiendo solamente a las operaciones de crédito y banca.

Admite que las Instituciones de Depósito y Descuento habitualmente llevan a cabo operaciones de distinta naturaleza a los préstamos y descuentos propiamente comerciales, revistiendo estos actos de la forma de descuentos o préstamos comerciales.

Reconoce la deficiencia que implica que los bancos en México no han tenido la forma adecuada para canalizar el ahorro público más que por el depósito en cuentas de cheques a pesar de que la naturaleza de la organización económica y circunstancias en el país exigen operaciones de crédito con plazos distintos a los

³⁰ Diario de debates de la Cámara de Diputados Federal, publicado el 10 de enero de 1925

que deben de tener las operaciones normales de descuento, adecuadas a la inversión de los depósitos a la vista

Sólo en la forma externa se ajustan las inversiones bancarias al carácter de préstamo o descuento comercial ordinarios, siendo la inmensa mayoría de las operaciones de crédito revestidas de descuentos o préstamos mercantiles a 90 días en realidad a plazos más largos que a menudo no responden a una inversión mercantil debida y que implican un estado de inseguridad e inmovilización considerable de los recursos.

Así mismo hace hincapié en equilibrar en forma clara las posiciones pasivas con las activas de los bancos, por lo tanto la ley crea la posibilidad de aplicar los recursos provenientes de depósitos de liquidez inmediata, a la apertura de créditos en descubierto y a la realización de operaciones similares que han sido practicadas bajo el aspecto de descuentos sin necesidad de renovaciones, firmas de favor deficientes, y otras situaciones anómalas, ya que considera que será siempre más seguro un crédito en descubierto.

Finalmente equipara la naturaleza económica de las operaciones a la naturaleza jurídica de las mismas, y establece las siguientes disposiciones:

- a) En el Capítulo II *Del Funcionamiento*, el artículo 21 previene que el capital de las Instituciones de Crédito deberá ser invertido entre otras cosas precisamente en: (i) fracción II, la compra o descuento de bonos hipotecarios o de caja; (ii) fracción VI, en créditos en descubierto en términos del artículo 46 fracción VII o en descuento de créditos en libros.
- b) En el Artículo 37 se establece que las operaciones de descuento de créditos en libros en ningún caso se considerarán los efectos del artículo 46.
- c) Y finalmente en el Artículo 46 se indica que los depósitos a la vista o a plazo deberán invertirse precisamente en: (i) fracción I, en descuento de letras de cambio o en préstamos comerciales directos que sean respectivamente emitidas u otorgadas como consecuencia de operaciones de compraventa de mercancías materiales o materias primas exigibles dentro de la república mexicana y su vencimiento no exceda de 90 días; (ii) fracción II, en la compra o descuento de aceptaciones bancarias y de bonos de caja a plazo no mayor de 180 días; (iii) fracción III, en anticipos sobre títulos o valores de inmediata realización a plazo no mayor a 90 días con un margen del 10% sobre el valor de la cotización; (iv) fracción IV, en descuento de bonos de prenda o letras documentarias o en préstamos sobre prenda de valores de mercancías de fácil realización. La prenda deberá tener un valor superior al menos del 25% al importe de la operación y vencimiento no mayor a 180

días. Las letras documentarias y préstamos de garantía podrán ser pagaderos dentro o fuera de la república mexicana, en caso de que sea fuera de la república mexicana, las mercancías deberán estar depositadas en almacenes generales de depósito o instituciones equivalentes en el extranjero; y (v) en préstamos o descuentos con colateral bastante, exigibles dentro de la república mexicana en un plazo improrrogable no mayor a 180 días. Si la operación se celebra con prenda de crédito en libros conforme al artículo 34 no excederá esta del 50% de dichos créditos prendados.³¹

Del texto de la exposición de motivos y de la ley podemos concluir que las necesidades de financiamiento superaban en buena medida la capacidad de reacción de los instrumentos financieros regulados por las leyes bancarias, con lo que se acudía a expedientes de simulación de operaciones de préstamo y descuento con la finalidad de equiparar los plazos de vencimiento de las obligaciones contraídas por los bancos para con sus depositantes, con las contraídas por sus clientes para con ellos.

De lo anterior también se deduce que el descuento no es precisamente la panacea de las operaciones financieras, sino que abastece sólo parte de ellas y que se basa en la preexistencia de obligaciones surgidas de las relaciones jurídicas-comerciales, limitando la ley los alcances de las operaciones que deben

³¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1932.

ser tomadas a descuento y en su caso las garantías o colaterales para efectuar algunas de ellas, ya que acota los plazos de las operaciones de descuento a los plazos corrientes de crédito en las relaciones comerciales, considerados éstos generalmente como de corto plazo.

Así el legislador manifiesta su intención de restringir las operaciones de descuento a operaciones de corto plazo, dadas situaciones que presumimos de simulación mediante las cuales los comerciantes documentaban en títulos de crédito obligaciones sin que existiera una operación subyacente que diera origen a la emisión de una obligación de pago, conocidas como documentos de favor, los cuales a su vencimiento si bien eran pagados al banco, los comerciantes o solicitantes volvían a emitir letras o pagarés a efecto de financiarse con este medio nuevamente.

Sin embargo creemos que es posible que esta situación que busca prever el legislativo resulta del difícil acceso de los comerciantes al crédito sin que mediaren garantías suficientes de pago, más que atender a la solvencia y al análisis de la capacidad de pago del crédito otorgado.

De igual forma se observa el interés del legislador de promover la figura del descuento de créditos en libros, que fuera recientemente regulada por la nueva Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en un ánimo de circunscribir la operación del descuento a situaciones fácticas o de hecho que acontecían en las

relaciones comerciales de los solicitantes, siendo la contabilidad o los libros de los comerciantes un medio de comprobar la existencia de relaciones comerciales que dieran origen a derechos de crédito descontables.

3) La *Ley General de Instituciones de Crédito de 1932* sufrió en 1933 modificaciones en su artículo 21, respecto al tema de estudio, para establecer en su fracción II que los capitales de las instituciones de crédito deberán ser invertidas en la compra o descuento de bonos de caja o bonos hipotecarios o en operaciones de anticipo o préstamos sobre ellos y en operaciones de compraventa a mercado abierto de bonos, obligaciones u otros títulos de crédito semejantes cotizados en bolsas oficiales.³²

En esta modificación se abre la posibilidad de que los descuentos se efectúen sobre obligaciones emitidas con la intención de financiar a sus emisores y no propiamente sobre obligaciones derivadas del tráfico mercantil, sin embargo las circunscribe a derechos de crédito exigibles a personas de pública solvencia.

Si bien abre el campo de inversión de los capitales al descuento de otro tipo de efectos o créditos, cabe señalar que establece una naturaleza distinta entre el descuento, y el anticipo o préstamo. En descuento se hace equiparable a una compraventa de derechos de crédito, situación de la cual se hará la crítica correspondiente respecto a su naturaleza jurídica, sin embargo ayuda a diferenciar

³² Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1933.

la intención del legislador al establecer la transmisión de la propiedad de los derechos de crédito descontados a favor del banco por efectos del descuento o venta y por otro lado el anticipo o préstamo sobre los mismos. Si bien en ambos casos el cliente recibe una suma de dinero tasada o lograda con respecto al valor del derecho de crédito en juego menos una tasa o interés, en el descuento lo recibe en propiedad, mientras que en el anticipo o préstamo con base en los mismos, recibe el banco el derecho de crédito en garantía de un crédito otorgado, siendo el producto de la realización o pago del crédito un medio subsidiario para el pago de la obligación principal, del préstamo.

4) La *Ley General de Instituciones de Crédito de 1932* sufrió en 1933 modificaciones al propio artículo 21, para establecer en su fracción I que los capitales de las instituciones de crédito deberán ser invertidos en el descuento de créditos en libros a plazos no mayores de un año.³³

Sobre el particular ya hemos manifestado nuestra conclusión, sin embargo resulta claro que dado el formalismo requerido por la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* para la operación del descuento de créditos en libros este fue poco utilizado, resultaba más fácil expedir letras de cambio y solicitar su descuento común.

³³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933.

5) La *Ley General de Instituciones de Crédito de 1932* fue nuevamente reformada en 1935 para que su artículo 46 contemplara en su fracción X la posibilidad de que los bancos de Depósito y Descuento invirtieran los depósitos recibidos en el otorgamiento de créditos de habilitación o avío, o en descuento de los pagarés que de ellos emanen siempre que sean exigibles en un plazo improrrogable no mayor a 180 días y su cuantía no exceda al 5% de los depósitos.³⁴ Así se abre la posibilidad de que los bancos accedan al financiamiento de otras instituciones de crédito mediante el descuento de sus créditos a su vez otorgados, con lo que parece establecer dos ámbitos de operaciones de descuento: (i) la que derivaba de operaciones de tráfico mercantil a través del descuento de créditos en libros y (ii) la que derivaba de descuentos de títulos de crédito que amparaban operaciones financieras, tales como pagarés derivados de créditos, bonos hipotecarios, obligaciones, entre otros.

6) La *Ley General de Instituciones de Crédito de 1932* fue reformada en 1936 para modificar sus artículos 21 y 46 entre otros, como a continuación se expone:

Se reforma el artículo 21 en sus fracciones II a IV para que (i) el capital de las instituciones de crédito pueda ser invertido en las actividades a que se refieren las fracciones I a IV, y XVIII a XIX del artículo 46 de la propia ley, (ii) en la compra de bonos de caja, obligaciones con prenda de títulos y valores o cédulas, obligaciones o bonos hipotecarios emitidos o garantizados por instituciones

³⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 1935

asociadas al Banco de México y (iii) en la compra de títulos o valores cotizados en firme y de amplia demanda en el mercado nacional.

Se modifica el artículo 46 en sus fracciones IV a XIX para establecer que los depósitos a la vista deberán ser invertidos además de lo contemplado en el resto de las fracciones en: fracción IV, en la compra o descuento de efectos aceptados endosados o avalados por instituciones asociadas al Banco de México, no vencidos no mayores a 270 días a partir de la fecha de descuento sin que el importe en conjunto de dichos efectos exceda del 20% de los depósitos; fracción V, en descuento de letras o pagarés procedentes de operaciones comerciales a plazo no mayor a 90 días; fracción VI, en descuento de letras o pagarés procedentes de operaciones comerciales a plazo no mayor a 180 días sin que en conjunto las operaciones excedan de 30% de los depósitos; fracción VII, en descuento de letras o pagarés procedentes de operaciones comerciales a plazo no mayor a 270 días sin que en su conjunto excedan del 5% de los depósitos; fracción VIII, en descuento de cupones de interés o de amortización vencidos a un plazo no mayor de 90 días, bonos, cédulas, obligaciones al corriente en su servicio, y fracción IX, en descuento de créditos en libros de créditos no mayores de 90 días y que no exceda del 90% del monto total de los depósitos ³⁵

De lo anterior se concluyen varias características de la operación de descuento en general, la primera de ellas consistente en que los derechos de

³⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1936.

crédito deberán ser documentos no vencidos, cosa que en la regulación previa no había sido referido expresamente aunque resulta evidente del fin o motivo que da origen al contrato de descuento, y es que resulta claro que si los efectos comerciales descontados resultaren a la vista o vencidos, el solicitante del descuento o descontatario no tendría necesidad de acceder al banco para que le anticipe el importe correspondiente, ya que él mismo puede efectuar dicha acción, pero cabe señalar que diversos tratadistas aún y cuando se muestran favorables con dicha opinión, han extendido el supuesto del descuento sobre cheques pagaderos en plaza distinta, situación que si bien en nuestros días resulta inoperante, cabe preguntarse si la dificultad para el cobro de un derecho de crédito, pudiera derivar en el hecho de que los créditos objeto de descuento no necesariamente tuvieren que ser no vencidos, pero de dicha situación nos ocuparemos cuando analicemos el objeto del contrato de descuento.

Por otro lado surge la posibilidad a los bancos de efectuar descuentos cuando se trate de documentos en firme cuyo pago es notoriamente previsible, de esta situación deriva en buena medida el tema que trataremos más adelante consistente en el descuento que hemos llamado discrecionalmente bursátil, basado en buena medida en la reconocida solvencia de los deudores de derechos de crédito.

Finalmente los descuentos de efectos comerciales deberán derivar de relaciones mercantiles, y obligaciones de tipo financiero, no necesariamente

provenientes de operaciones de proveeduría de bienes y servicios pero sobre los cuales subyacía una operación financiera efectuada por personas especialistas en el crédito, tales como bancos, el Banco de México e instituciones de éste derivadas, entre otros.

7) La *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941* fue promulgada el 3 de mayo de 1941 contempla la regulación del descuento de créditos de la siguiente manera:

Nuevamente los bancos de Depósito son los encargados de efectuar operaciones de descuento de créditos, sin embargo la institución sufre una desregulación limitándose a que no podrán exceder de un año el vencimiento de los créditos descontados.

Por otra parte una característica de la forma de clasificación contable que deben observar los bancos establecido en el artículo 11, fracción II de la Ley establece la obligación de los bancos de mantener en cuentas de orden las responsabilidades contingentes a su cargo y a favor del Banco de México, tales como las derivadas del redescuento de letras, pagarés o bonos a la orden pendientes de vencimiento. Con esto nos da una luz de la responsabilidad que asumía el descontatario en la operación de descuento, es decir la transmisión se efectuaba salvo buen cobro por lo que adquiría una obligación contingente con respecto del pago del crédito descontado.

El artículo 13 de la citada ley establecía que cuando se trate de operaciones de descuento de papel comercial librado como consecuencia de una operación de compraventa de mercancías efectivamente realizada, o de créditos o de préstamos con prenda de valores o mercancías depositadas en almacenes generales de depósito o mediante documentos que amparen su transporte de bancos de depósito estarán obligados los solicitantes para otorgarles los créditos o préstamos a presentar balances de pérdidas y ganancias. Con ello se pone de manifiesto la obligación de los bancos de verificar el estado financiero de los acreditados, así como que para la operación de descuento de créditos, los derechos de crédito podían o no provenir de relaciones comerciales subyacentes ³⁶

Tal y como se manifestó en el capítulo I de este trabajo, dicha ley permaneció vigente hasta la promulgación de las leyes del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983 y 1985, sin embargo con ocasión de estas la institución del descuento se ve pobremente regulada, además que de hecho el sistema financiero público se vio substituido por la creación de las empresas de factoraje financiero, las cuales nacieron con el propósito de financiar las operaciones en las cuales subyacía la provisión de mercaderías y servicios prohibiendo a dichas empresas realizar operaciones con créditos derivados de operaciones financieras.

³⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941

La *Ley de Instituciones de Crédito de 1990* alude al descuento en forma sumamente pobre, estableciendo en su articulado únicamente la posibilidad que tienen los bancos de efectuar operaciones de descuento como una operación activa (artículo 46 fracción VI) y la limitante que tienen para ceder o descontar su cartera con terceros, circunscribiéndose a las instituciones financieras que más adelante se exponen al detalle.

No resulta claro la razón por la cual las operaciones de descuento fueron desapareciendo de la legislación hasta el punto de ser prácticamente atípica, por lo que se requiere acudir a los métodos de interpretación del derecho para poder hallar la normatividad aplicable a este instituto jurídico.

B. DEFINICIÓN DE DESCUENTO.

Aún y cuando posteriormente regresaremos sobre estos pasos, de manera previa y a efecto de poder disertar sobre el tema que nos atañe, a continuación estableceremos una primera definición del descuento de derechos de crédito.

La doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia comparada han emitido muchas definiciones del descuento y sobre las cuales buscaremos establecer los elementos esenciales de esta operación bancaria para posteriormente referirnos al análisis de cada uno de ellos.

Primeramente Angelo Aldrighetti ³⁷ define al descuento como el la “*adquisición de contado de un crédito a plazo*”. De esta definición podemos concluir que existen dos elementos reales en el contrato que son un crédito a plazo y una cantidad de dinero entregada al momento de celebrarse el contrato y se identifica además la transmisión de la propiedad del citado crédito.

Por otro lado el artículo 1858 del Código Civil Italiano define al descuento como: “*El contrato mediante el cual el banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión salvo buen fin del crédito mismo*”.³⁸

Si bien esta definición sirve a buena parte de los tratadistas del instituto del descuento para a concluir las disertaciones sobre el tema, existen algunos puntos que acotaremos más adelante, como la crítica a la necesaria calidad subjetiva en la persona del descontador, la cláusula de “salvo buen fin” y el sentido de la palabra “anticipación”, entre otros.

Hemos señalado a la cláusula de “salvo buen fin” como una cláusula natural en el derecho italiano, y accidental en el nuestro, ya que el pacto en contrario que se haga sobre la misma, o el establecimiento de la misma según se trate, es decir el hecho de que el descontador acepte la ausencia de posibilidad

³⁷ ALDRIGHETTI, Angelo. Técnica Bancaria, 1ª ed. Española, Tr. Felipe de Jesús Tena y Roberto López, México, 1938, Edit. Fondo de Cultura Económica, p. 42.

³⁸ PÉREZ ESCOLAR, Rafael. El contrato de descuento, 1ª ed., Madrid, 1982,

de acceder al cobro del crédito descontado al propio descontatario, en nuestra perspectiva, no desvirtúa de ninguna manera el contrato y sus consecuencias jurídicas, ni así en el fin o motivo del contrato, ya que el descontador legítimamente puede efectuar todos los actos necesarios para acceder al cobro del crédito si los ejerce en contra del deudor, la falta de pago de éste no implica la falta de acción del descontador, por lo que consideramos la cláusula salvo buen fin como renunciable en el caso específico de la legislación italiana, pero en nuestro caso al no estar regulado legalmente el descuento y con este hecho no existir la supletoriedad en la interpretación de la voluntad de los contratantes como lo manda el Código Civil para el Distrito Federal, resulta en una cláusula accidental, es decir que sólo será vigente si las partes acuerdan sobre la existencia de la misma. En el mismo sentido y analógicamente, en la cesión de créditos civiles y mercantiles la garantía sobre la solvencia del deudor del crédito cedido tiene que pactarse expresamente, a excepción de los títulos a la orden en materia civil.

Finalmente y a manera de preámbulo a reserva de definir la institución jurídica que se trata, hemos escogido, y tal vez de manera arbitraria pero que se buscará justificar con las explicaciones que a continuación manifestaremos. y como punto de partida la definición que aporta Cervantes Ahumada, ya que contiene a nuestro parecer los elementos esenciales de la institución jurídica en estudio; así pues definiremos al descuento como:

“La adquisición por parte del descontador de un crédito a cargo de un tercero, de que es titular el descontatario, mediante el pago al contado del importe del crédito, menos la tasa de descuento”³⁹

A reserva de elaborar nuestra propia definición de descuento una vez concluido el presente trabajo, sirva pues la anterior transcrita para poder adentrarnos al estudio de esta institución jurídica.

C. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUENTO

Resulta ineludible la disertación acerca de la naturaleza de las instituciones jurídicas, de modo tal que se buscan los elementos esenciales de las figuras jurídicas a efecto de verificar si son originales o bien si pertenecen solamente a una especie de las instituciones ya existentes a efecto de poder interpretar su contenido y su significado.

Bien podemos afirmar que el derecho no es una disciplina inerte, por el contrario siempre esta en continuo replanteamiento y búsqueda de la justicia dentro de las relaciones humanas, por lo que no resulta extraño que surjan nuevas instituciones que no encuentren claro acomodo dentro del mapa del

³⁹ CERVANTES AHUMADA, Raúl Títulos y Operaciones de Crédito, 10^a ed.. México, 1978, Edit. Herrero, p 240

derecho ya como subespecies de lo existente, ya como entidades con naturaleza propia.

A continuación realizaremos un breve planteamiento sobre la naturaleza jurídica del descuento de derechos de créditos, a fin de establecer su relación de parentesco con instituciones existentes o si por el contrario esta figura tiene su propia naturaleza.

Teoría del mutuo

Esta teoría es bien arraigada entre estudiosos del derecho tales como Rodríguez y Rodríguez y autores italianos como Angeloni y consiste en manifestar que el descuento es una especie del mutuo préstamo consistente en anticipar o adelantar al descontatario el importe de un crédito con garantía prendaria del mismo.⁴⁰

Esta teoría basa en buena medida su razón en una de las cláusulas que consideramos accidentales conforme a nuestro derecho del contrato de descuento, que consiste en la transmisión del crédito descontado al descontador "salvo buen cobro". Es decir el descontatario asume frente al descontador una obligación de restitución o reembolso del importe total o nominal del crédito si éste no es pagado a su vencimiento.

⁴⁰ Idem, pg.241

Sin embargo contra esta teoría podemos establecer las siguientes objeciones:

1. En el mutuo, el mutuuario esta obligado a devolver al mutuante bienes de la misma especie cantidad y calidad que los recibidos y en su caso el interés pactado. En el caso que nos ocupa el descontatario (mutuuario) quedaria obligado a devolver al descontante (mutuante) la cantidad que ha recibido al comienzo de la operación, la cual es inferior al valor del derecho de crédito descontado (que garantiza la operación). Por otro lado no puede afirmarse que los intereses fueron cobrados anticipadamente, ya que lo accesorio no puede surgir sin que se haya llevado a cabo lo principal, en este caso no puede generarse el derecho de cobrar intereses sin que haya habido previamente la entrega de las cantidades que dan su origen.
2. En el préstamo o mutuo con garantía, el mutuante si recibe en propiedad por efectos del mutuo ya sea que estos consistan en dinero u otra clase de bienes fungibles, sin embargo cuando su cumplimiento se encuentra caucionado con bienes adicionales mediante la constitución de un prenda, el mutuante no recibe en propiedad los bienes objeto de la garantía, le son cedidos en prenda más no en propiedad, y en el caso del descuento, los derechos de crédito son transmitidos en propiedad al descontante, no en balde en las diversas disposiciones de presentación de información contable expedidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores se establece la obligatoriedad de

contabilizar en las cuentas del activo los derechos de crédito descontado y en cuentas de orden como obligaciones contingentes los derechos de crédito descontados o redescontados en los cuales el banco actúa como descontatario. En resumen los derechos de crédito son sacados del patrimonio del descontatario para entrar al patrimonio del descontador. Por otro lado las garantías son accesorias a los contratos principales y por lo tanto los segundos pueden subsistir sin las primeras. Si el descuento se equipara al mutuo, en el caso de un crédito pudiera prescindirse para la existencia del contrato del derecho de crédito, pero en el caso que nos ocupa y que de hecho sucede en la realidad, el derecho de crédito constituye en sí mismo uno de los objetos del contrato, y una cláusula esencial para la existencia del acuerdo de voluntades, y requiere además que la transmisión de éste sea en propiedad, es decir el descontador adquiere el carácter de dueño y puede disponer libremente de los derechos de crédito descontados, ya que en su carácter de dueño puede transmitirlos a su vez por cualquier medio, situación que no sucede con los derechos otorgados en prenda.

3. Ahora bien siguiendo la teoría del mutuo el obligado directo al pago del crédito sería entonces el descontatario y de manera subsidiaria el deudor de los derechos de crédito descontados (en prenda o garantía), por lo que el descontante pudiera no acudir al deudor de los derechos de crédito a hacer efectivo el pago, pudiendo en todo caso presentarse directamente al descontatario a hacer exigible su acción. En el caso que nos ocupa, y

precisamente la cláusula "salvo buen cobro", refiere dos momentos distintos en la exigencia del cumplimiento al descontatario de su obligación, primero ha de exigirse el cumplimiento de la obligación al deudor del derecho de crédito descontado y en caso de no tener éxito, acudir al descontatario, podemos equiparar esto a un beneficio de orden como el que gozan los fiadores y no a una acción de devolución de lo prestado

4. En el supuesto de que el descontador se haga del producto de la **garantía** contraviene los principios de los bienes dados en garantía de nuestro derecho ya que debemos recordar que el pacto comisorio esta proscrito de nuestro ordenamiento jurídico al no permitirsele al acreedor pagarse con el objeto de la garantía la deuda pendiente.

5. Finalmente ya hemos establecido nuestra opinión acerca de la cláusula "salvo buen cobro", por lo que un pacto en contrario al respecto, anularía la responsabilidad del descontatario de responder al descontador en caso de que no sea pagado el crédito transmitido y por lo tanto no constituiría un elemento de garantía del pago de un crédito, sino más bien una dación en pago, dejando insubsistente la obligación principal de pago del crédito a cargo del descontatario en caso de tenerse al descuento como un mutuo. A mayor abundamiento en caso de pactarse la cláusula salvo buen fin, el descontatario que pague u honre la insolvencia del deudor, se subrogará en los derechos adquiridos por el descontador derivados de los derechos de crédito, por el

contrario si la teoría del mutuo subsistiere el pago efectuado por el descontatario no implicaría el pago de los derechos de crédito, sino que no sería subsistente la causa de su gravamen y en tal sentido serían devueltos a su propietario, el descontatario.

Teoría de la compraventa.

Esta teoría ve al descuento como la compraventa de un derecho de crédito y reconoce la transmisión de la propiedad o titularidad del derecho a favor del descontante, contra la entrega de un precio. A esta teoría se adhieren autores como Lorenzo Mossa entre otros.⁴¹

Si bien esta teoría recoge aspectos primordiales tales como la transmisión de la propiedad contra la entrega de un precio en dinero, cabe señalar las siguientes objeciones, ya que no es privativo de la compraventa la transmisión de la propiedad de una cosa, ni el pago de una contraprestación en dinero:

1. En primer lugar analizaremos la causa o motivo de ambos contratos. En la compraventa la finalidad es la transmisión de la propiedad o titularidad de un bien, contra la entrega de un precio cierto y en dinero. En cambio en el descuento no es interés del banco o del descontante en su caso adquirir títulos de crédito para ejercer el dominio sobre los mismos, sino precisamente

⁴¹ Idem, p.242.

otorgar un financiamiento mediante la adquisición de un derecho, siempre de contenido pecuniario, mientras que la finalidad del descontatario no es propiamente deshacerse del bien objeto del descuento, sino precisamente hacerlo líquido previamente a que el mismo pueda ser exigible.

2. Por otro lado atenderemos a la cláusula accidental o natural, según se trate, de "salvo buen cobro", ya que el descontatario responde de la falta de pago del derecho de crédito, sin embargo no puede aceptarse que este hecho corresponda a una responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos o evicción tal y como el vendedor responde en el caso de la compraventa, de igual forma sucede por la garantía que el descontatario debe prestar para la existencia y legitimidad del crédito cedido, ya que de no existir el crédito, ya sea porque éste fuere apócrifo, o simplemente las personas facultadas por parte del deudor para emitirlos no tuvieran representación bastante para obligarlo en tales términos, u otras situaciones de esta naturaleza que dieran como consecuencia la inexistencia del derecho de crédito. que genera a su vez la inexistencia del contrato de descuento por falta de uno de los elementos esenciales como es el objeto, sin embargo no podemos hablar de un saneamiento para el caso de evicción, ni por vicios ocultos en la cosa vendida, sino de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que esta conducta o situación le acarreó al descontante.

3. Finalmente la contraprestación monetaria que en ambas situaciones se presenta puede tener una diferencia casi imperceptible, sin embargo debemos de considerar que en el caso del descuento, el precio pagado siempre resultará inferior al valor del derecho de crédito transmitido, es una condición necesaria del descuento para que exista una ganancia a cargo del descontante al momento de actualizarse dicho crédito, en cambio en la compraventa si bien no podemos afirmar que el precio no debe ser inferior al valor del bien vendido, si es preciso decir que lo normal es que exista una correlación entre éstos, aún y cuando hablemos de criterios subjetivos para la fijación del precio, exceptuando los vicios en el consentimiento o bien la lesión. Sin embargo en la compraventa el precio del bien puede ser válidamente superior al de la cosa vendida, equivalente o inferior, pero en el descuento y es precisamente de donde deviene su nombre, el precio deberá ser en todo caso inferior.

Teoría de la cesión

Es quizá esta teoría la más socorrida para definir el descuento, ya que comparte con la misma elementos semejantes y es parte de su origen como lo hemos establecido al hablar de los antecedentes en el derecho romano. Sin embargo cabe hacer mención de lo siguiente:

1. Ciertamente en la cesión de derechos se produce por este hecho la transferencia de la titularidad de los mismos al cesionario, situación que comparte con el descuento, sin embargo podemos establecer que la cesión o transmisión de derechos opera en infinidad de instituciones jurídicas (lato sensu), es decir, la venta, la donación, la permuta, el mutuo, etc., son la causa de la cesión o transmisión de derechos. Sin embargo en todas estas instituciones como en la del descuento la cesión de derechos se da *por solvendo*, es decir como medio de pago que resulta de la voluntad de las partes y del esquema del contrato, es el cumplimiento natural de la obligación de dar. La transmisión de los derechos no deviene o es producto de una cesión de derechos, sino es resultado de un acto jurídico que tiene como consecuencia la cesión de éstos. Concluimos entonces que la cesión de derechos es un acto jurídico abstracto, desconocemos y poco importa el fin o motivo de la transmisión.
2. En la cesión de derechos que puede ser onerosa o gratuita, siendo que en el caso que nos ocupa el contrato de descuento es del tipo oneroso siempre, se puede transmitir cualquier tipo de crédito, de contenido o no pecuniario, exigible o no vencido, pero el descuento conserva su cláusula accidental o natural, conforme corresponda, consistente en que el descontatario está obligado al pago no del importe recibido, sino del importe nominal del crédito transmitido, en cambio en el caso de la cesión de derechos, el cedente responde de la solvencia del deudor cuando se haya pactado expresamente

(artículos 2043 del Código Civil para el Distrito Federal y 391 del Código de Comercio)

Teoría de la asunción del débito.

Esta teoría puede tener varias fundamentaciones como pudiera ser en la gestión de negocios, en el mandato, o la subrogación, sin embargo en todas ellas debemos acotar lo siguiente:

1. En el caso de la gestión de negocios o el mandato, existe la constante de que el crédito originario desaparece, se termina por el pago que se ha hecho del mismo el gestor o mandatario (descontante), y a favor del que paga se genera un derecho de exigir al deudor el monto de lo pagado, con las salvedades que para el gestor de negocios se establecen, o las expensas que el mandatario empleó para efectuar su cometido. El descontante no tiene interés en que la vida del derecho de crédito termine, sino por el contrario que se mantenga vigente hasta su vencimiento natural poder hacerlo exigible a su deudor.
2. En el caso de la subrogación, cabe recordar que para que se dé el supuesto de ésta, debe existir entre otros previstos, un interés jurídico en que la deuda sea cumplida por el que paga, sin embargo a la fecha de celebración del descuento el descontante no tiene un interés jurídico en que la deuda sea

pagada, sino es en interés propio que adquiere el derecho de crédito y es su voluntad que quede vigente y no se extinga por el pago que realice del mismo. Además para que esta situación pudiera presentarse debiera pagarse por completo el derecho de crédito, es decir sin que medie descuento, ya que de lo contrario quedará vigente la parte respectiva y en titularidad del acreedor originario.

Hechas las exposiciones anteriores confirmamos nuestra hipótesis respecto a que el contrato de descuento es un contrato *sui generis*, con características propias, aún y cuando carezcan de una normatividad consignada en la ley, lo que no implica que en derecho no tengan la propia.

D. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE DESCUENTO.

En Código Civil para el Distrito Federal establece en los artículos 1835 a 1838, los diversos criterios que la ley observa para clasificar a los contratos en relación con su contenido obligacional.

El descuento, contrato bilateral.

Cabe señalar que la mayoría de los autores que han tratado el tema, definen al contrato de descuento como un contrato unilateral, ya que una vez que se ha perfeccionado el contrato mediante la transmisión del derecho de crédito

descontado, sólo surge una obligación a cargo del descontatario, la de responder en caso de que el deudor del crédito no lo honre.⁴²

Cabe señalar que el matiz que se requiere para distinguir en este contrato el contenido unilateral de uno bilateral estriba en el momento de perfeccionamiento del contrato el cual consideramos como consensual cuando se trata de derechos de crédito no títulos de crédito y real en este último caso, por lo que tomando en consideración esto, a partir del perfeccionamiento del contrato se generan obligaciones para ambas partes, la del descontante de entregar al descontatario el importe del descuento y la del descontatario consistente en el pago del importe del derecho de crédito (no de la cantidad entregada) en caso de que éste no sea cubierto por su deudor, ya que la transmisión del derecho de crédito operó por virtud del consentimiento para el caso de derechos de crédito no documentados en títulos de crédito. Si bien como diremos más adelante se generan obligaciones adicionales a cargo del descontador, consistentes en efectuar los actos necesarios y conservatorios del derecho de crédito de que se trate, a fin de mantener vigentes sus acciones y con ello las del descontatario en su caso, no podemos afirmar que ésta sea una obligación derivada del contrato de descuento en sí, sino de la titularidad de un derecho. Por el hecho del descuento se transmite la titularidad de un derecho, pero aún si se transmite por medio diverso al descuento o fuere un título originario, es decir su titular el a favor de quien se expidió y no ha circulado a terceros, mantiene las obligaciones de conservación del derecho para no dejarlo

⁴² PÉREZ ESCOLAR, Rafael. El contrato de descuento, Madrid, 1982, pp31 y ss.

caducar o prescribir, y las consecuencias obrarán en beneficio o interés del descontador o en su caso del titular del derecho.

El descuento, contrato oneroso.

El artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal define a los contratos onerosos como sigue:

“Artículo 1837.- Es oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquél en el que el provecho es solamente de una de las partes.”

En interpretación del texto antes transcrito manifestamos que el contrato de descuento es un contrato oneroso, ya que los provechos y gravámenes operan para ambas partes. A simple vista pudiera pensarse que como hemos mencionado en el punto anterior consideramos al contrato de descuento bilateral, ello no obsta para pensar que pudiere ser gratuito a favor del descontatario ya que consideramos la cláusula de buen fin como renunciable por ser natural o accidental, conforme a nuestro derecho y no esencial. Pueden válidamente subsistir ambas características, ya que atienen a dos situaciones distintas.

Así pareciera que el contrato es de contenido gratuito a favor del descontatario en caso de pacto expreso en contra de dicha cláusula, o bien para el descontador ya que el descontatario transmite el derecho de crédito y con ello saca de su patrimonio un bien, así como a responde de manera subsidiaria del incumplimiento del deudor de éste, mientras que por el otro lado el desontante sólo entrega al descontatario una suma de dinero inferior al valor nominal del crédito enajenado.

Sin embargo consideramos esta visión simplista, ya que es precisamente en razón al beneficio económico que implica al descontatario tener liquidez de modo anticipado al que hubiere tenido de haber esperado al vencimiento del crédito para hacerlo efectivo, y el costo por tener y poder disponer de esas cantidades anticipadamente es precisamente la tasa de descuento que se disminuye al valor o importe del crédito objeto del descuento.

Por otro lado y sobre la obligación de responder por la falta de buen fin en el cobro del derecho de crédito hay que considerar lo siguiente: (i) en primera instancia consideramos a la cláusula de "*salvo buen fin*" como una cláusula natural o accidental, según se trate, y no esencial en el contrato, por lo que puede pactarse en contrario de la misma cuando esta se encuentra regulada por la ley o bien suplida por los usos si se logra demostrar que la práctica impone la obligación de responder de la solvencia del deudor del crédito transmitido, o bien cláusula accidental, cuya existencia requiere pacto expreso en tal sentido; y (ii) en el

supuesto de que el descontatario pague al descontador el crédito que debió de ser pagado por el deudor, el descontatario sí tiene un interés jurídico para hacerlo (se ha obligado en tal sentido) y en tal razón se subroga en los derechos del acreedor en contra del deudor.

Esto queda de manifiesto en el factoraje financiero con el que el descuento comparte algunas características y al cual la ley le establece la necesidad de pactarse “con recurso” o “sin recurso”, sin embargo este pacto debe ser expreso, ya que el recurso presupone la adquisición de una obligación solidaria sobre la adquirida por el deudor del derecho de crédito, y la solidaridad no se presume sino deviene de declaración expresa, como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal y en caso de no expresarse en algún sentido el contrato respectivo, deberá entenderse sin recurso. Igualmente se establece que salvo pacto en contrario el cedente de un crédito mercantil sólo responderá de la solvencia del deudor por el pacto que expresamente efectúe sobre el mismo. Como ya hemos mencionado la ausencia de la cláusula salvo buen fin no implica la inexistencia del contrato ni altera las consecuencias esenciales como la transmisión de la propiedad de un derecho y la contraprestación consistente en entregar el importe de dicho derecho de crédito menos una prima o descuento, y en todo caso el descontante puede válidamente exigir el cumplimiento de su obligación al deudor de dicho derecho.

El descuento, contrato consensual y real.

Este tema que al parecer es de contenido meramente doctrinal es de vital importancia en el plano de la realidad ya que dependiendo de la naturaleza de este contrato y del momento en que surge el contenido obligacional de éste, se ejercitarán las acciones adecuadas ante situaciones anómalas tales como la falta de entrega del dinero al descontatario o de los derechos de crédito, es decir se podrán ejercer las acciones de cumplimiento forzoso del contrato o de enriquecimiento ilegítimo dependiendo de los que se concluya en el presente.

Consideramos al descuento como un contrato consensual y real atendiendo al objeto que se descuenta, contrario a la opinión de buena parte de los autores, en atención a las siguientes argumentaciones:

La técnica jurídica distingue varios medios de constituir obligaciones, las que se originan mediante el simple acuerdo de voluntades (consensuales), y las que requieren elementos adicionales al consentimiento para perfeccionar el surgimiento de la obligación que pueden ser la entrega de una cosa (reales), o bien la celebración de actos o suscripción de documentos adicionales (formales).

La clasificación del nacimiento de las obligaciones depende del momento en que surgen éstas, es decir surge la acción de exigir a una persona una condición de dar, hacer o no hacer. Dicha situación no resulta arbitraria, sino son las

condiciones que de hecho se requieren para dar vigencia a un débito. Tal es el caso del depósito, no podemos exigir al depositario la conservación y restitución de la cosa depositada si previamente no le ha sido entregada, por lo que la lógica obra en el sentido de señalar en cada situación si se deben cumplir requisitos adicionales al consentimiento entre las partes o éste es suficiente.

En el contrato real, la entrega de un bien presupone la creación de la obligación, y en el consensual el simple consentimiento hace nacer derechos y obligaciones del contrato. Varios autores importantes como Rafael Pérez Escolar, Adriano Fiorentino, Messineo, Garrigues han establecido que el contrato de descuento requiere para su perfección además del consentimiento, la traslación perfecta del crédito del descontatario al descontador, y la entrega de la suma que el descontador anticipa al descontatario. Divergimos parcialmente de estas opiniones por las razones siguientes:

1. En primer lugar la premisa consistente en que el surgimiento del contenido obligacional del contrato requiere la transmisión del derecho de crédito y del importe del crédito menos la tasa de descuento, carece de fundamento en virtud a que la razón de ser de los contratos reales es precisamente que resulte imposible el cumplimiento de las obligaciones si la previa entrega del bien objeto del contrato. En el caso que nos ocupa, los derechos de crédito se transmiten por mero efecto del consentimiento, tal es el caso de derechos de crédito no documentados, o bien documentados pero diversos a los títulos de

crédito como puede ser la factura, el contra-recibo y documentos análogos. En estos casos cabe decir que el extravío, o destrucción de estos documentos no implica la de los derechos de crédito que en estos se amparan, por lo que no es necesaria su materialización sino como medios probatorios de un derecho, mas no de su existencia. En este sentido el mero consentimiento tiene la fortaleza suficiente para poder transmitir su titularidad a un tercero (descontante) o bien darlo por terminado (remisionario) o cualquier acto jurídico que sobre el mismo se efectúe.

2. La citada situación no se presenta en los títulos de crédito en donde la forma natural de éstos para transmitirse es mediante la entrega, cuando son al portador o bien el endoso y la entrega cuando se trata de nominativos. En este caso si podemos hablar de un contenido real del contrato, sin embargo cabe preguntarse que la naturaleza del descuento puede variar en función al tipo de derecho de crédito de que se trata, como pudiera pensarse en la compraventa cuando se trata de bienes inmuebles.

3. Cabe recordar que el artículo 27 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la posibilidad de transmitir los títulos de crédito por medios diversos al endoso y entrega, pero este hecho desnaturaliza la calidad de autonomía y legitimidad propia de los títulos de crédito. En adición de la lectura del artículo 28 del mismo ordenamiento legal se infiere que bien puede omitirse el endoso del documento pero si se precisa la entrega del mismo, situación que

resulta lógica ya que es un medio de seguridad para el adquirente del derecho de crédito consignado en el título, tanto como medio de prueba, como para evitar su circulación posterior por medios habituales a los cambiarios. Además de que resulta inconveniente para el descontador adquirir derechos de crédito que habrían podido darle la ventaja de la ejecutividad, autonomía, legitimidad, incorporación y literalidad que de otra forma no tiene. Por o tanto se concluye que atendiendo al tipo de derechos de crédito de que se trate, el contrato será real o consensual.

4. Finalmente por cualquiera de estos medios se logran los efectos del contrato que son el de substituir al descontatario en su calidad de acreedor frente al deudor, la del descontatario de responder por la falta de pago del crédito transmitido y la acción del descontatario de exigir el pago del importe del derecho de crédito menos el importe del descuento.

5. Consideramos que es suficiente en el caso de derechos de crédito no documentados en títulos de crédito el acuerdo de voluntades para constituir este hecho un título legítimo a favor del descontador para hacerlo valer en contra del deudor y con ello recuperar el importe adelantado y la ganancia que implicó la operación (equivalente a la tasa de descuento)

Comparten esta opinión algunos autores como Cervantes Ahumada⁴³ quienes establecen que el descuento será de naturaleza real en cuanto trate de títulos de crédito y consensual cuando se trate de otro tipo de derechos de crédito. es decir, atendiendo a la naturaleza del derecho de crédito se requerirá efectivamente la entrega física o real del título de crédito, sin embargo si para la existencia del derecho de crédito no se requiere que éste se encuentre documentado en alguna forma, bien pueden existir sin estar incorporados a un documento y resultaría imposible transmitirlos de forma física. por lo que su transmisión opera por efectos del consentimiento

Para aclarar más esta situación pondremos de ejemplo la compraventa. En dicho instituto nuestra legislación establece que es un contrato consensual en todo caso, sin embargo para efectuar la venta de bienes inmuebles se requieren de elementos de carácter formal para ello. Sin embargo el acuerdo de precio y cosa sobre la compra de un bien inmueble puede darse de forma anticipada al otorgamiento en escritura pública de este consentimiento y posterior inscripción, la diferencia estriba en que el contrato "privado" no surte efectos en contra de los terceros contratantes, por lo que el vendedor que efectuase una venta formal del objeto vendido en el contrato con un tercero, tendrá obligación de indemnizar al comprador defraudado, más éste no podrá nulificar los efectos de la venta a un tercero de buena fe.

⁴³ CERVANTES AHUMADA, Raúl Titulos y Operaciones de Crédito 10ª ed. Mexico Edit Editorial Herrero, 1978, p 242

Sobre este tema se pronuncia Adriano Fiorentino y Garrigues, al establecer el primero de ellos que la consideración de real deviene de la fórmula consistente en que el descontatario transmite "mediante" la entrega del importe de la contraprestación. Es decir son dos actos simultáneos y necesarios para que surja el contenido obligacional del contrato. Es decir el descontatario no se obliga a transmitir un derecho de crédito, ni el descontador a pagar su importe menos la tasa de descuento, sino que por efecto de esta situación se producen los efectos propios del contrato.⁴⁴

No nos parece acertada esta consideración ya que equivaldría a considerar todos los contratos como reales, ya que por ejemplo en el caso de la compraventa el vendedor transmite la propiedad del bien porque su fin o motivo es adquirir el precio y viceversa sucede con el comprador, por lo que buena parte de los incumplimientos se evitarían con esta fórmula, pero nacerían acciones de pago de lo indebido o enriquecimiento ilegítimo.

El descuento. contrato conmutativo.

Nos referiremos a esta clasificación basándonos en el supuesto de que la cláusula "salvo buen fin" no es una cláusula esencial sino natural o accidental según el descuento se legisle o no, por lo que la derogación que se lleve a cabo

⁴⁴ FIORENTINO, Adriano. Le Operazioni Bancarie, 1ª ed., Nápoles, Edit. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1948, pp. 112 y ss

de esta disposición consideramos que no afecta la clasificación del contrato de descuento como conmutativo.

La última clasificación que el Código Civil para el Distrito Federal establece sobre los contratos onerosos es la que hace entre conmutativos y aleatorios, estableciendo los primeros cuando *“las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que se pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que les cause éste”* y el segundo cuando *“la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice”*.⁴⁵

Existen tratadistas como Colin et Capitant que establecen que la incertidumbre sobre la determinación de las pérdidas y ganancias de todas o alguna de las partes da lugar a los contratos aleatorios, en cambio otros como Planiol, Baudry-Lacantinerie establecen que el contrato para tener la condición de aleatorio debe de tenerlo para todos los contratantes, lo que es ganancia para uno es pérdida para el otro.⁴⁶

⁴⁵ Artículo 1838 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, México.

⁴⁶ Referidos por BORJA SORIANO, Manuel Teoría General de las Obligaciones, 12ª ed., México, Edit. Porrúa, 1991.

En el caso que nos ocupa la posible aleatoriedad se presenta para una sola de las partes, para el descontatario de responder en caso de no pago del deudor. Sin embargo creemos que la posibilidad de que el descontatario llegue o no a pagar al descontador por causa de esta garantía o recurso que se impone no permite clasificar al contrato como aleatorio, ya que el descontatario puede desde un inicio medir la conveniencia o ganancia que implica la celebración del mismo, ya que conoce perfectamente la contraprestación que esta obligado a pagar en caso de que se actualice el supuesto de no pago por parte del deudor.

Por último señalaremos que el contrato de descuento es principal y no accesorio, sobre lo cual no abundaremos ya que resulta obvia esta puntualización.

E. DERECHO COMPARADO.

A continuación nos abocaremos al estudio de la figura del descuento al amparo de diversos ordenamientos jurídicos nacionales, de los cuales hemos elegido de manera arbitraria al Reino Unido y los Estados Unidos de América como representantes de la familia del common law y a Italia y España como representantes de la tradición romano-germánica.

Reino Unido

En el Reino Unido para poder operar como banco es necesario contar con una autorización expresa del Ministerio de Hacienda y del Banco de Inglaterra,

para efectos de poder llevar a cabo las funciones de la banca, dentro de las cuales se encuentra el descuento de letras y pagarés. Así las cosas el descuento solamente puede tener por objeto títulos de crédito.

De forma similar a lo que se ha venido exponiendo el descuento importa la transmisión de la propiedad del título de crédito en este caso contra el pago de su importe menos una tasa o prima de descuento. No debe entenderse que se esta otorgando un crédito con garantía prendaria o de cualquier naturaleza sobre el título, sin embargo la obligación de pago del importe del título provienen de la eventual obligación cambiaria asumida por efecto del endoso y no directamente por la naturaleza del contrato en si.

Podemos identificar dos grandes tipos de mercados de descuento en el Reino Unido, el primero el derivado de la proveeduría de bienes y servicios conocido como el descuento de "papel comercial" en contraposición del mercado de descuento de "papel gubernamental".

El mercado del papel comercial se basa principalmente en la utilización de la letra de cambio como medio para documentar una obligación de pago a plazo, derivada de las operaciones o transacciones comerciales, principalmente de carácter internacional, lo que permite al acreedor ubicado en el Reino Unido otorgar facilidades de pago a sus compradores en el extranjero documentando el adeudo correspondiente en una letra de cambio girada en su favor. Dicha letra de

cambio deberá ser aceptada por entidades financieras del Reino Unido denominadas como *Casas de Aceptación*, las cuales se encargan de aceptar las letras de cambio giradas por los deudores, con independencia de su domicilio. La aceptación tradicionalmente y en su caso el aval que sobre los pagarés se pueda establecer por las citadas Casas de Aceptación, implica una firma de valor o una conciencia de la solvencia moral y económica de que el adeudo será cubierto cabalmente a su vencimiento, lo que otorga mayores facilidades para ser descontada en el mercado de descuento, principalmente en las *Casas de Descuento*. Debemos recordar que tal y como se ha expuesto con anterioridad el descuento efectuado en nuestro país por las instituciones bancarias bajo el amparo de ciertas legislaciones exigía la firma de dos o mas firmas denominadas de valor, es decir de personas que se obligaran a su pago mediante la aceptación o aval de los títulos de crédito con una reconocida solvencia moral y económica, lo que importaba un riesgo inferior sobre el pago de dicho derecho de crédito.

Es menester indicar que la normatividad del Reino Unido no precisa para el descuento de los títulos de crédito la necesaria intervención de una Casa de Aceptación, sin embargo en mérito de mejorar la calidad de papel a descontar y a efecto de obtener una tasa de descuento mas atractiva se recurre a este tipo de instituciones. Las instituciones financieras que tradicionalmente celebran las operaciones de descuento son las denominadas *Casas de Descuento* que se ocupan de descontar los títulos y sobre todo sirven de intermediarios comerciales

para a su vez redescantar dentro del sistema financiero del Reino Unido los derechos adquiridos.

Por otra parte cabe hacer mención del denominado "papel gubernamental", el cual tiene su origen en las denominadas letras de complacencia o títulos de crédito que se creaban sin que subyaciera una relación comercial por virtud de la cual se generara una obligación de pago. Si bien esta situación no fue tenida como aceptable por las Casas de Aceptación y de Descuento, es el origen del llamado "papel gubernamental", el cual consiste en adquirir financiamiento mediante la emisión de dichas obligaciones de pago a cargo del estado, actuando a través de su banco central en algunos casos, sin perjuicio que dichas obligaciones fueran emitidas por cualquier entidad administrativa de gobierno. Dado el carácter del deudor resulta innecesario acudir a las Casas de Aceptación para ser garantizadas. Actualmente se colocan mediante licitaciones u ofertas públicas como las conocemos en nuestro derecho y a través del mercado bursátil, sin que ello implique la prohibición de emitirlos en forma extrabursátil.

Estados Unidos de América.

En tratamiento de la normatividad aplicable en los Estados Unidos de América podemos manifestar que el descuento verificado por instituciones bancarias implica el otorgamiento de un crédito por parte de un banco con base en el monto de las cuentas o derechos de crédito en favor del acreditado, mediante el cálculo a descuento sobre el valor nominal a recibir en la fecha en que se verifique

el vencimiento del derecho de crédito del importe principal y de los intereses que habrá de devengar el crédito, debiendo corresponder el valor nominal del crédito. En este caso se efectúa la transmisión de la propiedad en favor del banco quien adquiere la legitimidad para su cobro, sin embargo en el evento de que la misma no sea pagada por cualquier causa, el préstamo generará intereses moratorios y el derecho de crédito transmitido no se entenderá como dado en pago del crédito.

La naturaleza de las cuentas por cobrar puede ser de títulos de crédito o de facturas o cualquier medio de documentación de un adeudo, deberá notificarse la transmisión en favor del banco o institución financiera mediante simple notificación hecha al deudor, sin embargo y atendiendo al Uniform Commercial Code, en razón a que se trata de bienes intangibles, dicha transmisión deberá ser registrada a efecto de que surta sus efectos frente a terceros.

De igual forma podemos establecer un mercado de descuento derivado del "papel comercial" cuyo término se entiende diverso al especificado en comento del derecho del Reino Unido. El "papel comercial" en los Estados Unidos de América implica un medio de financiamiento mediante el cual empresas constituyen una obligación de pago determinada con garantía de los haberes de la propia empresa en favor de determinada o generalmente al portador, enajenando por un importe inferior a su valor una parte alícuota de esa obligación (a precio de descuento) cuyos adquirentes son por este hecho acreedores de dicha empresa. No existe como base de la emisión de dichas obligaciones (cualquiera que sea la forma en

que se documente) una transacción comercial, sino la simple necesidad de financiamiento del deudor. Este sistema es idéntico al analizado cuando hablamos del descuento del "papel gubernamental" en tratamiento del derecho británico, siendo claro que en caso que nos ocupa la Reserva Federal de los Estados Unidos acude a este medio mediante la emisión de los Treasury Bills.

La Reserva Federal cobra una relevancia especial en el mercado de descuento, ya que a través de los bancos de la Reserva, el mercado de redescuento con títulos de crédito cobra especial relevancia como medio de financiamiento de ciertas actividades de importancia, tales como los títulos de crédito derivados de actividades comerciales y agrícolas, títulos y letras aceptadas por bancos, y en caos excepcionales en periodos críticos, derechos a cargo de personas físicas y morales en general que sean incapaces de asegurar reestructuras con otras instituciones bancarias. El límite de derechos a cargo de un mismo deudor será equivalente al límite de endeudamiento ante una asociación bancaria y dependiendo de la naturaleza de los derechos existen limitantes en cuanto al plazo de vencimiento de los documentos que se adquieran

España

Al igual que en nuestro país el descuento no es una figura legislada en las disposiciones españolas, simplemente se tiene noticia de él o su parcial reconocimiento en los actos que los bancos pueden efectuar, dentro de los que se

haya el descuento, así como ciertas regulaciones del Banco de España (Banco Central), sin embargo no le define ni se señalan sus consecuencias de derecho.

De igual forma que en nuestro derecho positivo no vigente (el de nuestro país y en de aquél), la regulación del descuento se encuentra confinada al establecimiento de ciertos límites a la operación, tales como el plazo máximo de vencimiento de los derechos de crédito adquiridos, las firmas de garantía o de responsabilidad, así como el lugar en que habían de figurar en el régimen de inversión de los bancos y en su contabilidad, pero no se regula su contenido.

Así las cosas el derecho español se vio el la necesidad de regular el descuento a través de la jurisprudencia la cual en términos generales le reconoce los siguientes principios:

- a) Es un negocio jurídico autónomo y diverso a cualquiera de los regulados en el Código de Comercio español.
- b) Por virtud del mismo el Banco adquiere la titularidad del derecho por cualquiera de los medios que el derecho permite, contra el importe del derecho previa deducción del interés.
- c) Considera esencial la condición de *“salvo buen fin”* con lo que el Banco podrá resarcirse por el incumplimiento del deudor, cualquiera que la causa fuere, por

lo que el descontatario deberá reintegrar el importe del derecho de crédito, aunque cabe señalar que en las sentencias más antiguas se establecía que el monto de lo adelantado, sin embargo en las más recientes se establece el valor nominal del derecho transmitido.

- d) Es deber del Banco o descontante efectuar diligentemente todos los actos conservatorios del derecho.
- e) Establece que el derecho de crédito se transmite *pro solvendo* y no *por soluto*, es decir en cumplimiento del contrato y no en lugar del cumplimiento del contrato (dación en pago)

Por otro lado en la doctrina española existen autores como Joaquín Garrigues y Manuel Broseta Pont⁴⁷ se inclinan a tener al descuento como una operación de crédito, donde el derecho de crédito no es más que una garantía y medida del importe del crédito; mientras que existen autores tales como Rafael Pérez Escolar, Uría y Langle que entienden al descuento como una forma o derivado de la cesión de créditos.⁴⁸

⁴⁷ RODRÍGUEZ, Joaquín Contratos Bancarios, Madrid 1958 y BROSETA PONT, Manuel Manual de Derecho Mercantil, 3ª ed., Madrid 1977, Edit. Tecnos

⁴⁸ Citados por PEREZ ESCOLAR, Rafael El Contrato de Descuento, Madrid 1982

Italia

El Código Civil Italiano define en su artículo 1,858 el descuento como: *“el contrato mediante el cual el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante cesión, salvo buen fin, del crédito mismo”*.

De la definición antes transcrita podemos evidenciar los siguientes principios:

- a) El descontante siempre deberá ser un banco.
- b) Supone la transmisión de la propiedad del derecho de crédito y no como garantía de pago de un crédito.
- c) El contrato sujeta su existencia al buen fin del derecho transmitido, es decir a su pago.
- d) Supone el descuento del interés, prima o premio del descuento del importe nominal del derecho transmitido en la fecha misma de su transmisión
- e) El derecho transmitido no debe estar vencido.

f) El contrato es de naturaleza real, es decir el contenido obligacional surge en el momento en que las partes han dado cumplimiento cada una al pago del importe descontado y la transmisión del derecho.

Respecto a los puntos antes mencionados a nuestro parecer no consideramos indispensable establecer como elemento personal del descontador o descontante a una institución bancaria, ya que esta posición puede ser cómodamente ocupada por cualquier sujeto con capacidad para contratar y hacerse de los derechos de crédito objeto del descuento, sin embargo este punto lo abordaremos con más detenimiento cuando tratemos los elementos personales del contrato; asimismo y como lo hemos indicado con anterioridad, consideramos al contrato de descuento como un contrato real y personal atendiendo a la naturaleza del derecho de crédito descontado, sin embargo la doctrina italiana estima que su calidad real deviene por cuanto hace a la transmisión del derecho de crédito como a la entrega de las cantidades anticipadas. A este respecto según nuestro criterio no podemos confundir la característica real de los contratos con los momentos de ejecución del mismo (instantánea, diferida, etc.), pero es conveniente dejar esta disertación cuando toquemos el tema de los elementos objetivos del contrato en estudio.

En cuanto al tratamiento doctrinal del tema, los estudiosos italianos son a nuestro parecer aquéllos que han tratado con mayor profundidad y abundancia la figura del descuento. Angelo Aldrighetti lo define como *la adquisición al contado de*

*un crédito a plazo*⁴⁹, en donde el crédito puede estar documentado en un título de crédito o en cualquier otro documento (títulos no cartáceos), en el cual se transmiten los créditos "*pro solvendo*" y no "*por soluto*", es decir como medio de pago y en cumplimiento a la obligación contraída y no en lugar de dicha obligación.

Es de vital importancia la obligación del descontatario de responder del *bonum nomen* del derecho de crédito, sin embargo esta obligación es de carácter subsidiario, ya que la fórmula "*salvo buen fin*" implica la obligación del descontante o descontador de presentar infructuosamente el derecho para su pago para que surja su derecho.

Sirva pues este marco que en buena medida colaborará a establecer los lineamientos de la institución del descuento que se estudia, especialmente por la afinidad de los sistemas jurídicos en España e Italia.

⁴⁹ ALDRIGHETTI, Angelo. *Técnica Bancaria*, 1ª ed. en español, Tr. Felipe de Jesús Tena y Roberto López, México 1938, Edit. Fondo de Cultura Económica, p. 42.

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO.

En el presente capítulo abordaremos los elementos contractuales específicos de la figura del descuento de créditos a efecto de definir claramente sus partes constitutivas y con ello establecer los límites de la institución jurídica, haciendo hincapié en la celebración de operaciones de descuento por las instituciones de crédito.

A. ELEMENTOS.

Siguiendo las formas didácticas con que los autores han abordado el estudio de los institutos jurídicos, a continuación analizaremos los elementos personales, reales y formales del contrato de descuento.

i) Elementos Personales.

Por elementos personales debemos entender aquellas personas (físicas o morales) cuya voluntad o consentimiento intervienen en la formación de un contrato. Para el caso específico que nos ocupa, los participantes en el contrato de descuento son dos, el *Descontador o Descotante* y el *Descotatario*.

El Descontador o Descontante: Es la persona que adquiere en propiedad los derechos de crédito objeto del descuento mediante el pago de una contraprestación consistente en la entrega de un precio equivalente al valor del derecho de crédito transmitido menos una tasa de descuento aplicado a éste.

En nuestra opinión la figura del Descontador o Descontante puede recaer en una persona física o moral y no se requiere de calidad o legitimidad especial para tener tal carácter en la relación jurídica por lo que resulta operante el principio de que son hábiles para contratar las personas no impedidas expresamente para dicho fin, por lo que no se requiere ser comerciante, una institución de crédito o señalamiento en específico en cuanto a su calidad.

Es importante mencionar que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece como única persona facultada para ostentarse como Descontador en el Descuento de Crédito en Libros, a las instituciones de crédito. A pesar de que abordaremos el tema específico del descuento de créditos en libros y la diferencia que guarda con el descuento de derechos de crédito objeto de análisis del presente trabajo, consideramos que la calidad subjetiva del Descontador antes mencionada opera en relación a la naturaleza crediticia de la institución del descuento de créditos en libros.

Para el caso que nos ocupa, es decir para las instituciones de crédito, resulta claro que nos enfrentamos ante una persona moral autorizada para hacer

sólo aquello que le está estrictamente permitido, situación semejante a lo establecido para el caso del Estado, siguiendo el principio de Legalidad, en el cual la autoridad sólo está facultada para hacer sólo aquello que la ley expresamente le ordena, contrario al principio que reza que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

No resulta materia del presente trabajo la disertación acerca de dicha limitante o condición, asemejando su función a la del Estado, el cual por razones de su creación como forma de gobierno históricamente existente requiere, a saber de su teoría formadora o angular, una razón o lógica limitante, es decir el Estado es un ente ordenado por los creadores del mismo, los ciudadanos, los cuáles las normas que regirán los actos de los mismos.

Dicho principio extraído del Derecho Administrativo se hace extensivo por el legislador a las instituciones de crédito, estableciéndose en el ya citado artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito el principio de legalidad para dichas personas morales privadas o particulares, el cual en su enunciado principal dice:

"Artículo 46.- Las Instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...."

Sin embargo dicho enunciado no limita la posibilidad de celebración de las operaciones enunciadas en el citado artículo de manera exclusiva para las instituciones de crédito, no encontrándose legislada la operación de descuento de créditos en ningún código o ley vigente para la República y por ende no se encuentra limitada la calidad subjetiva del Descontador a una institución de crédito.

Cabe mencionar que en la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1932 establece el reconocimiento de la capacidad general de todas las personas físicas y morales para la celebración de las operaciones mercantiles de las que participan los bancos, mas sin embargo acota dicho reconocimiento estableciendo que ciertas operaciones exigen una organización especial, las cuáles si bien no describe, alude en general a las operaciones de crédito y banca.

Sin embargo creemos aplicable el principio general de que los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, pero de igual forma acotamos o circunscribimos dicha afirmación a la siguiente exposición:

El descuento de derechos de crédito es una operación comercial atendiendo a que podemos clasificarla como una actividad que por naturaleza implica la obtención de un lucro o ganancia por parte de las partes. Si bien podemos descontar derechos de crédito derivados de actividades eminentemente civiles en

contraposición a las mercantiles, el descuento de los mismos implicará, como se expondrá más adelante, que la operación no podrá clasificarse como un contrato gratuito, es decir que las obligaciones incidan en una sola de las partes, ya que siempre debe existir como contraprestación una tasa de descuento o premio, sin embargo no podemos afirmar que esta connotación implique la mercantilidad del descuento, sino que lo que define su clasificación mercantil es precisamente el fin o motivo de la operación.

En un contrato de naturaleza civil con la característica de oneroso, podemos establecer que existe un fin o motivo distinto al lucro que lleva a su contratación, tales como la adquisición de la propiedad o de la posesión de bienes, la representación de una persona, etc., sin embargo en el contrato de descuento el fin o motivo debe estimarse no solo en adquirir la propiedad de un derecho mueble (según el Código Civil para el Distrito Federal), sino que el derecho que se adquiere es un derecho de cobro ya generado pendiente de hacerse exigible y cuyo pago se adelanta con una disminución de su valor o importe que determinamos como el lucro o ganancia que obtiene el Descontador por el pago anticipado que se ha hecho de ése derecho de crédito. De lo anterior concluimos que el Descontador o Descontante debe contar con la característica de ser comerciante.

En cuanto a las instituciones de crédito, éstas evidentemente se encuentran clasificadas como comerciantes, así como las operaciones que las mismas

desempeñan de conformidad con lo establecido en el artículo 75 fracción XXI del Código de Comercio.

Como ya hemos mencionado no existe regulación especial y sistemática para la materia sin embargo debemos mencionar algunas de las disposiciones que en la normatividad bancaria se establecen respecto a las personas que adquieren la calidad de Descontantes en la relación jurídica del descuento

Al respecto el primer párrafo del artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito establece la limitante de las personas con las cuales las instituciones de crédito pueden a su vez realizar operaciones de descuento en su carácter de descontatarias. Dicho artículo dice:

“Artículo 93.- Las instituciones de crédito sólo podrán ceder o descontar su cartera con el Banco de México u otras instituciones de crédito o con los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico. El Banco de México podrá autorizar excepciones a este artículo...”

Y en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo antes transcrito, el Banco de México ha expedido diversas circulares, específicamente la 2019/95, numerales M.14.3 y M.14.5, y la Circular Telefax 66/96 que modifica los mencionados numerales de la 2019/95, donde autoriza a las instituciones de

crédito a ceder o descontar: (i) con o sin su responsabilidad su cartera de créditos en moneda nacional o extranjera con arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero o instituciones de seguros y de fianzas del país, y (ii) sin su responsabilidad su cartera de créditos en moneda extranjera con entidades financieras del exterior.

Por otro lado el artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito establece las prohibiciones que en su operación deben contemplar los bancos, del cual a continuación mencionaremos las que puedan incidir en las operaciones que en su carácter de Descontante o Descontador celebre:

1. La fracción V del citado artículo establece que no podrán celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución sus funcionarios y empleados, los comisarios propietarios y suplentes, los auditores externos de la institución, o los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas antes señaladas, por lo que las instituciones de crédito no podrán descontar derechos de crédito a cargo de cualesquiera de las personas señaladas, ya sea en forma directa o contingente, por ejemplo un título de crédito emitido por cualquiera de ellos, o bien emitido por un tercero pero avalado por los mismos.
2. La fracción XV del mismo artículo establece la prohibición de pagar anticipadamente en todo o en parte obligaciones a cargo de las instituciones de

crédito, derivadas de entre otras cosas, créditos, bonos y obligaciones subordinadas, de lo que se deduce que no podrá actuar como descontador de derechos de crédito a su propio cargo ya que estaría pagando anticipadamente éstos derechos de crédito y no propiamente descontando los mismos. Un ejemplo de ello puede ser un carta de crédito en el cual el banco asume una obligación de pago frente a un tercero por un crédito abierto, dicha carta de crédito tiene un determinado plazo para su pago una vez que se hayan cumplido las condiciones que se establezcan para que surja la obligación de la institución de crédito de solventar dicha carta. Pudiera ser que el tercero acreedor de dicha carta de crédito no quiera esperar hasta el vencimiento de la carta de crédito para hacerla líquida pudiendo recurrir a una operación de descuento; sin embargo no podrá efectuar dicha operación con el propio banco emisor de la carta de crédito, ya que su descuento implicaría el pago anticipado de su obligación asumida para con el mismo e incluso con el propio acreditante. Sin embargo creemos que esta prohibición expresa para el caso de las instituciones de crédito, es una lógica que debe entenderse ampliada a todos los supuestos de la institución del descuento sobre lo cual abundaremos más adelante cuando hablemos de los elementos reales del contrato.

3. Finalmente la fracción XVI del propio artículo 106, de la Ley, establece la prohibición a las instituciones de crédito de: (i) adquirir títulos o valores emitidos o aceptados por ellas o por otras instituciones de crédito; así como, (ii) readquirir otros títulos, valores o créditos a cargo de terceros, siempre salvo en

el caso de operaciones de reporto y de las previstas en el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito, del cual ya hemos hablado.

Distingamos los supuestos, el primero de ellos establece que los bancos no podrán celebrar operaciones de descuento con documentos emitidos por los propios bancos, hallándonos en el supuesto que establece la fracción XV anterior, sin embargo la documentación de las obligaciones puede ser diversa. Sin embargo hace extensivo a las aceptaciones bancarias, e incluso a avales y otras formas de documentar obligaciones a cargo de la propia institución de crédito. Cabe señalar que mantiene como excepción a la adquisición de dichos valores siempre que se trate de operaciones de cesión y descuento de los que hemos mencionado cuando nos referimos al artículo 93 de la propia Ley.

Por otro lado el segundo supuesto a que hace referencia la prohibición adquirir títulos, valores o créditos a cargo de terceros que previamente hayan pertenecido a la institución de crédito y por cualquier operación previa hayan sido transmitidos la titularidad de los mismos. Cabe señalar que igualmente es aplicable la excepción prevista en el ya citado artículo 93 de Ley, y para mayor abundamiento la circular 2029/95 y la 66/96 que la reforma, ya que en la propia se establece la posibilidad de transmitir la cartera de las instituciones de crédito denominada en dólares o moneda nacional a instituciones financieras nacionales con o sin responsabilidad, por lo que en la medida en que la responsabilidad de la

institución se actualice y pague dichos derechos de crédito se subrogará en los mismos y readquirirá la titularidad de ellos.

También resulta aplicable las limitantes que establece el artículo 73 de la Ley de Instituciones de Crédito en la cual se hace referencia a los comúnmente denominados "créditos relacionados". En estos supuestos el banco deberá seguir el procedimiento establecido en la propia ley o incluso abstenerse de efectuar operaciones de descuento con derechos de crédito a cargo de las personas físicas y morales señaladas en la ley, ya sea que las mismas resulten directamente obligadas o bien como producto de una contingencia asumida.

Por otro lado sólo cierto tipo de instituciones financieras pueden fungir como descontantes en las operaciones de descuento que celebren las organizaciones auxiliares del crédito como los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las uniones de crédito y las empresas de factoraje financiero, que son a saber: (i) las instituciones de crédito, las instituciones de seguros y de fianzas y las entidades financieras del exterior.

El Descontatario: Es la persona que transmite la propiedad los derechos de crédito objeto del descuento contra el pago de una contraprestación consistente en la entrega de un precio equivalente al valor del derecho de crédito transmitido menos una tasa de descuento aplicado a éste.

De igual forma la figura del Descontatario puede recaer en cualquier persona física o moral, que sean titulares de derechos de crédito, no siendo impedidas expresamente para dicho fin, y bien pueden tener la calidad o no de comerciantes.

El Descontatario debe tener la capacidad suficiente para poder transmitir los derechos de crédito, y en su caso sus representantes deberán contar con facultades bastantes para poder transmitir los derechos de crédito según su naturaleza, ya sean simples derechos de crédito o bien derechos documentados en títulos de crédito.

ii) Elementos Reales

Tradicionalmente los doctrinarios nacionales han expuesto en sus tratados como elementos reales el denominado objeto-cosa o indirecto de los contratos, es decir aquéllos bienes o prestaciones que deben darse, hacerse o dejarse de hacer, sin embargo también tocaremos lo concerniente al objeto-hecho o directo del contrato.

Podemos distinguir dos objetos indirectos en el contrato de descuento, a saber: (i) el derecho de crédito transmitido y, (ii) el importe del derecho descontado o contraprestación pecuniaria.

El Derecho de Crédito: Por principio general conforme al artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, los bienes objeto de un contrato deben (i) existir en la naturaleza, (ii) ser determinados o determinables en cuanto a su especie, y (iii) estar en el comercio.

Así el derecho de crédito materia de descuento debe existir en la naturaleza independientemente de la formalidad o modo de documentación del mismo, lo que nos lleva a concluir que un derecho de crédito puede estar documentado en un título de crédito, en cualquier medio escrito diverso al título de crédito, o bien no estar documentado, en virtud de que la ley da cabida a la contratación a través de medios estrictamente consensuales por lo que las obligaciones no se encuentran documentadas, aunque cobra relevancia su documentación para los efectos de la probanza de la existencia de un derecho a cargo de un tercero

De igual forma los derechos de crédito deberán estar determinados o ser determinables, es decir no se puede ser objeto de un contrato un bien y mucho menos su transmisión sin su identificación, a efecto de estar ciertos del contenido obligacional transmitido al nuevo acreedor y lo que puede exigírsele al deudor de dicho derecho.

El derecho de crédito deberá estar en el comercio, por lo que la limitación a su circulación cualquiera que sea la causa, impide la posibilidad que un derecho de crédito sea transferible. En nuestro sistema jurídico el principio general es que

todos los derechos de crédito son transmisibles salvo disposición legal en contrario que puede afectar al: (i) derecho objeto de la transmisión, o (ii) a los sujetos transmisores o receptores de dicho derecho, o bien disposición en contrario de las partes.

El Código de Comercio no previene expresamente limitantes a la transmisión de los derechos de crédito, y sólo enuncia en el artículo 389 que los créditos mercantiles que no sean al portador, ni endosables, se transferirán por medio de cesión, de lo que se concluye que no existe por principio general limitantes a la transmisión de los derechos mercantiles, y las formalidades que habrán de seguirse en cada uno de los casos atienden a la naturaleza de cada derecho, por su parte el artículo 2030 del Código Civil para el Distrito Federal de aplicación supletoria en la materia de comercio establece lo siguiente:

“Artículo 2030.- El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por ley, se haya convenido en no hacerla o no le permita la naturaleza del derecho.

El deudor no podía alegar contra del tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando éste convenio no conste en el título constitutivo del derecho ”

De la transcripción anterior podemos concluir que los principios que se establecen en el Código Civil son aplicables a la materia de comercio y por regla general los créditos mercantiles son transferibles salvo como mencionamos anteriormente la calidad de los enajenantes o adquirentes, la naturaleza del derecho o cualquier prevención legal o de las partes que limite su circulación.

Así podemos mencionar específicamente respecto de las instituciones de crédito que éstas sólo pueden enajenar su cartera a sujetos mencionados por la propia ley y por las circulares emitidas por el Banco de México, así como de recibir derechos de crédito a cargo de las propias instituciones de crédito, situaciones que ya han quedado expuestas en el presente capítulo en el apartado de Elementos Personales del presente trabajo.

Igualmente debemos atender a la ley que regula la emisión o creación de ciertos derechos a efecto de verificar si se requieren formalidades especiales a efecto de transmitir los derechos de crédito, tales como los derivados de los contratos de obra o suministro efectuados al amparo de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas donde se requiere autorización previa del deudor, o bien en el caso de obligaciones convertibles en acciones, éstas no pueden colocarse abajo de la par, por lo tanto no podrán ser objeto de operaciones de descuento

Resulta congruente la disposición citada del Código Civil con lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 25 que establece:

“Los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto, o en el de un endoso, de las cláusulas “no a la orden” o “no negociable”. Las cláusulas dichas podrán ser inscritas en el documento por cualquier tenedor y surtirán sus efectos desde la fecha de su inserción. El título que contenga las cláusulas de referencia sólo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.”

Sin embargo la diferencia entre los efectos jurídicos de una transmisión de los derechos de crédito contenidos en un título con limitaciones en su transmisión son bien distintos, en la transmisión hecha de un derecho no consignado en un título de crédito con prohibición de circulación convenida por las partes y asentada conforme a lo prevenido en el artículo implica la inexistencia de la transmisión, mientras que en el caso de títulos de crédito la enajenación surte sus efectos pero de cesión ordinaria con las consecuencias que de que deudor del título de crédito podrá oponer al adquirente las excepciones personales que pudo oponer al autor de la transmisión.

Ahora bien, atendiendo a las características que los derechos de crédito deben ostentar a efecto de que puedan ser objeto de un contrato de descuento en general podemos distinguir las siguientes:

- (i) Deben ser créditos no vencidos.
- (ii) Deben implicar una obligación de dar dinero.

El motivo por el cual los créditos no deben estar vencidos deriva de la razón de ser del contrato de descuento, anticipar un crédito a plazo, y toda vez que el acreedor habiendo otorgado un crédito o plazo para el pago de una obligación, aún no puede hacerla exigible al deudor, éste la enajena contra un precio obteniendo liquidez que de ordinario no sería factible o accesible, ya que de ser exigible la obligación, el acreedor no tendría que recurrir al descuento pudiéndose presentar el mismo al cobro del derecho.

El contenido u obligación monetaria si bien no es necesario que se observe en los contratos de descuento en general, consideramos que por la naturaleza del negocio bancario, los derechos adquiridos a través del descuento siempre deberán establecerse en obligaciones dinerarias, sin hacer la distinción que para la legislación mexicana implica la moneda nacional con respecto del dinero y las divisas como bienes fungibles, ya que difícilmente podríamos imaginarnos el descuento de un certificado de depósito o documentos representativos de mercancías, incluso en los certificados de participación tendría que verificarse si

nos encontramos ante el hecho que el certificado de participación representa el derecho a una parte alícuota de bienes, rendimientos frutos, etc , que de ordinario son dinerarios o bien representan otro tipo de bienes diversos a éste.

En cuanto a la característica de la documentación o no del derecho de crédito cabe mencionar que en materia mercantil no se requiere de formalidad alguna para contratar, de lo que deviene que los derechos de crédito podrán estar o no documentados ya que no es un elemento constitutivo de los mismos tal y como lo es en los títulos de crédito, sin embargo es de vital importancia para el descontador un tercero ajeno a la relación jurídica que da origen al derecho de crédito, cerciorarse de la existencia del derecho a adquirir, por lo que la falta de documentación lo consideramos como un elemento de hecho y no de derecho que afecta la posibilidad de hacer exigible un crédito al deudor, situación que puede subsanarse mediante el reconocimiento de adeudo que dicho deudor emita al respecto.

Dentro de los créditos documentados objeto de descuento podemos diferenciar dos grandes grupos:

(a) Títulos de Crédito

(b) Otros documentos (contra-recibos, reconocimientos de adeudo, facturas con evidencia de entrega o aceptación de mercancías, contratos, etc.)

Dentro de los títulos de crédito los más viables a ser objeto de descuento son los pagarés y las letras de cambio, recordemos que los cheques son por naturaleza documentos a la vista por lo que conforme a lo antes expuesto no pueden ser objeto de descuento. Sin embargo también podrán ser objeto de descuento las obligaciones (no convertibles en acciones) y los certificados de participación ordinaria conforme a los derechos que otorguen a sus tenedores.

En la doctrina se ha dado a distinguir dos tipos de derechos atendiendo a su origen y que son (i) el papel comercial y (ii) el papel de favor, complacencia, financiero o de colusión. En el primero de los casos los derechos de crédito derivan de una relación jurídica entre comerciantes ya sea documentando adeudos, créditos, plazos para pago, o como medio de pago de obligaciones de éstos contratos celebrados (compraventas, suministro, arrendamiento, etc.); mientras que en el segundo de los casos las obligaciones se emiten con la única finalidad de obtener recursos mediante su colocación en el mercado de descuento, situaciones que podemos observar en el mercado de valores (financiero), o bien con ánimo de hacer parecer una deuda que de ordinario no existe pero que para el sólo efecto de hacerse de recursos a través del descuento, el descontatario y el deudor acuerdan su emisión (colusión).

Sin embargo no es posible negar la existencia de una deuda a cargo de un tercero, por lo que la evaluación del riesgo financiero que significa adquirir

derechos cuya viabilidad de pago es incierta dudosa o no se sustentan sobre la base de una fuente de riqueza no es materia del presente trabajo.

Finalmente debemos mencionar que el derecho de crédito debe transmitirse en el momento mismo de la celebración del contrato de descuento, ya que su transmisión legitimará al nuevo acreedor frente al deudor de los derechos de crédito descontados.

El Precio. El segundo elemento real del contrato de descuento es la contraprestación que el descontador o adquirente del derecho de crédito paga al descontatario en la operación de descuento por la adquisición de dicho derecho de crédito.

Debemos considerar que el importe de la contraprestación se determina en relación directa con el importe del derecho de crédito en su fecha de vencimiento, es decir no podrá pactarse que el precio o la contraprestación sea superior o equivalente al importe del derecho de crédito, ya que precisamente una de las razones del contrato y del cual deriva su nombre es que el comerciante que adquiera en descuento el derecho de crédito espera recibir en su vencimiento la cantidad entregada con anterioridad al mismo al descontatario mas una prima o ganancia. Recordemos que el contrato fue clasificado como oneroso, es decir los derechos y obligaciones entre las partes son recíprocos, por lo que si el precio pagado por el descontador al descontatario fuere equivalente o superior al importe

del derecho de crédito en realidad el descontador no tendría ningún provecho derivado del contrato en cambio el descontatario sí lo tendría ya que recibió anticipadamente el importe de su derecho cuando aún no tenía derecho a exigirlo.

Así las cosas el descuento (y de ahí deviene su nombre) implica la transmisión de los derechos de crédito bajo par, es decir, a un valor inferior a su valor nominal en su fecha de vencimiento.

No obstante podría pensarse que la tasa o prima de descuento que se calcula sobre el valor nominal del derecho de crédito para determinar el precio o contraprestación pagadera descontatario se cobrara a éste en la fecha de vencimiento del derecho de crédito y se entregase al mismo el importe total del derecho al celebrar la operación de descuento, surgiendo así un derecho de crédito a cargo del descontatario y en favor del descontador por lo que hace al importe a descontar, pero consideramos que esta situación no se adecua a la lógica ni a la naturaleza de la operación, ya que en el trasfondo estaríamos en presencia de un crédito (con garantía prendaria o peor aún con una dación en pago, por lo tanto solventado el crédito), o bien el descontatario estaría efectuado u otorgando un crédito por la parte correspondiente al descuento o la cantidad a deducir del importe nominal del derecho con fecha de pago en el vencimiento del derecho de crédito.

Ya hemos establecido con anterioridad que en el caso de las obligaciones convertibles en acciones, por disposición de la fracción IV del artículo 210 *bis* de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la prohibición de colocarlas abajo de par

El precio es una obligación consensual no real, por lo que la obligación de su pago perfecciona el contrato y no la entrega del mismo al descontatario, pero consideramos indispensable que dicha obligación de pago del precio que puede establecerse de cumplimiento inmediato o a plazo, no deberá ser pagadero en fecha equivalente ni posterior a la fecha de vencimiento del derecho de crédito descontado. La razón para afirmar tal hipótesis deriva de la finalidad propia del contrato de descuento la cual es la de obtener liquidez sobre un derecho aún no exigible, por lo que el pago del precio o de la contraprestación en la fecha de vencimiento o de pago por parte del deudor del derecho de crédito no tendría lógica alguna, por lo que la posibilidad de si el precio podrá pagarse en cualquier tiempo antes de la fecha de vencimiento del derecho de crédito, resulta viable dado que se cumple con la premisa de hacer efectivo el derecho de crédito cuando aún el descontatario todavía no tuviere el derecho a hacerlo, pero su determinación tiene que efectuarse en el momento de la celebración del contrato, o al menos ser determinable en dicho momento.

Por otra parte el objeto directo del contrato de descuento es precisamente la transmisión de la propiedad o de la titularidad de un derecho de crédito a cargo de

un tercero, y por consecuencia se sustituye el sujeto activo de una obligación personal.

Si bien el efecto del contrato es la transmisión de propiedad, el objeto de dicha transmisión es precisamente una obligación personal, por lo que afirmamos que el descontante adquiere un derecho real sobre el derecho de crédito y se sustituye como acreedor en la obligación personal que adquiere

Es importante mencionar que la transmisión del derecho de crédito se efectúa “*pro solvendo*” y no “*pro soluto*” lo que implica que la enajenación se efectúa como medio de cumplimiento de una obligación natural, y no se otorga en pago de una obligación diversa asumida, y la enajenación no implica novación en el contrato de descuento, sino por el contrario es la forma en como se deben cumplir las obligaciones.

iii) Elementos Formales.

En elementos formales analizaremos los medios de manifestación o expresión de la voluntad de celebrar operaciones de descuento que las partes deben cumplir para dar validez al acto que celebran.

Por principio general en materia de comercio los contratos mercantiles no requieren para su validez de formalidad alguna por lo que el simple consentimiento

expresado por cualquier medio es suficiente para dar validez al acto celebrado. Así se establece en el artículo 78 del Código de Comercio que a la letra dice:

“Artículo 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requerimientos determinados.”

La excepción a dicho artículo deviene del 79 del propio Código de Comercio que establece:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo que precede.

I. Los contratos que con arreglo a este código u a otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

II Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.”

De los textos antes transcritos podemos manifestar que el contrato de descuento al no ser un contrato regulado por la ley resulta obvio concluir que no requiere formalidad alguna para su validez; pero en razón a que el descuento precisa la transmisión de una obligación derivada de un contrato o de un título de crédito los cuales pueden requerir para su validez y eficacia algunos requisitos, resulta necesario atender a la naturaleza de los créditos objeto de descuento para determinar las formalidades que habrá de seguirse en el contrato de descuento para transmitir los derechos de crédito en específico.

Tal es el caso de los títulos de crédito, que si bien la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito posibilita su transmisión por medio distinto al endoso (formalidad de ley para los títulos de crédito), es menester establecer que las consecuencias son precisamente que el derecho consignado en el título pierda las atribuciones que en su carácter de título mantenía.

De igual forma podemos establecer esta condicionante en aquellos derechos derivados de actos que deben reducirse a escritura pública, tal es el caso de los derechos de cobro derivados de una compraventa de bien inmueble, o de los derivados de un contrato de arrendamiento financiero

Confirmamos esta hipótesis mediante la supletoriedad del artículo 2031 del Código Civil para el Distrito Federal que previene la aplicación de las disposiciones

relativas a los actos jurídicos que dieron origen a los derechos materia de cesión, a la cesión misma en lo que no fueren modificadas por el propio capítulo.

Por lo tanto se seguirán las mismas formalidades para la transmisión que las seguidas para la creación de los derechos de crédito materia de descuento. Sin embargo podrían existir formalidades adicionales requeridas conforme a los propios acuerdos de voluntades de los que surjan los derechos de crédito o por ministerio de ley, tales como autorizaciones de los deudores para su transmisión o asientos en los registros o libros de los emisores o deudores

Cabe señalar que aún y cuando la Circular 1354 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores expedida el 10 de marzo de 1997 establece que dentro de los expedientes de las operaciones realizadas deberán encontrarse copia de los instrumentos donde se documenten los créditos u operaciones celebradas, consideramos que esta disposición de carácter reglamentario no puede ir más allá de lo establecido por el legislador, que es la ausencia de formalidades en la celebración de los contratos de descuento, por lo que no podemos establecer que la falta de documentación de las operaciones de las instituciones de crédito sea causa de nulidad, sino simple falta administrativa dada la contravención a la circular antes citada cuya finalidad es la de que las instituciones se alleguen de los elementos de prueba necesarios en caso de acudir a alguna instancia de resolución de conflictos y comprobar así sus acciones o excepciones, por lo que la

sanción sería de tipo administrativa, mas nunca de afectar de nulidad el acto celebrado.

Por lo que hace a los efectos que debe surtir frente a terceros la transmisión de la propiedad de una cuenta por cobrar debemos distinguir entre los actos que deben efectuarse para que surtan sus efectos frente al deudor o sujeto pasivo de la obligación personal, y los necesarios para que surtan sus efectos frente a la colectividad.

Consideramos que toda transmisión de derechos de crédito cualesquiera que sea el acto jurídico que le de origen debe ponerse en conocimiento del deudor con el único efecto de que reconozca al nuevo acreedor como tal. Cabe distinguir que la notificación al deudor no es un elemento formal del contrato de descuento, no es requisito para que opere la transmisión de la propiedad en favor del descontante ya que esta se da con las formalidades ya señaladas, pero cosa distinta son los medios de publicitar la enajenación del derecho de crédito.

El deudor esta cierto de la persona acreedora de la contraprestación a que se obliga, o cuando menos es determinable. Éste en la fecha de vencimiento solventará al deudor con quien contrajo la obligación, sin embargo si el acreedor alienó su derecho resulta claro que no es del conocimiento del deudor esta situación, por lo que el pago efectuado al acreedor primitivo de la obligación lo

libera de ésta por ser la enajenación un hecho en el que no ha intervenido y no tendría porque pararle algún perjuicio.

De lo que resulta que el deudor del derecho de crédito descontado debe ponerse en conocimiento de la transmisión operada en favor del descontador, para que en su fecha de vencimiento el deudor pague a éste su derecho. En general las disposiciones que contemplan las cesiones de créditos civiles y mercantiles y operaciones similares como el factoraje, e incluso contratos como el de prenda sobre derechos prescriben la necesaria notificación al deudor de la transmisión o en su caso gravamen de los derechos, por lo que los actos tendientes al cumplimiento de su obligación tendrán que atenderse con el nuevo acreedor o acreedor pignoraticio según se trate.

Ahora bien tratándose de títulos de crédito, la legislación cambiaria previene sus propios medios de publicidad de las transmisiones que es precisamente la detentación del documento en el que constan, y en el caso de ser nominativos además se requiere el endoso correspondiente debiendo guardarse la continuidad de endosos correspondientes, el medio para notificar al deudor de un título de crédito es precisamente presentar el propio título, por lo que no requiere alguna formalidad adicional para poner en conocimiento del deudor la enajenación verificada.

Cuando se trata de derechos diversos a títulos de crédito, la notificación deberá verificarse al obligado al pago, por lo que se requiere de un acto a través del cual se ponga en conocimiento del Deudor la transmisión correspondiente, la cual puede realizarse mediante la comparecencia del propio deudor a la transmisión, la aceptación del deudor hacia la transmisión efectuada, o bien notificarle con posterioridad a su celebración este acontecimiento, y la finalidad es la de legitimar al nuevo acreedor para ejercitar en su contra todas las acciones derivadas del derecho transmitido a su favor frente al obligado.

Los efectos legales de la notificación de la transmisión de los derechos de crédito respecto al deudor surten a partir de que la misma le sea notificada, conforme a lo establecido en el artículo 390 del Código de Comercio que establece: “...*La cesión producirá sus efectos legales con respecto del deudor desde que le sea notificada ante dos testigos*”. Sin embargo el Código de Comercio no aclara cuáles son los efectos legales que ha de producir la transmisión respecto del deudor, por lo que hemos de atender a las regulaciones del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual se establece que dichos efectos son precisamente los de legitimar al cobro al nuevo acreedor frente al deudor en su carácter de dueño (Artículo 2036 del Código Civil para el Distrito Federal), los de sancionar con doble pago al deudor en caso de pagar al acreedor primitivo una vez que es de su conocimiento la transmisión (2041 del Código Civil para el Distrito Federal) y la de limitar al tiempo de la notificación las excepciones personales que podrían oponerse entre el acreedor primitivo y el obligado al pago,

siendo que las surgidas con posterioridad a la transmisión, no podrán ser opuestas al descontador (artículo 2035 del Código Civil para el Distrito Federal), aunque en nuestra opinión el tiempo debería ser el de la fecha de notificación y no el de la transmisión, independientemente de si se verificare en el mismo acto o en diverso.

Por otro lado creemos que los efectos frente a los terceros diversos al Deudor surten desde el momento de la transmisión del derecho, por lo que la obligación universal de respeto al derecho de propiedad no depende de la notificación hecha al deudor, por lo que puede oponerse a la generalidad (salvo al deudor) desde el momento mismo de la transmisión

Dentro de las consecuencias de la notificación podemos mencionar que específicamente el Código Civil para el Distrito Federal al regular la compensación previene en sus artículos 2201 y siguientes lo que se cita:

“Artículo 2201.- El deudor que hubiere consentido la cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que podría oponerle al cedente.”

“Artículo 2202.- Si el acreedor dio conocimiento de la cesión al deudor y éste no consintió en ella podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviere contra el cedente y que fueron anteriores a la cesión.”

“Artículo 2203.- Si la cesión se realizare sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y la de los posteriores, hasta la fecha en que hubiere tenido conocimiento de la cesión.”

De los preceptos transcritos y citados debemos mencionar que en el caso específico de la compensación dependiendo del grado de consentimiento del obligado al pago con la transmisión, así como del momento en que tome conocimiento de la misma, se determinan los momentos en los que se limita la posibilidad de oponer la compensación entre el descontatario y el deudor en perjuicio del descontador.

Por lo que hace a los efectos que la transmisión debe surtir frente a la colectividad es menester subrayar que dada la naturaleza mueble de los bienes objeto de descuento en derecho no se requieren formalidades adicionales, salvo las especificadas por la ley para que surta sus efectos frente a terceros diversos al obligado al pago, por lo que la afectación del interés jurídico del descontador verificada por cualquier persona puede legítimamente ser defendido por el hecho de ser su nuevo acreedor o propietario. La constitución de su propiedad no precisa de la notificación hecha al deudor, por lo que el descontador es propietario del derecho de crédito con capacidad para exigir de la universalidad de sujetos un deber de respeto a su propiedad. Así si el derecho de crédito fuere secuestrado, el

descontante podrá oponer validamente la tercería excluyente de dominio aún, en nuestra opinión, sin tener que acreditar la transmisión de la propiedad al deudor.

La falta de regulación en la materia no indica cómo debe de llevarse a cabo la notificación, sin embargo en interpretación de las disposiciones legales que sobre la materia existen diremos lo siguiente: cuando se trate de derechos de crédito distintos a títulos de crédito la notificación deberá llevarse al cabo con la única formalidad de ésta se lleve a cabo ante dos testigos. No precisa si ésta deba ser por escrito o no, sin embargo si el legislador no ha distinguido podemos afirmar que es válida cualquiera forma, siempre que se cuente con la comparecencia de los testigos, aunque en materia probatoria requeriremos medios fehacientes de haberse verificado en tales términos con la fuerza probatoria idónea

La razón por la cual hemos establecido como aplicable el artículo 390 del Código de Comercio atiende a lo siguiente: en primera instancia el descuento celebrado por instituciones de crédito es un acto de comercio como ya lo hemos asentado con anterioridad, por lo que los actos celebrados por éstas deberán ser regulados conforme a lo establecido en el artículo sexto de la Ley de Instituciones de Crédito, señalando como primera fuente supletoria a la legislación mercantil

Dentro de la legislación mercantil podemos encontrar un buen número de ordenamientos jurídicos, pero para decidir a cuál atender tendremos que aplicar en primera instancia los preceptos más generales y con posterioridad a las

particularidades, es decir para establecer la integración de la que hablamos en el capítulo de Métodos de Interpretación Jurídica del presente trabajo, debemos atender a que la legislación mercantil que regula la notificación con motivo de transmisiones de derechos son el Código de Comercio y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la primera regula los principios generales de la materia mercantil y la segunda instituciones y operaciones especiales, por lo que en una lógica jurídica deberemos primeramente a atender al Código de Comercio para integrar la norma aplicable en la materia de descuento y no acudir a los señalamientos particulares o especiales de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que regula la materia de factoraje.

Por otra parte el Código Civil para el Distrito Federal prevé en su artículo 2037 una legitimidad especial para efectuar la notificación, manifestando que sólo pueden hacer o pedir la notificación aquéllos que presenten el título justificativo del crédito o el de la cesión cuando el primero no fuere necesario. Dicha disposición tiende en nuestra opinión a dar seguridad al deudor que la transmisión efectivamente fue realizada por el descontatario, y la consideramos aplicable para el caso del descuento, a menos que por cualquier otro medio el descontatario le manifieste su voluntad, consentimiento o confirmación de que la transmisión tuvo verificativo, pues el interés tutelado por esta disposición es precisamente evitar que presuntos cesionarios o descontantes en nuestro caso efectúen notificaciones

sin sustento o el deudor no tenga que acudir con el descontatario a verificar si efectuó o no la transmisión.

Finalmente en el caso de las instituciones de Crédito, es menester señalar que la Ley de Impuesto al Activo establece en su artículo 5° la obligación de los deudores de derechos de crédito el pago a los que se les ha notificado la transmisión de la propiedad en favor de una empresa de factoraje financiero, contabilizar el monto de tales adeudos como base gravable del impuesto, por el solo hecho de adeudarlos a dicha institución, situación que en nada afectaría nuestra operación de descuento ya que la ley fiscal debe interpretarse estrictamente a lo que la letra establezca, sin embargo manifiesta que igualmente deberá ser considerado para la base gravable cuando el pago se efectúe a una persona no causante del impuesto al activo, siendo que en su artículo primero la Ley del Impuesto al Activo establece que los integrantes del sistema financiero mexicano no son causantes del impuesto al activo por lo que hace a los bienes destinados a la intermediación, y siendo la operación de descuento una de éstas actividades, luego el pago hecho en favor de una institución de crédito implicaría la causación del impuesto al activo conforme a lo antes señalado, situación que carece de toda lógica y justicia, ya que si el estímulo fiscal destinado a las instituciones financieras es precisamente la exención en la causación del impuesto al activo a éstas empresas, no vemos la razón por la cual deberá causarse a las empresas deudoras de dichos créditos, máxime si el acto de la calificación de pasivo bancario o financiero deriva del acto de dos terceros ajenos que tiene

repercusiones en la base gravable de este impuesto respecto de la empresa deudora.

B. CLÁUSULAS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES.

Si bien hay que partir del supuesto de que no existe ordenamiento jurídico expreso en nuestra legislación nacional aplicable a la materia de descuento, por lo que no existe aplicación supletoria a la voluntad de los contratantes conforme al contenido obligacional de los contratos de descuento, creemos que la integración del derecho conforme a los principios de interpretación jurídica nos da elementos para definir las cláusulas naturales del contrato de descuento, puesto que a falta de voluntad de las partes no podría haber ausencia de derecho, por lo que el juzgador en su caso tendría que acudir a la integración para dar resolución a la controversia que se le planteara.

Hecho el planteamiento analizaremos pues en el contrato de descuento, pretendiendo tocar sólo aquellas cláusulas u obligaciones que son relevantes de este instituto, sin adentrarnos a agotar la totalidad de extremos ya explorados o no que pueden ser planteados.

El artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal establece a la letra lo siguiente:

“Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria. se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

De la anterior transcripción podemos advertir que tanto las cláusulas esenciales (aquellas necesarias para la conformación del contrato y sin las cuales el contrato simplemente no existiría), como las naturales (aquellas que dada la naturaleza del contrato son pertinentes en los mismos pero que pueden ser válidamente renunciadas si afectar la esencia del contrato) son previstas expresamente en los contratos nominados en los ordenamientos legales.

En el caso que nos ocupa las cláusulas esenciales del contrato de descuento serán a saber:

- (i) La voluntad o consentimiento del descontatario de transmitir la propiedad de un derecho de crédito (con las características reales que este mismo debe ostentar) al descontante; y
- (ii) La obligación de pago de un precio por parte del descontador o descontante al descontatario (de igual forma, con las características ya analizadas).

Con el pacto de dichas dos cláusulas son elementos suficientes para que el contrato surta sus efectos y se identifique la naturaleza del mismo

En cuanto a las cláusulas naturales ya hemos manifestado que la ley no suple expresamente la voluntad omisa de los contratantes, sin embargo afirmamos que el sistema jurídico debe dar respuesta a dichas omisiones, estableciendo el derecho aplicable en cada caso, por lo que en una función integradora hemos de decir que las cláusulas naturales del contrato de descuento más relevantes son:

(i) La garantía que sobre la existencia y legitimidad del derecho de crédito otorga el descontatario al descontador. El contenido de esta garantía es la de responder y resarcir en su caso la posible inexistencia del derecho de crédito, y podemos afirmar o extender dicho supuesto a la existencia en los términos en los que éste fue negociado, luego si resulta que el derecho de crédito existe, pero no en los términos en que el mismo se transmitió, el descontatario estará obligado a responder frente al descontador de estos hechos. Así las cosas Baudry-Lacantinerie y Saignat⁵⁰ establecen como contenido de la garantía de existencia y legitimidad lo siguiente: (a) que el crédito existe al momento de la transmisión, (b) que es propietario o titular del crédito y afirmariamos nosotros se encuentra libre de gravamen, (c) que el crédito no esta atacado de algún vicio que pueda ser

⁵⁰ Citados por BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones 12º ed. , México 1991, Edit. Porrúa S.A , p. 580

anulado y (d) que no ha concedido ni existe sobre el crédito ningún derecho que pueda impedir la completa transmisión del mismo al cesionario; y

(ii) La ausencia de obligación de garantizar la solvencia del deudor, que se traduce en la cláusula salvo buen fin o cobro que ya hemos manifestado. Por principio de interpretación jurídica de las disposiciones legales que nos son aplicables, el Código de Comercio de aplicación supletoria y preferente sobre la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito a la regulación de las operaciones bancarias establece en su artículo 391 que: *“Salvo pacto en contrario, el cedente de un crédito mercantil responderá tan solo de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión”*

Por lo que de lo antes transcrito podemos concluir que la obligación del descontatario de responder frente al descontador ante la falta de cumplimiento del deudor deberá pactarse expresamente en los términos en los que las partes acuerden, constituyéndose luego entonces en una cláusula accidental.

Hemos manifestado anteriormente que la cláusula salvo buen fin es natural en legislaciones como la italiana, pero no así en la nuestra, siendo accidental. El contenido de esta obligación personal es la de garantizar la solvencia del obligado del derecho de crédito transmitido, obligación que puede ser subsidiaria o solidaria, según lo establezcan las partes.

El hecho de clasificar como natural esta obligación de responsabilidad del descontatario por el buen fin del crédito enajenado deviene de que la renuncia u omisión de dicha cláusula en nada afecta al acto jurídico del descuento, la transmisión de la propiedad del derecho se sigue verificando, el pago de la contraprestación es exigible, no se afectan derechos de terceros con esta renuncia, ni se altera o es contrario al orden público.

Cabe decir que en el caso del derecho italiano, la obligación de responder de la solvencia del deudor es de condición naturalmente subsidiaria, por lo que requerirá de la negativa de pago por parte del deudor para que surja el derecho a hacer exigible la obligación al descontatario, debiéndose efectuar el requerimiento de pago en forma idónea, tal es el caso de los títulos de crédito que se tendrá que levantar el protesto correspondiente por falta de pago o aceptación en su caso.

Consideramos acertada la decisión del legislador italiano de establecer la obligación del descontatario de manera subsidiaria, ya que de lo contrario pudiera pensarse que poco importaría la calidad o solvencia del deudor y la sustitución del carácter del acreedor de la obligación, ya que poco importa la obligación adquirida y su pago natural por parte del deudor

El contenido de esta obligación es la de un crédito propio entre el descontatario y el descontador, una especie de garantía de pago, subrogándose el descontatario, como en el caso de las garantías, en los derechos del

descontador en contra del obligado al pago. Esta obligación es independiente de la naturaleza jurídica del derecho de crédito, por lo que en el caso de los títulos de crédito se tienen en contra del descontatario una doble vía, la acción cambiaria en vía de regreso y la acción derivada del pacto que está en estudio, la cual en el caso de las instituciones de crédito se deberá ejercer a través de la vía ordinaria mercantil, ya que no es un supuesto de los contemplados en el Código de Comercio ni en la Ley de Instituciones de Crédito como título ejecutivo.

En cuanto a las cláusulas accidentales, estas deberán pactarse expresamente en los contratos de descuento (como en todo contrato) para que surtan sus efectos.

CAPÍTULO V.-CLASES DE DESCUENTO, FIGURAS AFINES Y SUS DIFERENCIAS.

A. CLASES DE DESCUENTO.

i) Descuento de títulos de crédito

En buena medida este tema ha quedado suficientemente comentado a lo largo de la exposición del presente trabajo, por lo que en obvio de repeticiones no comentaremos nuevamente algunos de los puntos ya tratados.

En primer lugar recordaremos la premisa establecida en el sentido de que tratándose del descuento de títulos de crédito el contrato tiene una formalidad real a efecto de que sigan surtiendo los efectos de título de crédito el derecho de crédito transmitido.

Comúnmente se descuentan letras de cambio y pagarés situación que no obsta para pensarse que otros títulos como las obligaciones o los certificados de participación puedan ser objeto de descuento

El cheque por su característica de ser un documento a la vista no puede ser objeto de descuento como hemos visto anteriormente, aunque algunos tratadistas italianos y españoles se plantean la posibilidad de admitir su descuento cuando se trate de documentos pagaderos en plazas distintas y el descuento obedecería a

evitar incurrir en los costos de exigir el pago mediante la presentación en dicha plaza del cheque correspondiente.

No compartimos esta opinión y más bien creemos que esta se deriva de la situación histórica en que se plantea, ya que algunos años atrás los cheques pagaderos en otra plaza efectivamente tenían que presentarse en ésta para que se cobraran, o las dificultades para su cobro retrasaban e implicaban costos adicionales para el librado, sin embargo las tecnologías actualmente permiten cobrar los cheques de plazas distintas en el mismo banco el mismo día en que se efectúa la operación, y de bancos diversos uno o dos días posteriores sin que tenga el librado que incurrir en gastos adicionales

Ya hemos establecido en el capítulo concerniente al análisis histórico de la figura en nuestro país que la legislación positiva mexicana no vigente exigía firmas a favor o avales de dos o más personas de reconocida solvencia. Esto implicaba que tradicionalmente la operación de descuento se ha efectuado sobre títulos de crédito, accediendo las instituciones de crédito a garantías adicionales derivadas del aval o pudiera ser de la obligación cambiaria que en vía de regreso pudiera ejercitarse. Este requerimiento se observa en legislaciones de otros países como ya hemos asentado.

Es importante señalar que la transmisión de los títulos de crédito deberá seguirse la regulación de la legislación cambiaria, siéndole aplicable todas las

características que la ley prevé para este tipo de documentos y derechos, por lo que el hecho de que el objeto del contrato de descuento sea precisamente el título de crédito no le resta ni altera su naturaleza si se siguen las formalidades por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecidas.

Así recobra importancia que la circulación a un tercero ajeno a la relación jurídica que dio origen al *derecho de crédito transmitido* implica la limitación de las excepciones que a su pago puedan oponerse conforme al artículo octavo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Cabe mencionar que si el descuento se ha pactado con la cláusula "salvo buen fin", el descontador tendrá una doble acción: la cambiaria directa derivada del título en contra del deudor contra el cual puede ejercerse, y la cambiaria en vía de *regreso en contra del descontatario por efecto del endoso*, siempre que haya endosado sin cláusula de "sin responsabilidad" y se sigan todas aquellas acciones para evitar la caducidad de las acciones en vía de regreso.

Pero además el descontante o descontador tiene una acción causal derivada del pacto que hubieren celebrado para responder de la solvencia del deudor, en los términos en que éste se haya pactado.

Finalmente tal y como hemos manifestado con anterioridad, el descuento de títulos de crédito no precisa de un acto de notificación al deudor, ya que las

disposiciones cambiarias prevén sus propios medios de publicidad y que son precisamente la ostentación del título con la continuidad de endosos en su caso.

ii) Descuento de derechos de crédito documentados diversos a títulos de crédito y no documentados.

Hemos expuesto ampliamente el descuento de derechos de crédito documentados, diversos a títulos de crédito, de los cuales sólo habrá que hacer las siguientes acotaciones:

La formalidad que revista al contrato de descuento dependerá de la naturaleza del derecho de crédito que se transmite, por lo que si estamos en presencia de un derecho de crédito cuya originación se efectuó a través de escritura pública (cuando dicho requisito sea necesario para su validez y eficacia), la formalidad del descuento deberá revestir la misma suerte.

Buena parte de los derechos se crean y transmiten por el mero efecto del consentimiento sin embargo aún y cuando su existencia no se ve afectada por la falta de documentación de la obligación, cobra relevancia el elemento probatorio para acudir a ejercitar las acciones que en el carácter de acreedor ostenta el descontador, como documentos base de la acción y la manifestación de la existencia de un adeudo a cargo del obligado.

La vía judicial de las acciones de cobro a favor del descontador frente al deudor es de tipo ejecutivo u ordinario, según se trate, conforme al artículo 1391 del Código de Comercio, mientras que las acciones derivadas de la posible acción en vía de regreso en contra del descontatario son de naturaleza ordinaria.

Contra este tipo de créditos se podrían oponer las excepciones personales que podrían oponerse al cedente al momento de la cesión como ya se ha comentado con anterioridad, de lo que deriva un riesgo adicional para el descontador, ya que al oponérsele excepciones personales, el valor o importe del derecho de crédito se altera o modifica, por lo que consideramos prudente establecer una obligación del descontatario consistente en indemnizar al descontador por la disminución o alteración del importe del derecho de crédito. En estos casos la notificación cobra especial relevancia, ya que es el medio de publicidad para que el deudor u obligado tenga conocimiento de la transmisión efectuada.

Además cabe mencionar para el caso de los derechos de crédito no documentados que el descontador previa a la operación de descuento deberá acudir al deudor para que le asegure, confirme o de cualquier forma reconozca la existencia de un crédito a su cargo, a efecto de que exista una muestra fehaciente en la realidad del crédito, sin embargo la falta de documentación no obsta para afirmar que el derecho no existe.

iii) Descuento Bursátil

Cabe señalar que en el mercado bursátil, toda colocación o emisión de los derechos que en el mismo se comercian es a descuento. Esta situación es particularmente evidente en el caso de los instrumentos que conforman el mercado de dinero, sin embargo no es tan claro en el caso del mercado de capitales.

Debemos de partir de la base que el sistema bursátil se basa en la necesidad de financiamiento de las personas emisoras o deudoras de los derechos que en el mismo se operan, los instrumentos integrantes del mercado de dinero son específicamente obligaciones de pago a plazo a cargo de diversos entes y con características distintas cada uno de ellos, pero en los cuales su emisor o deudor oferta al inversionista la "adquisición" de derechos a su cargo que *redituarán en su fecha de vencimiento*.

Esto es conocido como la oferta primaria de títulos, cuya naturaleza pareciera, que se otorga un crédito que es pagado con un valor dando paso a la novación, subsistiendo la obligación de este último. Sin embargo para el caso que nos ocupa, no cobra relevancia este tópico.

En la oferta primaria el propio deudor a través de entidades autorizadas para la intermediación bursátil (agente colocador) reconoce un adeudo a cargo de

las personas que adquieran dichos derechos de crédito, que serán determinables en el momento de su vencimiento.

Una vez colocados los derechos de crédito entre inversionistas, durante su plazo de vigencia cabe la posibilidad de efectuar varias operaciones tendientes a enajenar los derechos, entre otras, este se conoce como mercado secundario. En este mercado se opera de manera equivalente al descuento de derechos de crédito (sin garantía de solvencia del deudor), un acreedor de un derecho lo enajena a un tercero a un precio o valor inferior al de su valor nominal, y más exactamente a su valor presente determinado por el propio mercado.

En este supuesto existen varias condiciones que por las características propias del mercado de valores no se requieren cumplir, tales como el endoso y la notificación de transmisión, situaciones que se encuentran reguladas a través de mecanismos propios de este mercado, por lo que los cruces y al final los acreedores de dichos derechos se encuentran registrados en el ente encargado de llevar ese control, que en nuestro caso es la S.D. Indeval, S.A. de C.V., el cual registra las posiciones propias o por cuenta de terceros que los intermediarios bursátiles mantienen diariamente.

Estos mismos principios rigen otro medio de efectuar operaciones de descuento de derechos de crédito que no se cotizan en bolsa. Acreedores de un grupo de derechos de crédito afectan sus derechos a un fideicomiso el cual emite

certificados de participación que son colocados en bolsa, señalándose como fideicomisarios a los propios acreedores respecto de la enajenación de los certificados de participación, no así del resto del patrimonio fideicomitado, los cuales serán los tenedores de los certificados de participación. El fiduciario es el encargado de la notificación y cobranza de los derechos de crédito a cada uno de los deudores, y la amortización de los certificados se efectúa con el producto de la cobranza realizada.

iv) El Redescuento

En realidad el redescuento no guarda ninguna diferencia con el descuento, sin embargo así se nombra a los descuentos efectuados por los descontadores que ahora en su papel de descontatarios, enajenan los derechos adquiridos a un tercero.

En el caso de las instituciones de crédito, ya hemos señalado en lo tocante a los elementos personales del contrato, que tienen limitados los sujetos a los cuales pueden enajenar su cartera, siendo éstos los señalados en el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito, en la que se establece que sólo podrán ceder o descontar su cartera con el Banco de México u otras instituciones de crédito, o con los fideicomisos constituidos por el gobierno federal. El propio artículo faculta al Banco de México a conceder excepciones a lo establecido en el mismo, por lo que en ejercicio de estas facultades el Banco de México emite las circulares, 2019/95,

numerales M.14.3 y M.14.5, y la Circular Telefax 66/96 que modifica los mencionados numerales de la 2019/95, donde autoriza a las instituciones de crédito a ceder o descontar: (i) con o sin su responsabilidad su cartera de créditos en moneda nacional o extranjera con arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero o instituciones de seguros y de fianzas del país, y (ii) sin su responsabilidad su cartera de créditos en moneda extranjera con entidades financieras del exterior.

En este último caso es importante resaltar que la enajenación de los derechos de crédito comprende la de sus accesorios salvo que los garantes hayan dispuesto de otra forma en la constitución de su garantía o así lo disponga el descontatario.

Evidentemente la misma suerte que se sigue para el caso de los derechos principales, se sigue para los accesorios, por lo que las formalidades y procedimientos deberán efectuarse respecto a los derechos de garantía como se ha señalado con respecto a los principales.

En el caso de hipotecas constituidas a favor de entidades financieras para garantizar créditos concedidos, la enajenación que hagan éstos no requerirá formalidad alguna respecto de la hipoteca mientras los cedentes sigan siendo los administradores del crédito cedido, por lo que la inscripción a favor del acreedor original surte sus efectos y mantiene las acciones de éste derivadas con respecto

a sus cesionarios; y en caso de abandonar la administración del crédito, el cesionario notificará esta circunstancia simplemente por escrito al acreedor hipotecario.⁵¹

B. FIGURAS AFINES Y SUS DIFERENCIAS.

En este apartado estableceremos diversas figuras con las que comúnmente se confunde el descuento o con las cuales guarda ciertas semejanzas o términos análogos a efecto de establecer las diferencias con el mismo

i) Factoraje.

El factoraje financiero es probablemente la figura jurídica con la que el descuento guarda más semejanza o analogía. En esta un acreedor de derechos de crédito los enajena a una empresa de factoraje financiero contra una contraprestación, quedando o no obligado el cedente a garantizar la solvencia del deudor.

Las principales diferencias con la figura de descuento son a saber las siguientes:

1.- El contrato de factoraje es un contrato nominado, mientras que el de descuento es innominado.

⁵¹ Artículo 2926 del Código Civil para el Distrito Federal

2.- En el contrato de descuento la acción que se tiene en contra del deudor o en su caso del descontatario dependerán ordinariamente del derecho de crédito que se transmite, mientras que en el de factoraje el artículo 48 la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito previene que en contra del descontatario la empresa de factoraje mantiene en todo caso y con independencia de la naturaleza del crédito de que se trate una acción ejecutiva, mientras que en contra del deudor, dependerá de la naturaleza del crédito correspondiente.

3.- En el contrato de factoraje financiero la cláusula "salvo buen fin" o la garantía de responder de la solvencia del deudor es por ministerio de ley una obligación solidaria (fracción II del artículo 45-B de la Ley General de Organizaciones y actividades Auxiliares del Crédito), mientras en el caso del descuento se entendería por principio subsidiaria, salvo el pacto de solidaridad

4. En el descuento el importe de la contraprestación entregada de contado al momento de la celebración del contrato, deberá ser siempre por un monto inferior al valor nominal del derecho de crédito, mientras que en el de factoraje la entrega de la contraprestación podrá ser en cualquier tiempo, ya que ésta además es determinado o determinable.

5. En descuento no se precisa notificación en el caso de títulos de crédito, pero en el factoraje en todo caso por ministerio de ley, aunque en nuestra opinión

su omisión no desvirtúa en ningún momento la calidad de tenedor de un título de crédito.

6 Las formalidades y medios para notificar son mucho más amplias en el caso de factoraje financiero, mientras que en descuento la integración nos llevó a concluir que al menos deberá efectuarse ante dos testigos.

7. En factoraje los derechos de crédito que pueden ser objeto del contrato necesariamente deben derivar de la proveeduría de bienes, servicios o de ambos, conforme al artículo 45-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, mientras que en el descuento es indistinto el origen del *derecho de crédito que se negocia*.

8. En el factoraje los derechos de crédito deben estar documentados y entregados a la empresa de factoraje (artículos 45-D y 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito), mientras que en el descuento incluso no precisa de su documentación.

ii) Descuento de Créditos en Libros.

El artículo 288 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene el único caso de regulación de una operación de descuento por la legislación positiva vigente. El descuento de créditos en libros es una figura

acuñada en nuestro país en la promulgación de la ley en donde se encuentra regulado.

La exposición de motivos de la citada Ley establece que al lado del préstamo y del descuento ordinario, el descuento de créditos en libros ha sido creado para celebrar operaciones sin que se precise la transmisión de los documentos en los que consten los derechos mediante una "mera construcción jurídica", así como para cubrir una función pedagógica para promover la circulación de los títulos de crédito y para formar un mercado de descuento.⁵²

Así el artículo 288 de la Ley General de Títulos de Crédito establece a la letra lo siguiente:

"Artículo 288.- Los créditos abiertos en los libros de los comerciantes podrán ser objeto de descuento, aún y cuando no estén amparados por títulos de crédito suscritos por el deudor, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

I Que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso fijos;

II. Que el deudor haya manifestado por escrito su conformidad con la existencia del crédito;

⁵² Transcrita por CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 10ª ed., México, Edit. Herrero, 1978, pp 316 y 317

III. Que en el contrato de descuento se haga constar en póliza a la cual se adicionarán las notas o relaciones en las que se expresen los créditos descontados, con mención del nombre o domicilio de los deudores, del importe de los créditos, del tipo de interés pactado y de los términos y condiciones de pago;

IV. Que el descontatario entregue al descontador letras giradas a la orden de éste, a cargo de los deudores, en los términos convenidos para cada crédito. El descontador no quedará obligado a la presentación de esas letras para su aceptación o pago, y sólo podrá usarlas en caso de que el descontatario lo faculte expresamente al efecto y no entregue al descontador, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos "

Pudiera pensarse que estamos ante la presencia de un tipo o clase de descuento, sin embargo si analizamos con detenimiento la construcción jurídica prevista por el legislador nos encontramos con ciertos aspectos que más bien nos hacen pensar en un anticipo o préstamo y no en un descuento propiamente dicho.

En el Capítulo Tercero de la citada ley que regula únicamente el descuento de créditos en libros, no existe disposición en el sentido de establecer las consecuencias que en el patrimonio de los contratantes de este tipo de

operaciones sucede, es decir no establece claramente la naturaleza de la operación.

En primera instancia pareciera que los derechos en libros se transmiten en propiedad del descontador, quien por disposición expresa del artículo 290 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sólo puede ser una institución de crédito. Esta situación se deriva del hecho de que por mandato legal el descontatario se constituye como mandatario del descontador por lo que hace al cobro de los derechos de crédito (artículo 289), sin embargo esta situación no es conclusiva de la naturaleza jurídica de la operación.

De las transcripciones antes hechas podemos concluir lo siguiente.

a) Todo indica que el mercado de descuento se practicaba exclusivamente con títulos de crédito, por lo que la falta de documentación de las obligaciones de los comerciantes en títulos hacía nugatorio la accesibilidad a este tipo de mecanismos de obtención de liquidez a sus acreedores.

b) Igualmente parece indicar que el mercado de descuento dio pie a la suscripción de los títulos de complacencia o de colusión con la única finalidad de hacerse de recursos, pero que sin embargo dichas obligaciones no tenían sustento en las relaciones comerciales entre el deudor y el acreedor de dichos títulos, por lo

que acudir a los libros de los comerciantes en cierta medida garantizaba que no se *acudiera a este tipo de prácticas.*

c) Se requiere un reconocimiento de adeudo por parte del deudor del derecho a descontarse por escrito, por lo que no podrán descontarse bajo este mecanismo derechos de crédito no documentados, independientemente de que sean o no en títulos.

d) Sin embargo las disposiciones de la fracción IV del artículo 288 nos confunde sobre la naturaleza de la operación. Nos explicamos, el descuento de créditos en libros no requiere de la entrega de los documentos en los que consten los derechos de crédito, ni de la notificación al deudor de la transmisión de la propiedad a favor del descontador (en caso de que así resulte), ni de ningún acto que frente a terceros y frente al deudor legitime al descontador como nuevo acreedor de los derechos de crédito. La conformidad que el deudor de los derechos tendría que expedir por escrito de acuerdo a la fracción II del citado artículo 288, tiene como objetivo tener la certeza de la existencia del derecho y no se preste a actos fraudulentos la alteración de la contabilidad del descontatario, *pero no se establece que dicha conformidad sea emitida al momento mismo de la celebración del descuento, con motivo del mismo, al banco o incluso se otorgue sobre la operación de descuento de créditos en libros, en todo caso dicha confirmación de la existencia puede acreditarse con un contra-recibo, un*

reconocimiento de adeudo, un contrato, una oferta aceptada o declaraciones similares.

Si bien no es necesario que todos los actos celebrados entre dos partes requiera de publicidad especial para que surtan efectos contra terceros, en el caso del descuento ya hemos visto la importancia que implica la publicidad ante el deudor del derecho de crédito, a efecto de obligarlo vinculativamente con el nuevo acreedor del derecho.

Pudiera pensarse que la emisión de las letras de cambio por el descontatario señalando como girado al deudor de cada crédito descontado (redocumentación) es el medio a través del cual el deudor cae en cuenta de que ahora es acreedor del descontador, pero confunde el hecho de establecer que el descontador puede no presentar las letras giradas para su aceptación y/o pago, en cuyo caso el único deudor cambiario es el girador y el descontador nunca tiene acción en contra del deudor, sino en contra del descontatario.

Pero aún y cuando el descontador hubiere presentado su letra para su aceptación y ésta se hubiere verificado, el legislador desnaturaliza impone al descontador una legitimidad especial para poder acudir a juicio en contra del aceptante y que es contar con autorización del descontatario para utilizarlas, sin distinguir, lo cual nosotros no haremos, si es ejercitando acción en contra del aceptante o del girado.

Del análisis antes hecho concluimos que lo que el legislador trata de regular es una especie de garantía, donde el préstamo está directamente relacionado con el monto de los créditos descontados, sin que pudiera pensarse de que se trata de un descuento con la naturaleza que hemos expuesto a lo largo de este trabajo, por lo que sus diferencias con el negocio jurídico de descuento se analizan en el siguiente apartado, cuando los derechos de crédito fungen como garantía o colateral de una obligación principal.

iii) Apertura de crédito con garantía prendaria de créditos.

En este caso estamos ante la presencia de un contrato principal que en este caso hemos establecido como apertura de crédito por ser la más común de las operaciones efectuadas por las instituciones de crédito, sin embargo pudiéramos hablar de cualquier otro contrato principal que se encuentra garantizado con un contrato accesorio de prenda sobre créditos.

Debemos recordar que la prenda es un contrato real por lo que precisa la entrega de los bienes objeto de prenda al acreedor prendario, pero en el caso de créditos nos enfrentamos a bienes intangibles que a lo más se encuentran documentados en cualquier medio expedido por el deudor de éstos, por lo que su tradición es de difícil determinación por lo que la ley debe recurrir a establecer los lineamientos para que se tengan por entregados los derechos.

En el caso de derechos de crédito y en el caso de los comerciantes el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene los medios y las formas en las cuales se tendrá por constituida la prenda sobre créditos, los cuales podemos resumir en los tres puntos siguientes (i) se siguen las mismas reglas que para su transmisión, independientemente de si son títulos de créditos u otro tipo de documentos o incluso si no se encuentran documentadas, acorde a cada derecho de crédito.

Los efectos de la prenda son los de constituir un derecho real de preferencia para el pago de un adeudo, mas no la de transmitir la propiedad del crédito prendado a favor del acreedor prendario, ya que lo contrario implicaría una dación en pago o un pacto comisorio prohibido por la ley.

El acreedor prendario actúa frente al deudor de los derechos de crédito prendados como mandatario para la cobranza pero no a título propio como lo hace en el caso del descuento, por lo que no se encontrará legitimado para negociar quitas, otorgar préstamos, etc. como sí lo puede hacer sobre su patrimonio el descontador, en el entendido de que consideramos que en caso de haber pactado con el descontatario la garantía por la solvencia del deudor, los mismos beneficios o modificaciones extendidas al deudor se hacen al derecho de cobro sobre el descontatario.

E incluso las cantidades vencidas y cobradas por el acreedor prendario con respecto de los créditos pignorados se conservan en garantía y no se utilizan para el pago del crédito o adeudo principal.⁵³

Otro medio que la ley dispone para constituir garantía sobre créditos es la *prenda de créditos en libros regulada en el artículo 70 de la Ley de Instituciones de Crédito*, estableciendo la necesaria calidad de institución de crédito al sujeto activo de la garantía. Este tipo de prenda requiere formalidades especiales para su constitución, sin embargo nunca se hace del conocimiento del deudor la prenda correspondiente, señalándose solamente como *mandatario y depositario al propio acreditado o deudor pignoraticio*.

iv. Comisión mercantil para la cobranza.

Ya sea que la figura que se adopte sea el de mandato o el de comisión de cobranza en realidad e está ante la presencia de una representación de un acreedor frente al deudor para la cobranza de los derechos de crédito que se le encomienden

En este caso tampoco hay transmisión de propiedad y la forma en que se legitima al representante dependerá del tipo de derecho de crédito cuya cobranza

⁵³ Artículos 343 y 344 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

se encomiende, por lo que en el caso de títulos de crédito se requiere el endoso en procuración y entrega del título.

En este tipo de operaciones evidentemente no existe un flujo de dinero en un principio, sino hasta en tanto se cobren las cantidades adeudadas, y las facultades para modificar la obligación, dependerán de las facultades con que se invistieron al representante.

CONCLUSIONES

Primera. El descuento es el contrato por virtud del cual el descontatario transmite al descontador la titularidad de un derecho de crédito no vencido a cargo de un tercero, contra la obligación de pago del importe del derecho transmitido menos una prima o premio denominado descuento.

Segunda. El descuento es un negocio jurídico por el cual se transmite la propiedad de un derecho de crédito, junto con sus accesorios, dentro de los que se incluyen las garantías constituídas para el cumplimiento de la obligación, salvo pacto en contrario. La contraprestación o valor a descuento en favor del descontatario será calculada sobre el importe esperado al vencimiento del derecho de crédito, es decir podrán estimarse el importe principal del derecho transmitido, y los accesorios generados en la fecha de vencimiento del mismo.

Tercera. En nuestro país el contrato de descuento no contempla la cláusula de “salvo buen cobro” como natural al contrato como sí lo es en otros países, por lo que su contenido y alcance deberá establecerse por las partes expresamente como una cláusula accesoria. En el caso de los títulos de crédito la responsabilidad de la solvencia del deudor podría subsistir (si el endosante no dispone expresamente otra cosa) en las acciones cambiarias en vía de regreso.

Cuarta. El descuento es un negocio jurídico habitualmente efectuado por las instituciones de crédito dada su finalidad de intermediar en el mercado financiero, sin embargo no es una actividad exclusiva de los mismos. cualquier persona sin limitaciones para contratar y adquirir los derechos de crédito descontados puede celebrar dicho contrato.

Quinta. El contrato de descuento se perfecciona real o consensualmente atendiendo a la naturaleza del derecho de crédito transmitido; esto sin perjuicio de la obligación de pago de la contraprestación, la cual puede ser en forma instantánea, o bien a plazo, el cual nunca deberá ser equivalente o mayor a la fecha de vencimiento del derecho de crédito descontado.

Sexta. Históricamente en nuestro país el descuento fue una operación bancaria importante, teniendo como objeto títulos de crédito, que permitía a los beneficiarios y tenedores de los mismos hacerse de la liquidez o recursos provenientes de los derechos ya existentes a su favor. Sin embargo cae en desuso por la falta de documentación de los adeudos en títulos de crédito, por la celebración de operaciones poco sanas, mediante la utilización de la figura del descuento mediante la utilización de papel de colusión o títulos a favor que se van renovando o sustituyendo conforme a los requerimientos de efectivo de los descontatarios, y por la introducción de la figura del factoraje aún no reglamentada en la legislación mexicana, utilizando en este caso más los derechos de crédito como garantía de un crédito que en caso de ser pagados las cantidades se aplicaban al pago del crédito, de lo contrario, el adeudo proveniente del crédito subsistía.

Séptima. El descuento no debe ser un contrato regulado por la legislación vigente, las ventajas de la falta de regulación hacen que la misma adapte sus notas no esenciales a las realidades variadas y mutables de las sociedades en donde ha de utilizarse, superando así la inflexibilidad y muchas veces vicios de la legislación, dejándose en primera instancia a la libre voluntad de las partes y

posteriormente al trabajo jurisprudencial la determinación de los contenidos, alcances y características no esenciales de dicho instituto jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario, 4ª ed , México, Edit. Porrúa, 1991.

ALDRIGHETTI, Angelo. Técnica Bancaria, edición española, Tr. Felipe de Jesús Tena y Roberto López, México, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1938.

BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario. Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias, México, Edit. Porrúa, 1967.

BOLAFFIO, León. Derecho Mercantil, Tr. José L. De Benito, Madrid, Edit. Reus, 1935.

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil, 5ª ed., Tr. Enrique Figueroa Alonzo, México, Edit. Harla, 1993.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, 12ª ed., México, Edit. Porrúa, 1991

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1977.

CAMPBELL BLACK, Henry et al. Black's Law Dictionary, 6ª ed , St. Paul, Minnesota, Edit. West Publishing Co., 1990.

CASASUS, Joaquín. Las Instituciones de Crédito, 1890. edición facsimilar, México, Edit. Miguel Angel Porrúa, 1991.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. El Descuento Bancario y Otros Ensayos, Colección de Estudios Jurídicos, México, Edit. Ars, 1947

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 10ª ed., México, Edit. Herrero, 1978.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª ed., Tomo II Derecho Bancario y Contratos de Crédito, México, Edit. Harla, 1984.

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, 15ª ed. México, Edit. Porrúa, 1988

- D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, 7ª ed., Pamplona, Edit. EUNSA, 1989.
- FIORENTINO, Adriano. Le Operazioni Bancarie, Nápoles, Edit. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1948.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 14ª ed., México, Edit. Porrúa, 1967.
- GARRIGUES, Joaquín. Contratos Bancarios, Madrid, 1985.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil 6ª ed., México, Edit. Porrúa, 1979.
- GAY DE MONTELLA, Rafael. Tratado de Legislación Española Bancaria, 2ª ed. Barcelona, Edit. Bosh Casa Editorial, 1934.
- GIORGANA FRUTOS, Víctor M. Curso de Derecho Bancario y Financiero, México, Edit. Porrúa, 1985.
- HERNÁNDEZ, Octavio A. Derecho Bancario Mexicano, Tomo I Instituciones de Crédito, México, Edit. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956.
- LABASTIDA, Luis G Estudio Histórico y Filosófico sobre la Legislación de los Bancos, 1889, 2ª edición facsimilar, Colección Tlahuicoile, México, Edit. Miguel Angel Porrúa, 1989.
- MESSINEO, Francesco. Operaciones de Bolsa y Banca, Estudios Jurídicos, versión española de Rafael Gay de Montella, Barcelona, Edit. Bosh Casa Editorial, 1957.
- MOLLE, Giacomo. Manual de Derecho Bancario, 2ª ed. Tr Mario Alberto Bontanti, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, sin año.
- MOSSA, Lorenzo. Derecho Mercantil, Tr. Felipe Tena, Buenos Aires, 1940.
- MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano, México, Edit. Cárdenas Editor, 1974.
- PÉREZ ESCOLAR, Rafael. El Contrato de Descuento, Madrid, 1982.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil, 21a ed., I y II tomos, México, Edit. Porrúa, 1994.

RODRÍGUEZ ROGRÍGUEZ, Joaquín. Contratos Bancarios, sin edición, Madrid, 1958.

PHILLIPS, Chester Arthur. Bank Credit, New York, Edit Macmillan Company, 1914.

ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Tr. Revista de Derecho Privado, México, Edit. Editora Nacional, sin año.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles, 16ª ed., México, Edit. Porrúa, 1998.

SAYERS, R. S. La Banca Moderna, edición inglesa 1938, edición española de Daniel Cosío Villegas, México, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1940.

SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil, 8ª reimpresión, México, Edit. Noriega Limusa, 1991.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar. Contratos Mercantiles, 8ª ed , México, Edit. Porrúa, 1998

VÁZQUEZ IRZUBIETA, Carlos. Operaciones Bancarias, Madrid, Edit. Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, 9ª ed., México, Edit. Porrúa, 1990.

VWEILL, Peter H. Asset-Based Lending, 3ª ed., New York City, Edit. Practising Law Institute, sin año.

_____. Legislación Bancaria Extranjera, México, Edición de Financiera Nacional Azucarera S.A.. 1981.

LEGISLACIÓN Y REGLAMENTOS

CIRCULAR 2019/95 DE BANCO DE MÉXICO de fecha 20 de septiembre de 1995 y sus reformas.

CIRCULAR 1354 DE LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES de fecha 10 de marzo de 1997.

CIRCULAR TELEFAX 66/96 DE BANCO DE MÉXICO de fecha 8 de julio de 1996.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 26 de mayo de 1928, entrando en vigor el 1 de octubre de 1932.

CÓDIGO DE COMERCIO, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre de 1889, entrando en vigor el 1 de enero de 1890.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, entrando en vigor el 1 de mayo de 1917.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, entrando en vigor el 19 de julio de 1990.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, entrando en vigor el 1 de enero de 1983.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, entrando en vigor el 15 de enero de 1985.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 29 de junio de 1932, reformada por decreto publicado el 23 de febrero de 1933.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación 31 de agosto de 1933, reformada por decretos publicados el 2 de abril de 1935 y el 31 de agosto de 1936

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS, Diario de Debates de la Cámara Federal de Diputados, 10 de enero 1925.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941.

LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, entrando en vigor el 15 de enero de 1985.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, entrando en vigor el 15 de septiembre de 1932.

REGLAS PARA LA OPERACIÓN DE EMPRESAS DE FACTORAJE FINANCIERO, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1991, entrando en vigor el 17 de enero de 1991.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE, ANEXO VII, entrando en vigor a partir del 1 de enero de 1996.