ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA FIDUCIA BANCARIA

MELIDA HERNANDEZ IBAÑEZ
TATIANA REDONDO FIGUEROA

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogada.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

DR 0381

TABLA DE CONTENIDO

		Pág.
1.	EL SISTEMA BANCARIO	1
1.	Definición, Carácter y Constitución	1-3
1.1.1.	Acta de Organización	3
1.1.2.	Publicidad	4
1.1.3.	Autorización	4-7
1.2.	FACULTADES Y LIMITACIONES JURIDICAS DE LOS BANCOS	7-10
1.3.	CLASES DE BANCOS	10
1.3.1.	Bancos Comerciales	10
1.4.2.	Bancos Financieros o de Inversión	11
1.4.3.	Bancos Hipotecarios	12
1.4.4.	Bancos de ahorro	13
1.4.5.	Bancos Fiduciarios	14
1.4.6.	Bancos de Capitalización	14
1.4.7.	Bancos Nacionales y Extranjeros	15-16
1.4.8.	Bancos Públicos y Privados	16
1.4.9.	Banco de Crédito Agrícola, Ganadero o Minero	17
1.5.	RESEÑA HISTORICA DE LA BANCA COLOMBIANA	18
1.6.	ANTECEDENTES EN COLOMBIA	19-27
2.	DERECHO BANCARIO	29
2.1.	ANTECEDENTES	29
2.2.	NOCIONES DE DERECHO BANCARIO	31-
2.2.1.	Autorización Previa	32
2.2.1.2.	Intervención permanente	32
2.2.3.1.	Imposiciones de sanciones	33

2.3.	OBJETO	34
2.4.	FACULTAD REGULADORA	35
2.5.	BANCO CENTRAL	36
2.5.1.	Funciones	36
2.6.	INTERMEDIARIO FINANCIERO	39
2.7.	CLASIFICACION DE LOS BANCOS	39
2.7.1.	Comerciales	39
2.7.2.	Financiero o de Intervenciones	40
2.7.3.	Hipotecarios	40
2.7.5.	Fiduciario	41
2.7.6.	Capitalización	41-
3.	CONTRATOS	43-45
3.1.	DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA	47
3'2.	DE CIENTA CORRIENTE	49
3.2.1.	CUENTA DE DEPOSITO DE DINERO	50
3.3.	CONTRATOS DE DESCUENTOS	52-53
3.4.	CONTRATO DE FACTORING	53
3.5.	CONTRATO LEASING	54-55
3.6.	CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO	56
3.7.	CONTRATO DE CREDITO DOCUMENTARIO	57
3.8.	EMISION DE BANCOS	58
3.9.	CAJILLAS DE SEGURIDAD	59

4.	FIDEICOMISO	60
4.1.	CONCEPTO	60-68
4.2.	NEGOCIO FIDUCIARIO	68=71
4.2.1.	Elementos Esenciales del Negocio Fiduciario	75
4.2.3.	Distinción entre negocio Fiduciario y la Propiedad Fiduciaria	77-82
4.3.	FEDUCIA MERCANTIL	82-86
4.4.	EXTINCION DE LA FEDUCIA	85-86
	CONCLUSIONES	87-88
	BIBLIOGRAFIA	89

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____
Presidente del Jurado

_____
Jurado.

_____
Jurado

AGRADECIMIENTOS

Sobre aqui agradecido reconocimiento a todos nuestros profesores sin cuyo impluso inicial jamás hubiesemos empezado a interesarnos verdaderamente y constantemente por el estudio del Derecho y cuya ayuda material y espiritual durante un período de cinco años, nos proporciono el necesario alimento.

MELIDA Y TATIANA

DEDICATORIA

CON CARIÑO A MIS PADRES.

MELIDA

DEDICATORIA

A MIS PADRES Y HERMANOS QUE COLABORARON EN MI DESARROLLO INTEGRAL

TATIANA

1. EL SISTEMA BANCARIO

1. DEFINICION, CARACTER Y CONSTITUCION

Coon el propósito de sentar bases teóricas de nuestro trabajo de investigación, se hace necesario precisar conceptos en torno a nuestro objeto de estudio.

En este orden de ideas y para los fines aquí señalados, entendemos por Sistema Bancario el conjunto de autoridades, entidades e instituciones que señalan las normas, realozan y controlan la intermediación en el crédito"[1].

Los Bancos, por su parte son establecimientos que generalmente efectúan operaciones de depósito general, anticípos o cualquier tipo de operación similar; entendiéndose por Operación Bancaria aquella en la que cada uno en particular por si sola basta para califucar de empresa mercantil su ejercicio y el empresario de comerciante, de Banquero. Otros autores. JTAVB, por ejemplo, afirma que son las que satisfacen necesidades del tráfico para la obtención de y enajenación de dinero y de títulos valores. En este sentido el banco como entidad comerciante

1. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios. Biblioteca Telaban. Intal, Bogotá. 1977. p.100.

derivará su fin como lucro de la diferencia existente de los costos que debe pagar por la obtención de los recursos, o que debe asumir en la administración de los mismos y el precio que recibe por la colocación en manos de tercero. En estos términos el Banco siempre actúa como intermediario, y se llama operación bancaria fundamentalmente porque en ella interviene en Banco, público o privado.

Cuando afirmamos que el Banco es intermediario financiero o bancario podemos decir que ellos son organismos o instituciones encargadas de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores procuctivos de la actividad económica; por tanto los Bancos no son otra cosa que el resultado de una economía monotizada que necesita de agentes idóneos para manejar la moneda y que en consecuencia, como sus administradores, y por esa sola circunstancia, estan en condiciones de realizar las operaciones de crédito que se derivan de la mayor o menor disponibilidad de dinero en su poder.

Para organizar un banco en Colombia se necesita, por lo menos algunos elementos minimos, tales como:

1- Constituirse como sociedades anónimas .

2- En su organización funcionamiento y liquidación que

estan sometido a la vigilancia Bancaria.

El procedimiento para fundar en Banco, comprende aspectos básicos entre los cuales, contamos con:

1.1.1. ACTA DE ORGANIZACION

Cinco o más personas pueden formar una sociedad conocida con el nombre de Banco Comercial, cuando hayan sido autorizados para ello por el Superintendente Bancario y deberán extender y firmar un acta de organización por duplicado, en la que se exprese: a) El nombre que va a llevar el Banco. b) El lugar donde está situado la oficina principal y las sucursales, que deben abrirse cuando el Banco empiecen sus negocios.

3-) El nombre y lugar de recidencia de los fundadores y el número de acciones de cada uno de ellos.

4-) El número de directores de banco que no sean menos de cinco ni mayor de diez, y los nombres de los fundadores (otorgantes) que podrán ser los directores.

5-) Las facultades que se reserva la Asamblea General de accionistas.

6-) El nombre y apellido y domicilio del gerente, representante general de la sociedad, y el nombre y apellido y domicilio de los suplentes de éste que en caso de falta absoluta o temporal lo remplacen, por su orden, en la

representación en la misma sociedad, acto a tono con el artículo 77 de la Ley 45 de 1923.

1.1.2. Publicidad.

Inmediatamente después que el Superintendente, reciba el aviso del propósito de organizar un banco conmercial o hipotecario, de acuerdo con la Ley, ordenará la publicación de tal aviso en un periodico de la ciudad donde se harán los negocios proyectados por el establecimiento. Si por alguna circunstancia en esa ciudad no se editare ningún periódico, el aviso se publicará en un periódico de la capital del departamento, o de no en un periódico de la capital del país.

Cuando el acta de organización y los demás documentos justificativos, requeridos por la ley llenaren los requisitos el Superintendente ponderá sobre cada ejemplar las palabras "presentado para revisarlo", con su firma oficial y fecha. Si los documentos no estuviesen en regla, es decir de acuerdo a la Ley serán devueltos para su corrección (artículo 25 y 26 de la Ley 45 de 1923).

1.1.3. AUTORIZACION

Una vez que el acta haya sido presentada para su revisión, el Superintendente se cerciorará si el carácter, la res-

ponsabilidad e idoneidad de la persona o personas expresadas en dicha acta son tales que imspiren confianza y si el bienestar público será fomentado con otorgarle a dicho establecimiento bancario la facultad de hacer negocios.

Cuando el Superintendente haya observado si es conveniente o no permitir al proyectado establecimiento bancario emprender negocios, deberá dentro de sesenta días después de la fecha de la presentación del acta para su examen, colocar en cada uno de los ejemplares la palabra "aprobada" . En caso de rechazo dará inmediatamente aviso a los presentes socios y archivará uno de los ejemplares del acta en su propia oficina y el la protocolizará en una notaría del circuito a que corresponda la localidad de los negocios del proyetado a que corresponda la localidad de los negocios del proyectado establecimineto bancario.

Sin embargo, antes de autorizar a cualquier establecimiento bancario para iniciar negocios, el Superintendente se serciorará de que el establecimiento ha cumplido de buena fe, con todos los requisitos de la ley. Si lo estuviere, deberá dentro de los tres meses después de la fecha en que el acta de organiz ación haya sido presentado para su revisión, expedir con su firma y con el sello oficial, por tiplicado, su certificado de autorización

a favor de la persona o personas expresadas en el acta de organización . Este certificado de autorización expresará que el establecimiento bancario nombrado en él ha cumplido con todos los requisitos de la ley, y que queda autorizado para llevar a cabo, dentro del territorio de la República, los negocios allí especificados.

Contrariamente en caso de resolución negativa del Superintendente Bancario, podrá ser apelada por cualquiera de los interesados, dentro de los quince días siguientes al de la notificación.

En General cuando la Superintendencia haya puesto su aprobación en el acta de organización, empezaría la existencia legal del banco y este tendrá en tal virtud, la facultad de nombrar empleados superiores y ejecutar los negocios relacionados con su organización. Pero el banco sólo podrá hacer otros negocios cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Cuando por lo menos la mitad de su capital haya sido pagado en dinero y se haya suscrito un testimonio jurado por dos de sus principales empleados en que conste haberse hecho aquel pago.
2. Cuando se haya hecho en manos del Superintendente el depósito requerido.

3. Cuando el Superintendente haya expedido en debida forma el certificado de autorización mencionado (artículo 81, Ley 45 de 1923[2]

1.2. FACULTADES Y LIMITACIONES JURIDICAS DE LOS BANCOS

Hemos dicho hasta ahora que la ley 45 de 1923 es la que régula esencialmente las actividades de la banca en Colombia. La ley 57 de 1953 modificó el artículo 85 de esa ley y señaló las siguientes autorizaciones a sus autoridades para los bancos:

1) Descontar y negociar pagarés, giros,letras de cambio y otros artículos de deudas.
2) Recibir depósitos.
3) Cobrar deudasy hacer pagos y traspasos.
4) Comprar y vender letras de cambio, monedas y otros.
5) Prestar dineros sobre bienes raíces o seguridades muebles o personales.
6) aceptar para su pago, en fecha factura, giros librados sobre el mismo establecimiento con sujeción a las restricciones contenidas en el artículo 86 de la ley 45 de 1923, y la de expedir cartas de créditos, que autoricen a los tenedores a lobrar giros sobre el establecimiento bancario o sus corresponsales a la vista o plazos no mayores de un año.

---

[2] Las condiciones para la fucdación de un banco,fueron traidas de LEAL PEREZ, Hildibrando. Contratos Bancarios, Edicioes libreria del profesión. Bogotá 1990 p. 31-37.

7. Comprar, poseer y vender bonos u otras obligaciones cuando los intereses, expedio por el gobierno nacional o por gobiernos extranjeros por compañías ferroviarias e industriales, de aquellas obligaciones autorizadas por el artículo 118, sobre establecimiento bancarios para inversiones de depósitos de ahorro; pero ningún banco comercial invertirá más del diez por ciento del capital pagado y reservas en bonos de cualquier gobierno o compañía, excepción hecha del gobierno nacional.

8) Comprar poseer y vender cédulas que devenguen intereses emitidos por el banco Hipotecario y Secciones hipotecarias de otros bancos comerciales, que hagan negocios en Colombia y que se hayan puesto en mora para pagar principal e intereses, durante los diez años anteriores a la fecha en que se haga la compra. Pero ningún banco puede intervenir en cédulas de cualquier banco comercial, una cantidad que exceda del diez por ciento del capital pagado y fondo de reserva del banco que haga la inversión.

9) Comprar y poseer y vender para hacerse accionista del banco de la República, la cantidad de acciones en dicho banco que sea necesario para obtener el expresado carácter de accionista, y el número de adicional de acciones del banco comprador desee y que la ley le permita.

10) Los Bancos que funcionan en el país podrán subscribi y poseer acciones de la empresa de almacenes generales de depósitos hasta por un valor igual al diez por ciento de su capital y reserva legal (artículo 3 Decreto 356 de 1957).

11) Ejercer funciones fiduciarias enumeradas en el artículo 107 de la ley de establecimiento bancarios, cuando para ellos reciba autorización especial del Superintendente Bancario.

12) Percibir Depósitos de ahorros y mantener una sección de ahorros, conforme con las disposiciones del artículo 112 de la ley sobre establecimientos bancarios, cuando para ellos reciba autorización del Superintendente.

13) Organizar y mentener secciones hipotecarias, emitir por medio de estas cédulas sobre préstamos garantizados con bienes y raices a largo plazo, de conformidad con el capitulo VI de la ley sobre establecimientos bancarios, cuando para ello reciba autorización especial del Superintendente.

14) Recibir bienes muebles en depósito para custodia según los términos y condiciones que el mismo banco

prescriba y arrendar cajas de seguridad para la custodia de tales bienes.

15) Comprar, poseer y enajenar bienes raíces.

1.3. CLASES DE BANCOS.

Son muy variados los criterios para clasificar a los bancos, en unas ocasiones se los clasifica por las operaciones que realizan; otras por el contenido económico-político de su actividad, a veces por las relaciones entre sus operaciones y un determinado sector de la actividad económica.

Para los fines que persigue nuestro trabajo de investigación, hemos tenido en cuenta un aspecto esencial que facilita distinguir tecnicamente a un tipo de banco de otro; este aspecto es la posición que el banco adopta ta como intermediario y que se traduce en la utilización de un instrumento típico de captación o colocación de recursos o de ambas cosas. Según este concepto analicemos varias clases de bancos:

1.3.1. Bancos Comerciales.

Debemos entender por bancos comerciales a los interme-

diarios financieros que captan recursos de mercado, especialmente a través de los depósitos bancarios y que los utilizan, al lado de su propio capital y de las reservas para hacer préstamos, en principio a corto plazo, a través de contratos de mutuo o de descuento. Este tipo de bancos sirven para satisfaccer las necesidades de Caja o de tesorería de los comerciantes (clientes) y los requerimientos de los particulares de recursos para gastos de consumo ordinario.

1.4.2. Bancos Financieros o de Inversión.

En algunos paises, el nuestro por ejemplo, estos bancos reciben además el nombre de Sociedades o Coooperativas Financieras que captan recursos valiéndose de depósitos o préstamos a mediado y largo plazo, lo mismo que en de la emisión de bonos u obligaciones y que colocan dichos recursos, junto con su propio capital, en operaciones a mediado y largo plazo que pueden consistir, no sólo en la concesión de créditos sino traducirse en inversiones de Capital en determinadas empresas De tal suerte que este tipo de bancos otorgan créditos preferencialmente para la industria, con instrumentos particulares de captación, emisión de obligaciones y de colocación, inversión en los capitales de las empresas, ambos distintos de los utilizados por los

bancos comerciales.

1.4.3. Bancos Hipotecarios.

Los bancos de crédito hipotecario, quizá los más desarrollados en Latinoamérica, se caracterizan por captar sino ,recursos a través de la emisión de títulos llamados cédulas y/o bancos hipotecarios; ambos llamados titulos hipotecarios. Según una modalidad los titulos se emiten sobre la base de los créditos hipotecarios constituidos por los deudores a favor de la entidad crediticia, de modo que quienes law adquieran tienen el respaldo general de tales créditos. Confieren a los tenedores de los bancos una garantía preferente sobre dicho volumén de créditos hipotecarios, que en la práctica pueden conducir a que se les adjudique el caso de incumplimiento.

La otra modalidad de emisión de titulo es aquella que se base en una garantía hipotecaria directamente constituída popr el propietario del inmueble, en este caso, no puede hablarse en estricto rigor de un instrumento de captación por parte del Banco, por cuanto esta última no obtiene recursos por este medio, si lo concede más bien, en crédito de firma al contraer una obligación contingente frente a los tomadores por parte de sus clientes.

Los bancos hipotecarios emiten cédulas hipotecarias con el crácter de documento de inversión y que llevan anexos cupones separables de la cédulas al tiempo de pagar los intereses.

Este tipo de bancoa colocan sus recursos y los de sus clientes en operaciones de créditos para la construcción de vivienda, casi sin excepción y contra la garantía de una hipoteca constituidasobre el mismo bien.

Los bancos hopotecarios atienden en sector específico de la actividad económica y buscan satisfacer una necesidad primaria, particularmente sentida en América Latina y en Colombia.

1.4.4. Bancos de Ahorros

Los bancos de ahorros o cajas de ahorro recogen los pequeños ahorros de la comunidad a través del contrato de depósito en cuota de ahorro, cuya característica es la entrega de un título probatorio, generalmente una libreta de ahorro, o bonos o estampillas de ahorros. Destinan los recursos captados en renglones particularmente seguros más que rentables o en préstamos a los mismos depositantes, a corto o mediano plazo, aún para la adquisición de viviendas.

1.4.5. Bancos Fiduciarios.

Se denominan Bancos Fiduciarios a las entidades que obtienen sus recursos de la transferencia de los bienes que les hace virtud de la celebración de un contrato fiduciario mercantil caracterizado por la obligatoria destinación de los mismos a una específica finalidad llamados encargos de confianza, la mayor parte de ellos a partir de la celebración de un contrato, mandato mercantil. La colocación de sus recursos es múltiple y muy amplia porque obedece al cumplimiento de las instrucciones recibidas de sus clientes. Cuando de contrato de fiducia mercantil se trata, si actúa frente a terceros como propietario de los recursos que utilizan, mantienen un vínculo obligacional con su cliente que le implica que, en últimas actúen por su cuenta y en beneficio o en el de fiduciarios.

1.4.6. Bancos de Capitalización.

Los bancos de capitalización utilizan como instrumento de captación el denominado contrato de capitalización, y negocio que como, su nombre lo indica, esta encaminado a permitir la formación de un capital a través del ahorro permanente y contrato o mediante el pago de una suma excepcional. Los recursos obtenidos se destinan para

los bancos o sociedades de capitalización a construir recursos técnicos destinados a garantizar el reembolso de los capitales los que, se invierten en activos líquidos y seguros.

Así mismo utilizan los recursos para hacer préstamos a sus clientes ardimerios como consecuencia del reembolso o como un anticipo sobre las sumas de ahorro.

Los reembolsos anticipados consisten mediante un sorteo de manera que el ahorrista no solo tiene la certeza de poder recibir su capital generalmente como incremento, al finalizar el tiempo del programa, sino uq tiene la espectativa adicional de poder obtener en forma anticipada la suma.

1.4.7. Bancos Nacionales y Extranjeros.

Los bancos se clasecifican en una forma u otra según su capital se encuentre, en todo o en parte importante, en manos de los nacionales del país respectivo o en manos de extranjeros.La circunstancia de ser una u otra cosa no incide, desde el punto de vista técnico, en las posibilidades mínimas de operación, de tal manera que, si de bancos comerciales se trata, utilizarán los mismos instrumentos de colocación y captación. Por facto-

res de política interna, es imposible que a los bancos extranjeros se les limite algunas posibilidades, de manera que por ejemplo, no puedan captar ahorro interno o que tengan que restringir el marco de sus actividades a la celebración de operaciones de comercio exterior o cualquier otra limitación similar.

1.4.8. Bancos Públicos y Privados.

La clasificación que distinguen entre unos y otros bancos obedece a que el banco sea público y lo será siempre que la banca esté nacionalizada, o sea privado, donde vista la posibilidad que el capital utilizado en su formación, su dirección, etc. esté en manos de los particulares. En los países, y son muchos, en donde coexiste unos y otros, es bueno advertir que la razón filosófica que justifica la existencia de los bancos públicos parece ser la de enderezar sus actividades hacia el fomento o atención de determinados sectores que, por merecer una particular protección del Estado a no ser suceptible de un servicio eficaz dentro de las leyes del mercado corriente, si proponen en manos de organismos estatales para que los atiendan. En América Latina no es extraño encontrar bancos públicos que compitan abiertamente con la banca privada.

1.4.9. Banco de Crédito Agrícola, Ganadero o Minero.

Desde luego según las necesidades de un sector u otro, el crédito será a un plazo u otro, se exigirán distintos garantías, pero en últimas, y por regla general, los mecanismos de captación y colocación serán los mismos.

Una última anotación, que hubiese podido ser la primera consiste en reiterar que en la mayor parte de los países las posibilidades concretas de los bancos no se limitan a remitir una de las formas específicas que hemos mendionado sino que, a veces por ejemplo los bancos comerciales están autorizados, para captar ahorros a través de una sección específica a realizar una operación de fideicomiso o de encargos de confianza por medio de una sección fiduciaria, o incluso autorizarlos para prestar el servicio de crédito hipotecario mediante la apertura y mantenimiento de una sección para tal finalidad;podemos estudiar un sin número de contratos que corresponden a la posición de polifacético que los bancos suelen adoptar en América Latina que alejándolos de un criterio de especialización específica, les permiten actuar en distinto sectores o con diferentes mecanismos.

1.5. RESEÑA HISTORICA DE LA BANCA COLOMBIANA.

Antes de iniciar una breve reseña histórica de la actividad bancaria en Colombia, creemos necesario presentar una síntesis apretada del desenvolviento y desarrollo de ésta actividad en el mundo.

Tal y como lo expresamos en nuestro anteproyecto, hemos de afirmar que la historia de las operaciones bancarias o mejor, las consideradas así, se inician en la Mesopotamia lógico es decir, que aquellas actividades ocurridas en esos tiempos remotos de la historia del hombre se parecen muy poco a los sistemas que conocemos en éste final del siglo XX, pero de todas maneras esas operaciones son las raíces de la historia de la banca. "En la Mesopotamia, por ejemplo, se prestaba sobre los esclavos y prisioneros, tal como cuenta la historia DEL TEMPLO ROJO URUK"

Con el correr del tiempo y al iniciarse la utilización de la moneda como medio de cambio, el sistema bancario adquiere una gran importancia. "En Grecia los trapezistas emergieron como un sector prestamistas respetables y los Colubistas, en Atenas, como un sector de cambirtas; ambos constituyen la esencia del nacimiento del crédito bancario".

En la Edad Media con el inicio de las invasiones de los pueblos bárbaros sobre el Mediterráneo, hecho que ocasionó crisis y hasta retroceso del comercio y con ellos de las prácticas que ahora denominamos bancarias,Sin embargo, las cruzadas bienen a dar un nuevo impulso al comercio y al intercambio, por lo que la idea de los banqueros y de sus actividades empezaran a desarrollarse conjuntamente. Las operaciones que más se realizaban fueron: el tansporte de dinero, el depósito en cajas fuertes, su entrega o movilización a otros lugares.

1.6. ANTECEDENTES EN COLOMBIA.

En el año de 1939 entran a Colombia algunas empresas de origen inglés, se enunciaba la apertura del banco colonial británico, el cual se sitúa en Cartagena, dedicado al descuento de pagares y avances sobre obligaciones de dos firmas aceptables, compra y venta de letras de cambio para el extranjero y recibo de dinero en depósito.

El segundo intento de la creación de bancos fué de origen nacional, desafortunadamente con desenlace muy poco agradable. La ausencia de establecimientos bancarios y del crédito privado institucional permitió a los comerciantes convertirse en prestamistas, al sociarse de la liberación de las tasas de interés.

Judás Tadeo Landinez en tres años formó la primera organización financiera de Colombia con instituciones de ahorros y créditos, haciendas, minas, establecimientos fabriles y comerciales, propiedades urbanas, actividades de seguro y manufacturas.

En el año de 1939 fundó un establecimiento mercantil y financiero en el cual comenzó a recibi dinero a i intereses y a prestarlos con garantías, a veces hipotecarios y a especular con vales del gobierno.

En el año de 1841 Sinforoso Calvo funda la compañía de giros y descuentos al cual todos los estamentos sociales, y comunidades religiosas, llenaban su dinero para recibir como contraprestaciones documentos demostrativos del depósito, que circularán de mano en mano como medio de pago en las transacciones.

El derrumbe del primer imperio en Colombia, su banca rota no fué el fruto de imprevisión. A ella ocurirán un conjunto de circunstancias:

La infación, las altas tasas de interés predominantes la concentración de riqueza el receso en la producción, los deficientes deficiencias mercantiles, la falta de tradición crediticia, la guerra civil y las contradiciones entre los protagonistas.

Al pasar algunos años el General Tomás Cipriano de Mosquera autoriza legalmente la constitución de una compañía que creará en Bogotá el Banco de la Nueva Granada, con un capital aproximado a los diez millones de reales, el cual no llegó a concretarse.

Hacía 1854, se crea una entidad de carácter financiero, en los renglones comerciales y mineros, con domicilio en Medellín bajo la denominación de Restrepo y Compañía hasta el año de 1905. En 1855 se expide en Colombia la ley orgánica de los bancos de emisión, descuentos y depósitos, con lo que se otorga permiso para que funcionara una institución denominada "BANCO NACIONAL DE LA NUEVA GRANADA" el cual no fué cristalizado el proyecto.

En el año de 1859 se funda en Antioquia la Sociedad (Botero Arango e hijos) como empresa bancaria encargada de emitir billetes y logró mantenerse hacía 1898.

En 1864 mediante la ley 27 del 13 de mayo el Presidente Manuel Murillo Toro autoriza algunos representantes de Bancos extranjeros, para crear el Banco Nacional de Depósitos, Giros y Descuentos. La sede de éste banco se sitúaba en la ciudad de Bogotá.

La ley 27 de 1864 fué derogada por la ley 35 de 1865. Facultó el otorgamiento de privilegio a los bancos que se constituyan en Colombia. La respuesta a ésta ley se hizo sentir a un año siguiente.

El país vivió hasta 1865 en ensayos, proyectos, ideas y propuestas que no llegaron a convertirse en realidad.

La verdadera historia de la Banca en Colombia se inicia hacia el año 1865 con la fundación del Banco de Bogotá, del Banco de Londres, Banco de Mexico y Banco de Suramérica. El Banco de Bogotá reiniciaria actividades el 2 de Enero de 1871. Se le concedió el depósito de los fondos de créditos interias hasta el momento de hacer los pagos o los remisos a los acreedores nacionales y extranjeros.

El primero de Julio de 1872 con sede en Barranquilla, abrió sus puertas al público el Banco de Barranquilla cuya escritura de constitución se había firmado desde el 14 de Marzo de ese año. La primera oficina bancaria en Barranquilla fué sucursal del Banco de Bogotá que comenzó a operaciones en Mayo 1 de 1872.

En Noviembre 16 de 1872 se fundó el Banco de Antioquia, cuyas acciones de $500.00 pesos oro se podían adquirir

pagando $100.00 pesos al contado y los $400.00 pesos restantes eran asegurados en fincas raíce, bienes, conocidas soncados y productivas. En Noviembre 29 de 1973 un grupo de industriales y comerciantes fundaron el banco del Cauca con un capital autorizado de $300.000 y pagados en $299.500.00 representados en acciones al portador de $100.00 pesos y nominativas de $500.00 En 1928 fué adquirido por el Banco de Bogotá, en 1883, en Bucaramanga se establecieron el Banco Santander que en 1928 se incorporó al Banco de Bogotá.

En la ciudad de Medellín en Enero de 1874 inició a pariciones el Banco Mercantil de Medellín el cual funcionó hasta el año de 1878. En la Ciudad de Cartagena se fundó el Banco de Bolívar que abrió actividades en esta capital en 28 de Octubre de 1874 con base en la ley 33 de 1873. En Abril de 1875 abrió sus puertas al público en la ciudad de Bogotá el Banco de Colombia con Giros y descuentos.

En el año de 1877 se constituyó en Bogotá el Banco Popular con giros y descuentos con una existencia de 9 años.

La ley 39 de Junio de 1880 facultó al ejecutivo para la orgnización del Banco Nacional de caracter mixto

con capital de $2.500.000.00 de los cuales $2.000.000.00 serían aportados por el tesorero nacional y $500.000.00 por particulares. Pero con la emisión de $500.000.00 no pudo ser colocada, quedó como entidad oficial. La ley 124 de 1887, estableció al Banco Nacional para sus emisiones.

La ley 70 de 1894, ordenó la liquidación del Banco Nacional, convirtiéndolo en una sección del Ministerio de Tesoro, por la revolución de 1895, mediante el Decreto 41 del mes de Febrero, suspendió la ejecución del mandato legislativo y el Banco funcionó hasta el primero de enero de 1896.

El 21 de Diciembre de 1881 se fundó el Banco de Cartagena con emisión de depósitos y giros y descuentos, que funcionó hasta el año de 1919. El 25 de Septiembre de 1882 se creó el banco popular de Medellín el cual funcionó hasta 1904. En la ciudad de panplona en Octubre de 1882 abrió sus puertas al público el Banco de Panplona su finalidad era la agricultura. En 1928 se incorporó el Banco de Bogotá. El 20 de Febrero de 1883 se fundó el Banco del Progreso dedicado a la Minería. El 19 de Abril de 1883 se fundó en Bogotá el Banco de Crédito hipotecario el cual fué el primero en expedir créditos hipotecarios.

El 1 de Marzo de 1883 se estableció en Barranquilla en Banco Americano dedicado a las operaciones sobre fincas y prendas.

El 1 de Mayo de 1883 fundó en la ciudad de Barranquilla en Banco Marquez, con una existencia de 10 años y 5 meses y se liquidó el 30 de septiembre de 1893. En 1883 en Bogotá hubo un Banco de muy corta existencia llamado Banco de Cundinamarca.

El 20 de Enero de 1884 en la ciudad de Popayan abrió puertas al público el banco del Estado. El 11 de Noviembre uno de los accionistas del antiguo banco hipotecario organizó una institución bancaria llamada banco internacional.

En 1887 se fundó en Bogotá el Banco de Exportadores que elaboró hasta comienzos del siglo XX.

En 1890 se constituyó la Sociedad de San Vicente de Paúl de Medellín fundó la Caja Social de Ahorro de Medellín.

En la ciudad de Salomino Departamento de Caldas, en Septiembre de 1897 se fundó el banco de Salomina.

En Octubre 8 de 1896 en la ciudad de Medellín fundaron el Banco del comercio el cual funcionó hasta el año de 1902.

El 25 de Febrero de 1898 el gobierno aprobó los estatutos del Banco del Quindío. En Mayo 20 se funda el Banco Yarumal en 1901 que a pesar de funcionar en ésta ciudad era manejado desde Medellín.

En Octubre 8 de 1901 se constituyó en Medellín el Banco Agrícola. En 1901 se constituyó en Bogotá una institución de giros y descuentos, prenda hipoteca llamada Banco del Comercio.

En la Ciudad de barranquilla en 29 de Noviembre de 1904 los accionistas del banco de Barranquilla resolvieron liquidarlo y fundar otro banco llamado Banco Barranquilla.

En Marzo de 1905 el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 47 sobre autorización para formar un Banco denominado Banco Central.

En 1908 el Gobierno ordenó suspender toda clase de privilegios, como banco privado hasta el año de 1928.

El día 8 de Julio de 1805 se fundó el Banco de Sucre con sede en la Ciudad de Medellín que duró hasta 1822.

En Enero de 1909 se fundó en Cali el Banco Giraldo y Garsés que funcionó hasta 1914.

En Noviembre de 1911 se organizó en Bogotá el Comercial Bank of Spanish America. Ltda. que funcionó hasta 1962.

El 5 de Octubre de 1912 se firmó en la Ciudad de Bremen (Alemania) la escritura de constitución del Banco Alemán Antioqueño.

En la ciudad de Medellín el 9 de Mayo de 1913 se funda la sociedad bancaria denominada mutualidad Nacional, fué liquidada en 1940.

En diciembre 17 de 1913 se constituyó en Barranquilla la Sociedad Bancaria crédito Mercantil-Cortissoz. El 8 de Junio de 1924 entró en liquidación este Banco.

En Bogotá de 1915 un grupo de huielenses fundaron el Banco de Huila.

En SEptiembre de 1925 el Banco de Bogotá obtuvo permiso para establecer una sucursal en neiva.

En 1917 se creó el Banco Social de Tolima, en 1927 fué adquirido por el banco de Bogotá.

El 7 de Febrero de 1918 se celebró en Nueva York la primera reunión de la junta directiva del Banco Mercantil Americano de Colombia, filial del Banco Mercantil de los americos de Nueva York.

2.DERECHO BANCARIO

2.1. ANTECEDENTES.

El Derecho Bancario es reconocer, ante todo, la existencia de unas entidades denominadas bancos, su valor no sólo radica en la simple contratación de unos hechos y manifestaciones, sino en el reconocimiento de los distintos contratos e instituciones bancarias contemporáneas, así como los títulos e instrumentos utilizados en esta actividad.

Las operaciones bancarias se practicaban desde épocas muy antiguas debido a que el templo Rojo de URUK en la mesopotanea, se encuentran rosttros que permiten concluír que los sacerdotes recinian dones y ofrendas que prestaban parte a los esclavos y a los prisioneros. El denominado Código de Hammurabi en Babilonia, se infiere que las actividades comerciales desarrolladas por los Sacerdotes los cuales podrdríamos llamar bancaria, adquirieron importancia.

En Grecia la moneda desempeñan un papel importante debido

a que las actividades floreciieran en Atena y merece destacarse como antecedentes del segurero marítimo, las operaciones consistentes en prestarnos se debían a que el banquero entregaba al prestario una suma que éste a su vez sólo devolvía si la mercancía llegaba a salvo.

En Roma se desarrolló toda una serie de operaciones bancarias, cobros y pagos por cuenta de sus cliente, liquidación de herencia por el sistema de remate, entrega de dinero al interés, testificación de contrato, recepción de depósitos, a lo que puede agregarse el sistema contable. Como consecuencia de las invaciones bárbaras, se presentó una congelación en el movimiento comercial entre los pueblos del occidente.

A fines del siglo XIV y comienzo del XV aparecen diversos organismos financieros, para financiar las municipalidades hasta bancos. Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, la apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamos, la banca adquirió una especie de personalidad y se configuró en su características modernas, dentro de los cuales se destaca la presencia del billete como forma monetaria ya no vinculado a la existencia de unos determinados bienes en depósitos, ni emitido en un beneficiario particular sino expedido

al portador, trasferible por simple entrega y con la función primordial de instrumento bancario. La banca contemporánea se caracteriza por integrarse dentro de un sistema que suele tener a su cabeza un banco Central y esta regido por normas particulares y estrictas.

La banca ha existido y subsite porque realizó lo que podríamos llamar funciones primarias respecto a la moneda, o sea, su creación, traslado cambio, custodia y que solo a partir de esa relación primaria con la organización monetizada surgirán y se desarrollarán operaciones que hoy calificamos de bancaria y que en último en relación con los más importantes, no son nada distinto de la administración y aprovechamiento de esa moneda, por ello puede afirmarse que la actividad bancaria es universal.

2.2. NOCIONES DE DERECHO BANCARIO.

El Derecho Bancario estudia todo un conjunto de normas que tocan con varios ramas del Derecho y que se agrupan simplemente, desde el punto de vista académico o didactico para analizar y estudiar las entidades bancarias, actividades que ellos realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control. El derecho bancario no sólo se refieren a actividades que deben ser regulados por

por el Derecho privado, sino que contempla toda una serie de aspectos que en la mayoría de los países se regulan por normas de Derecho público, lo que implica una discrepancia fundamental en la formulación de los principios como consecuencia, en la determinación de las conclusiones.

2.2.1. DERECHO PUBLICO BANCARIO.

El Servicio Bancario es un servicio público que obedecen a las necesidades generales de la comunidad que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse. En esta forma, como servicio público y por esta sola circunstancia, suelen ser suceptible de una rígida intervención estatal dirigido a ordenarlos, a regular sus tarifas, a imponer las condiciones en las cuales debe presentarse.

Las restriciones usualmente impuestos a las actividades bancarias pueden sintetizarse de la siguiente manera:

2.2.1.1. Autorización Previa:

Mediante la participación del Estado en la concepción del permiso indispensable para que los particulares puedan iniciar la prestación de los servicios correspondien-

tes; esta autorización puede ser regulada en el sentido que se limite a constatar la educación del comportamiento de los interesados en las prescripciones legislativas, pero que puede llegar a ser discrecionar y esencial en la medida en que el Estado se reserve a otorgar o nó el permiso de funcionamiento.

2.2.1.2. Intervención Permanente.

Puede sumarse la facultad estatal de regular el sistema monetario y de dictar en consecuencia, normas sobre constitución de reserva, determinadas relaciones entre su capital y su pasivos, congelación de parte de sumas disponibles destinándolos a ciertas inversiones forzosa, canalización del crédito.

2.2.3. Imposiciones de Sanciones:

Puede llegar hasta la aplicación de los más drásticos, como tomar poseción del establecimiento.

2.3. DERECHO PRIVADO.

El Derecho Privado regula el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela. Más correctamente, los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes, como antecedentes necesarios para la

realización de las apariciones propias de esta actividad.

El Derecho Bancario forma parte del Derecho Mercantil, entendible a la luz del marco técnico-económico en que se desarrollan las operaciones bancarias. El Derecho Privado Bancario debe destacarse entre las actividades bancarias y sus clientes, de manera que dentro de los contratos sean celebrados contratos innominados cuya actividad profesional, se recogan en las llamadas condiciones o reglamentos generales de las entidades de crédito

2.3.1. Objeto.

Precisado el concepto de Derecho Bancario como derecho Público y Derecho Privado y dejándo por fuera todas las disposiciones que vinculados con el tema, regulan aspectos, tales como la actividad bancaria, la fiscalización de los bancos, etc. Un estudio sistemático de la materia implicaría tratar los siguientes tres aspectos:

A. El sistema bancario correspondiendo en este estudio la totalidad de entidades que intervienen en relación con las apariciones bancarias no sólo las que las realizan sino los que la regulan o controlan.

B. Las apariciones de las entidades Bancarias de limitarán

al aspecto jurídico es decir, a los contratos que sirven de antecedentes necesarios a la realización de las apariciones en la medida que estos correspondan a los bancos de depoósito o de crédito a corto plazo.

C. Los bienes u objetos de las apariciones, que en esta materia estarían constituídos en síntesis, por el dinero y los títulos que realizan y controlan la intermediación en el crédito se trata de tres estamentos con funciones distintas, intimamente relacionados cada uno de ellos complejo o por lo menos en posibilidad de serlo, en el sentido de estar integrado por una o más autoridades o clase de entidades o instituciones cuyo conjunto conforma el que podría denominarse sistema bancario o financiero.

2.4. FACULTAD REGULADORA.

La regulación puede resultar de normas dictadas por una entidad especializada, autoriazada, desde luego por la ley cuya disposición es enderezan a cumplir el manejo monetario, que por supuesto, incide en forma definitiva en el ejercicio y aplicación de las funciones bancarias.

2.5. BANCO CENTRAL.

Es un organismo superior, regulador y coordinador de las actividades y funciones propias de los demás bancos. Los sistemas de manejo monetario se sustentan en la existencia de cada país de un banco central habilitado para cumplir los acuerdos, desarrollar los políticos y mantener la línea de desición acordados a nivel internacional.

La banca central puede distinguirse en grupo de funciones

2.5.1. Funciones:

A. Dictar normas en materia de moneda, crédito, cambio y comercio exterior. Estas funciones pueden o no ser ejercidas directamente por un banco central, pero que correspondan en todo caso a la idea y nación de banca central. La banca Central tiene asignada facultades en materia de cambio y comercio exterior, especialmente en los paises en que no existe libertad bancaria y por consiguiente se requiere regular toda una serie de aspectos, como el entendimiento en moneda extranjera; las tasas de interés de las operaciones internacionales, las oportunidades y plazo de reembolso, los depósitos que deben constituirse para verificar importaciones, la forma como debe reembolsarse los productos

de las exportaciones, la contabilización de las reservas internacionales.

B. Emitir la moneda: La emisión de la moneda es función reservada en forma privativa al Estado y asignado por lo general al Banco Central que como consecuencia es Banco emisor, Para evitar los abusos y los desajustes, la ley establece limitaciones severas sobre la causa eficiente y única para la emisión de dichas especies monetarias. La emisión debe ser ajustada a los más serios postulados de técnicos y seriedad únicas, que pueden garantizar estabilidad en la moneda y por ende en el país.

C. Banco de los Bancos: El Banco Central proporciona de ordinario a los bancos comerciales casi la totalidad de los servicios que estos, a su turno, prestan a sus clientes. Puede ser depositario de sus recursos, prestamistas, descontados, realizan transferencias en su nombre, hacer pagos a terceros, mantener depósito en custodia o en cargos fiduciarios. Además ofrece un servicio muy importante, consiste en ser cámara de compensación para las operaciones interbancaria, por consiguiente liquidados de las cuentas recíprocas, especialmente de los que derivan de la remisión hecha

por unos a otros cheques a su cargo. En esta forma se opera una enorme agilidad, con una eficiente economía de tiempo y movimientos, que permiten determinar rapidamente los saldos de cada una de las entidades en el Banco Central como resultado de la transacción de la cámara de compensación.

D. Banquero del Gobierno y agente fiscal suyo: Así como presta servicio a los bancos comerciales lo hace también con el gobierno en todas las posibilidades, la cual es ser un prestamista con las operaciones tipicamente bancarias, en el cual se requieren los requisitos de forma sobre la utilización de documentos de deuda, que debe ser suscrito en la forma prevista por la ley.El banco Central actúa como agente fiscal del gobierno para la colocación de títulos de deudas emitidas por este, los cuales aveces garantizan y atienden fiduciariamente, encargándose de su amortización, del pago de los intereses.

E. Depositario de las reservas: Debe conservar las reservas del país en forma física, manteniéndolas en su arcas, invirtiéndolas en terceros países o en obligaciones emitidas por estas de manera que los mismos produzcan una adecuada rentabilidad. El manejo de las reservas suele correr parejo con la administración

de los recursos que cada uno de los paises tiene en organismos de crédito internacional de los cuales debe ser socio según sus estatutos.

2.6.INTERMEDIARIO FINANCIERO.

Los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferilos a los sectores productivos de la actividad económica. Los intermediarios financieros comprenden la compañía de seguros, las sociedades de capitalización las entidades para financieras, las bolsas de valores, los detentadores de títulos y los de capital etc.

2.7. CLASIFICACION DE LOS BANCOS.

Exite clasificación de los bancos que podríamos llamar principal y secundarios, por las operaciones que realizan, y por el contenido económico-político de sus actividades así:

2.7.1. Comerciales.

Son intermediarios financieros que captan recursos dl mercado especialmente a través de depósitos bancarios que los utilizan, junto con su propio capital y reservas,

para ser préstamos a corto plazo, a través de contratos de mutuos o de descuentos. Sirven en principio, las necesidades de caja o de tesorería de los comerciantes y los requerimientos de los particulares de recursos para gastos de consumo ordinario.

2.7.2. Financiero o de Inversiones.

Captan recursos valiéndose de depósitos o préstamos a mediano y largo plazo, así como de la emisión de bonos u obligaciones o que colocan dichos recursos, junto con su propio capital en operaciones a mediado y largo plazo que pueden consistir, no sólo en conseciones de crédito sino traducirse en inversiones de capital en determinadas empresas.

2.7.3. Hipotecarios.

Se caracterizan por captar sus recursos a través de la emisión de títulos llamados cédulas y bonos hipotecarios Estos bancos colocan dichos recursos junto con su capital y reservas en operaciones de crédito para la construcción de vivienda, y controla la garantía de una hipoteca constituída sobre el mismo bien.

Construido o comprado. Atiende entonces en sector específico de la actividad económica y busca satisfaccer una necesidad primaria, y particularmente sentida.

2.7.4. Ahorro.

Recogen los pequeños ahorros de la comunidad a través del contrato de depósito en cuenta de ahorros, caracterizados por la entrega de un título provatorio, generalmente una libreta de ahorro o por la emisión de bonos o estampilla de ahorro.

2.7.5. Fiduciario.

Obtiene sus recursos de la transferencia de bienes que se les hace en virtud de la celebración de un contrato de fiducia mercantil o fidecomiso, caracterizado por la obligatoria destinación de los mismos a una específica finalidad. La colocación de sus recursos es múltiple y myu amplia, porque obedecen al cumplimiento de las instrucciones recibidas de su clientela.

2.7.6. Capitalización.

Los bonos de capitalización se utilizan como instrumentos de captación, que está encaminado a permitir la formación de un capital a través del ahorro permanente constante

o mediante el plazo de una suma exepcional.

3. CONTRATOS BANCARIOS.

Es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones. Los contratos bancarios son las operaciones celebradas por los bancos, sólo que en lugar de hacer énfasis en el aspecto técnico, se hace incapié en los elementos jurídicos que ocurren a la formación del acuerdo de voluntades.

Existen normas que pueden presentarse en todos ellos sin ser exclusivos:

- Relación con la Estructura Técnica: El Derecho Comercial se nutre de la realidad operativa en base a la práctica de los comerciantes que formulan las normas superiores y obligatorios. Este acierto se evidencia en los contratos bancarios en donde existe una íntima relación entre la formulación jurídica y la realidad técnica-contable de las operaciones.

El Derecho Comercial se encuentra en permanente proceso de innovación y en cambio, en los sistemas económicos, las actividades comerciales y los requerimientos de la comunidad, imponen la creación de nuevas instituciones, títulos y formas de manejo o invertir el dinero, para desarrollar sus técnicas en el cual se traducen en la multiplicidad de los servicios bancarios donde todo negocio lícito está cubierto del contrato.

- Carácter Personalisismo: Las entidades bancarias ofrecen un servicio a la comunidad en forma indiscriminada. En el mundo el manejo de crédito implican la concepción recíproca de la más alta confianza, por consiguiente, no es doble esperar que cualquier individuo por el solo hecho se formar parte de la comunidad, está en condiciones de imponer a los bancos la celebración de un contrato y la realización de ciertas operaciones por su propia iniciativa, los bancos son muy celosos en la ecogencia de su clientela, tanto por mantener el nombre y su prestigio que se derivan de una adecuada selectividad, como para proteger a la comunidad. Los contratos bancarios se celebran "intuitu personae", esto es, en consideración a las cualidades personales de quienes contratan a los bancos.

- Buena Fé: Los contratos se celebran de buena fé, él se hace más sentido en los contratos de confianza celebrados "intuit personae" por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan reciprocamente una confianza excepcional, que no solo las vincula a ella sino también a la comunidad,por esta buena fé con que las partes y los terceros intervienen o se vinculan a las operaciones bancarias y, desde luego, alos contratos que les dan origen, las legislaciones sancionan con particular seguridad los fraudes, como suceden en los casos del giro de cheques sin suficiente provisión de fondos, con firmas adulteradas o sobre cuentas canceladas; casos que incluso, se consagran sanciones penales para los infractores.

- Adhesivos Son verdadera forma contractuales en cuanto al consentimiento se exprese en debida forma y sin vicios. Lo que no significa que la existencia de condiciones generales a las cuales deben adherir los clientes permitan a los bancos establecer toda suerte de prenisines exclusivamente en su beneficio o en deterimiento injustificado de la parte más difícil. Cuando la ley a tipificado los contratos bancarios incorporando algunas normas imperativas, es decir, no suceptibles de modificación por los particulares o que su reglamento

general deba ser sometido a la previa revisión de una entidad superior de control, antes de ponerlo en vigilancia.

- Deberes Específicos con los clientes: Los deberes que se predican en las entidades de créditos, sin ser exclusiva de los contratos bancarios, pueden concretarse en dos:

a)El Deber de Información: La obligación de informar pronto y adecuadamente a sus clientes sobre el giro de las operaciones resulta genérica a todos los encargados de administración de interés ajeno. En la actividad Bancaria este deber es muy estricto.

b) El Secreto Bancario, obligación profesional es, esencial, la necesidad de conservar las privacidad de los fuentes, el destino, la cuantía, etc. de las operaciones celebradas por cuenta de sus clientes, de los estados financieros e informes particulares sobre actividades comerciales que ordinariamente prestan los clientes a los bancos, como requisito para la tramitación de las distintas operaciones.

- Internacionalización: Aún cuando es una característica general del Derecho Mercantil ella se hace sentir de

manera especial en el Derecho Bancario. Hay campos en los cuales la regulación contractual se informa en alto porcentaje de en disposiciones, que sin haberse incorporado como leyes internas, constituyen una costumbre internacional asimilada e invocada en los negocios jurídicos. Ellos son recopilados por la Cámara de Comercio Internacional y difundidos por distintos organismos como la Federación Latino Americana de Bancos.

- Clasificación: Los contratos bancarios tienen como objeto la realización de una operación bancaria, su modificación o extinción adoptan criteri de clasificación para las Operaciones Bancarias. Los contratos que anteceden a la realización de operaciones pasivas son aquellas que mediante los bancos captan recursos. Los Contratos que anteceden a la realización de operaciones activas son los que colocan los recursos.

3.1. De Cuenta Corriente.

La expresión Cuenta Corriente nos conduce a aclarar algunas confusiones que surgen de utilizar esta locución tanto para representar una realidad contable, como para indicar una relación jurídica conocida con idéntido nombre en los contratos mercantiles y calificada de bancaria

en los de esta naturaleza. Conviene por lo tanto estudiar cada uno de estos conceptos, las relaciones que surgen entre ellos y, por último, el objeto específico del capítulo.

- Cuenta Corriente Mercantil: Calificamos como mercantil el contrato tipico del Derecho Comercial para dstinguirlo de la cuenta corriente como noción contable y además de la cuenta corriente bancaria como contrato. La cuenta corriente mercantil, va un poco más allá de la realidad contable que se produce cuando dos o más personas mantienen relaciones de negocios más o menos permanentes o durante un tiempo relativamente largo. Consagra la realidad de la relación permanente, pero acompañada de un elemento de certeza, aplazando la exigibilidad de las obligaciones recíprocas y precisando una fecha de corte, en la cual se deduce, de manera inequívoca, la exitencia de un saldo a cargo de una de las partes. Esto es, que en virtud de la celebración del contrato de cuenta corriente los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes pierde su individualidad que le es propia, para confundirse dentro de una mesa contable cuyo resultado obligacional sólo se conocerá al vencimiento de la cuenta o al corte de la misma previsto en el contrato.

3.2. Cuenta Corriente Bancaria.

Al distinguir con éste nombre el típico contrato bancario, tienen que presentarse confuciones. En efecto, no queremos calificar en esta forma tan sólo las innumerables cuentas corrientes, desde el punto de vista contable, que un banco pueda tener en su clientela en cuyo caso el término bancario nada agregaría. La expresión contrato de cuenta corriente bancaria o de depósito en ella, reviste un particular significado que brindaría de seguro menos confusiones de llamarlo por ejemplo, contrato de cuenta de cheques, como sucede en algunos países latinoamericanos.

Las principales discrepancias entre los autores de la naturaleza jurídica de este contrato y su semejanzas o diferencias con la cuenta corriente mercantil obedecen, en primer lugar, a una utilización de los términos. Para unos, en efecto, la cuenta corriente bancaria sugier el sustrato que soporta distintas relaciones de servicios entre el banco y sus clientes de manera que se acerca a la concepción contable más que a la jurídica.

Para otros, la expresión cuente corriente bancaria, corresponde a un contrato específico que es aquel en el cual, facultasdos los titulares para hacer depoósitos y retiros de dinero, producen éstos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque.

Ya vimops la cuenta corriente en su acepción contable, pero una vez circunscrito el concepto jurídico de contrato de cuenta corriente bancaria al contrato de cheques o de cuenta de cheques como se llaman otros, es evidente que la diferencia de opinión no es tal, en el sentido de que estamos hablando de cosas distintas; estamos de acuerdo con la presentación meramente contable si se quiere, pero advertimos que la expresión quiere expresar un contrato regulado por muchas legislaciones latinoamericano y desde luego, de la más frecuente utilización en los bancos del continente.

3.2.1. Cuenta de Depósito de Dinero.

Un depósito es a término cuando el depósitante no puede exigir la devolución de la suma sin haber transcurrido el plazo previsto en el contrato. Excepción al principio general, según el cual el depositante puede pedir en cualquier momento la devolución del bien objeto del contrato, que se explica por la remuneración que la entidad le reconoce en los depósitos a término, a cambio de poder emplear en sus operaciones activas los recursos obtenidos.

Los deoósitos a término cumplen una función económica distinta a la de los depósitos a la vista, aún los con-

signados en cuenta corriente bancaria. Estoa últimos están conformados por un volumen de recursos proveniente de los particulares, las empresas y el estado, destinados a gastos enminentes o de corto plazo; su permanebcia se explica por una ley deducida empíricamente, según la cual no todos los depositantes retiarn al tiempos sus depósitos y siempre hay un flujo de doble vía que permite contar con volpumenes más o menos constantes. Se trata de recursos de tesorería que mantienen las entidades y las personas para atender el pago de sus proveedores, sus gastos corrientes. Busca contar así con una disponibilidad realizable através del cheques para mantener sus gastos ordinarios de manutención, alojamiento, educación etc. Para este individuo la cuenta corriente bancaria eata destinada a mantener los recursos que utiliza en consumo y, por excepción, en algunas inversiones. En todo caso, en cuanto no reciba interés a cambio, es claro que no puede considerarse el depósito como inversión.

Respecto al dinero, bien fungible por excelencia, la posibilidad de constituir un depósito regular suele vincularse a la existencia de una de dos circunstancia En primer término habrá depósito regular cuando se reciben las monedas con especificación exactas de las mismas que resultaría de su numeración específica en el caso de papel moneda. Y en segundo término, cuando tal

dinero se entrega en caja, sobre, o sacos cerrados pués no se trada de un depósito traslaticio y el banco está obligado por excepción, en relación con lo que sucede de ordinario con el depósito de dinero, a devolver exactamente las piezas recibidas.

3.3. Contratos de Descuentos.

El banco concede un préstamo cobrando anticipadeamente los intereses y que el deudor le tranafiere un crédito a cargo de tercero que habilita al banco descontante para recuperar directamente la suma entregada, siempre bajo la garantía del deudor en el sentido de que devolverá la suma recibida, de no ser oportunamente pagada por el deudor del crédito cedido. En otras palabra la transferencia del crédito por parte del descontado no es liberatoria de su obligación sino apenas "pro-solvendo" transferencia para pagar, que solo producirá los efectos de pago en cuanto el crédito sea satisfecho por el tercero.

En cuanto a su naturaleza jurídica se han expuesto varias teorías, las cuales debemos partir que el banco quiere antes que nada conocer un crédito y el cliente hacerse a los recursos correspondientes. Es en torno a ese eje de concensión-recepción de crédito, que el contrato

debe y puede explicarse. En este orden de idea tendríamos que el documento o crédito trasferido por el cliente juega, un papel de garantía, aún si el banco se hace propietario del mismo. Se a sostenido por otros que la operación de descuento implica la celebración de un contrato de compraventa, en donde el banco se limita a pagar el precio del crédito, tesis que, en el fondo es idéntica a la de la teoría de la sección.

Los críticos de la teoría han sostenido que si se trata de un mutuo con garantía es decir, de un anticipo, no tendría razón de ser la transmisión del crédito en propiedad. En otras palabras, mientras el anticipo la realización de la prenda es un instrumento subsidiario para satisfaccer la obligación, si ella no es atendida por el deudor principal, en el descuento la cesión del crédito es medio directo o inmediato para cacelarla.

3.4. Contrato de Factoring.

ALgunos actores han propuesto el término de factoraje sinónimo de factoria definida como "empleo y encargo del factor" y "oficina en donde reside". Desde el punto de vista jurídico la noción de factor o dependiente de comercio sugiere una relación de gestión de negocios ajenos en un establecimiento comercial, sus posibilidades

resultan demasiado amplis para indicar los servicios concretos que corresponden al contrato. La imprecisón conceptual que pueda surgir hemos aceptado como necesario, utilizar la expresión de factor para identificar la sociedad o persona natural que presta el servicio de factoring o factoraje. Se ha dicho que el contrato de factoring exite una apertura de crédito hecha por el factor, que sería utilizable contra la presentación de la factura o cuenta de cobro correspondiente. Sin embargo, no puede hablarse de una disponibilidad anticipada, en el sentido de la existencia de un cupo de crédito pués, por regla general la cuantía del contrato no es esencial y puede resultar en la practica del volumen de cuenta por cobrar que sean trasferidas al factor.

No puede negarse que existe una similitud entre el factoring en algunas de sus modalidades y el contrato de descuento. Podría tratarse de un anticipo sobre créditos no vencidos en donde la remuneración a favor del factor sería el resultado de la aplicación de una tasa de interés por el lapso existente entre la celebración del contrato y el vencimiento de la obligación.

3.5. Contrato Leasing.

Este contrato se celebra a plazo largo o mediano, lo

que supone un obstáculo para su realización por los bancos de depósito pués la mayor parte de sus operaciones son a corto plazo.

Algún autor, sostiene que este contrato presenta un nueva y rica modalidad en la relaciones entre el ahorro y la producción. En efecto, quien dedicado a una actividad industrial requiere de recursos adicionales para su desarrollo puede contar, en primer término con los aportes de nuevos socios, quienes vinculan sus recursos a la suerte misma del negocio, con los riesgos naturales que puedan presentarse, para esto los derivados de una eventual baja rentabilidad de sus recursos con la presencia de altos riesgos en la explotación industrial y para el socio o socios originarios, la posibilidad de perder el control de su sociedad o tener que compartirlo con terceros, dificultando la administracin y la toma de desiciones.

Existe también opción de acudir al ahorrador-obligacionista o tomador de bonos que elimina los riesgos de la vinculación accionaria pero compromete a la sociedad con una remuneración fija que puede significar una pesada carga por un momento dado. Así mismo pueden obtenerse recursos de préstamos por parte de las entidades financieras canalizadoras en últimas, del ahorro disponible

o los recursos ociosos las cuales procurarán que, en lo posible, el solicitante asuma con sus propios recursos parte del costo de los productos que pretenda financiar.

En su forma más simple y pura a la vez el contralto de leasing supone la presencia de un industrial necesitado de bienes de capital, maquinaria y equipos, en principio, o de inmuebles, que en el primer caso, se pone en contacto con un proveedor para determinar cuales equipos y en que condiciones podría satisfaccer las necesidades de su empresa.

3.6. Contrato de Apertura de Crédito.

Entendemos por Contrato de Apertura de Crédito el acuerdo según el cual el banco se compromete con su cliente a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que le indique, dentro de ciertoe límites cuantitativos y mediante el pago por el creditado de una remuneración. Podemos afirmar que su razón de ser para ambas partes, pero en forma específica para el cliente, es contar con una disponibilidad, esto es, con la posibilidad de obtener crédito de dinero o de firma dentro de cierto tiempo, si el contrato se ha celebrado a plazo o en forma definida, si ésta es la modalidad adoptada en el acuerdo. Característica que permite diferenciarlo del mutuo y que tiene una enorme

importancia en la practica pués tiende a satisfaccer necesidades eventuales y futuras, no actuales.

3.7. Contrato de Crédito Documentario.

Este campo natural de actuación es muy importante si se advierte que el crédito al comercio exterior es función de una serie de factores como la situaciones del mercado y los regímenes cambiados de cada pais y presupone, en consecuencia, el conocimiento de leyes y disposiciones diversas, complejas y contradictorias, a veces Por lo tanto en este campo más que en ningún otro, las tendencias hacia la uniformidad han sido recibidas con beneplácito y general aceptación por los bancos de buena parte del mundo. Por ello gracias a los avances obtenidos el crédito documentario es ampliamente utilizado. Puede decisrse con dificultad que la estructura del contrato según el cual existe un cliente (ordenante de la carta), quien se ha dirigido a su banco (emisor de la misma) y obtenido que este le conceda créditos de dinero o de firma, a favor de un tercero, dentro de un cierto tiempo, hasta una determinada cuantía y mediante el lleno de los requisitos previstos en el mismo crédito, que incluyen, en primer término la presentación de un crédito número de documento.

3.8. Emisión de Bancos

Respecto a la emisión directa por los bancos, veremos que son las modalidades típicas que revisten estas obligaciones o pasivos documentales: los llamados bancos financieros- simplificamos desde ya la riquísima y no conn cidente terminología latinoamericana- emitidos por sociedades financieras; y los denominados títulos o bonos o cédulas o letras hipotecarias, emitidos por bancos hipotecarios o por secciones hipotecarias de bancos comerciales. De donde se deduce que, en conformidad con el plan inicial, el capítulo sólo encuentra su sentido cuando los bancos comerciales realizan una actividad de emisión propiamente dicha, por cuanto en términos generales se tratará de títulos emitidos por entidades financieras o hipotecarias.

La secuencia lógica en el procesode emisión parte de la decisión tomada por el órgano competente de la sociedad, ya se trate de Asamblea General o Junta de Socios o, tan sólo, de la Junta Directiva o Directorio, según lo disponga la ley o los estatutos, en cada caso. Presupuesto que no requiere mayor explicación y que permite recordar las personas jurídicas se obligan através de las decisiones por sus órganos.

3.9. Cajillas de Seguridad.

Contrato de Cajillas de Seguridad en virtud del cual el banco se obliga a poner a disposiciónde su cliente una cajilla de especiales seguridades para que éste la utilice guardando sus bienes, con el compromiso de establecer todas las medidas de seguridad tendientes a garantizar la inviolabilidad de las casillas y el no acceso al recinto por parte de terceros, cotra el pago de una remuneración.

Se ha observado, que el contrato es consensual, se perfecciona con el simple acuerdo de las partes y no existe entrega pues el banco nada recibe de su cliente. Por consiguiente, la falta de entrega, elemento esencial en el contrato de depósito, se constituye en un obstáculo insalvable para poder colocarlo como tal. Y auque se sostuviera que se trata de un depósito de cofre cerrado, es cierto que el banco no recibe cofre alguno y, aún más, no conoce ni siquiera por declaración unilateral de su cliente. Agrégase la obligación de que el contrato existe aún si nada se ha depositado o introducido en la cajulla y que el objeto del mismo no es un bien mueble, como tendría que serlo si de depósito se tratase.

4. FIDEICOMISO

4.1 CONCEPTO

El código civil trata la propiedad fiduciaria en sus artes. 793 a 822, en un reglamento cuya extensión y detalle son inversamente proporcionales a su utilidad y desarrollo. la ubicación de la materia en este código y las justificaciones indican, en resumen, que la propiedad fudiciaria está establecida o concebida como una manera de limitar el dominio, limitación que consiste, exactamente, en que una persona dispone de una cosa suya en favor de otra a quien grava con la obligación de restituirla a una tercera si se verifica una condición. Existe pués, un sólo propietario, quien detenta y aprovecha el bien gravado de esa manera hasta la verificación de la condición establecida.

Haciendo una apreciación general entre los fines del fedeicomiso o fiducia de nuestro código civil y la nueva reglamen-

tación del C. de P. C. La del código civil solo sirve para resolver situaciones relativamente pobres en relación con las necesidades de nuestro comercio; trasmitir bienes a una persona bajo una condición resolutoria.

En todo caso, la propiedad fiduciaria del código civil estaba destinada a servir los fines limitados de propiedades sujetas a extinguirse en el fiduciario por el cumplimiento de una condición.

- No existe sino un derecho, el de propiedad del fiduciario.

- La institución está concebida como un gravamen, de tal manera que el beneficio simultáneo de un tercero es un asunto ajeno a sus finalidades.

- La transferencia al beneficio (fideicomisario) depende, inexcusablemente, de una condición. Si la transferencia se somete a término no existe propiedad fiduciaria.

- La condición es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario (beneficiario). Sin embargo, la condición del fideicomiso no opera retroactivamente, por tanto subsisten todos los actos ejecutados por el fidu-

ciario sobre las cosas mientras las tuvo en su poder.

- El propietario fiduciario puede enajenar su propiedad fiduciaria y se transmite por causa de muerte, sujeta al gravamen respectivo.

- La propiedad fiduciaria sólo se puede constituir por instrumento público o por testamento (C. C. art. 796) así los bienes sean muebles.

Si la condición falta - no se cumple - la propiedad so consolida en cabaza del propietario fiduciario, lo que resulta apenas obvio tomados en cuenta el espíritu y las finalidades de la institución; el total aprovechamiento del bien por el propietario fiduciario hasta que se cumpla la condición.

- Finalmente, la propiedad fudiciaria carece de flexibilidad para servir los negocios masivos y reiterados y se encuentra concebida a la manera de las instituciones jurídicas excepcionales. Otro es el espíritu del derecho mercantil, hasta el punto de que, exagerando un poco las cosas, las instituciones de este derecho deben ofrecer una vocación para que puedan ser reducidas a contratos- formularios, típicos de la contratación masiva o reiterada.

Como una manifestación de los negocios de confianza, inspirados en el Decreto Romano, tenemos para empezar una forma de limitación de la propiedad conocida con el nombre de propiedad fiduciaria. Como no volveremos sobre ella, debemos hacer algunas anotaciones sobre la misma. Se entiende por propiedad fiduciaria, en esta acepción específica de limitación a la propiedad, aquella que está sujeta a la carga de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. A la luz de esta definición el propietario tiene un derecho sometido a una condición resolutoria. Puede constituirse por actos entre vivos o por testamento, en este último caso aplicando una doble liberalidad, primero al fiduciario quien recibe la propiedad limitada y, luego, al fideicomisario, persona o personas llamadas a adquirirla al sobrevenir la condición.

Para no detenernos en la compleja reglamentación de la figura, bástenos destacar algunas notas características que nos permitirán afirmar que se trata de una institución cuyos elementos esenciales no corresponden al fideicomiso o fiducia mercantil que vamos a estudiar. En efecto, el fiduciario adquiere la propiedad de manera que esta forma parte de su patrimonio, puede ser enajenada con gravamen al cual está sujeta y los frutos o productos de la cosa le benefician en forma directa, salvo casos excepcionales. Puede llegar a hacerse propietario

pleno de los bienes recibidos en el supuesto de que la condición se haga imposible o no se realice dentro del término señalado en el contraro o en la ley. Esta posibilidad de hacerse propietario que, en el caso de la propiedad fiduciaria del Decreto Civil es perfectamente lógica, se encuentra descartada en términos categóricos por la mayor parte de las legislaciones mercantiles a las cuales nos referiremos más adelante. En ellas, ni el fiduciario puede hacerse propietario ni los frutos lo benefician por que están destinados a cumplir una determinada finalidad. Por último, para hacer una distinción respecto al negocio fiduciario, no existe desproporción alguna entre medio y en fin, pués se trata de un instrumento destinado a producir los efectos que le son propios, esto es, a beneficiar a dos o más personas en donde no solo no hay desproporción alguna sino que los efectos producidos son los buscados por las partes mediante al empleo de los instrumentos idóneos para conseguirlo. En otras palabras, si bien la propiedad fiduciaria que aparece en algunos códigos civiles se inspira en alguna forma en los negocios de confianza del Derecho Romano, no corresponde a la figura que en las actuales instituciones jurídicas se conoce como "trust" en el Derecho Anglosajón y en nuestros sistemas como fideicomiso o fiducia mercantil.

Veremos en dos puntos distintos de este capítulo cómo el

trust corresponde a una peculiar evolución histórica del Derecho Inglés y se explica y opera dentro de una estructura peculiar no existente en los sistemas latinos, según la cual puede predicarse en relación con un mismo bien la existencia de dos propietarios, uno legal y otro beneficiario.

Bajo este acápite estudiaremos el negocio fiduciario, que si bien corresponde a la estructura lógica que pudo explicar las manifestaciones del Derecho Romano, puede también convenir a todas aquellas hipótesis en las cuales existe finalidad seriamente querida por las partes para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo en el sentido de que produce mayores efectos de aquellos que serían necesarios para obtener tal finalidad. Si se quiere, se trata del contexto jurídico que explica la desproporción entre medio y fin y precisar que el fideicomiso no es un negocio fiduciario puro con el contenido y alcance propios de esta figura.

Decíamos al hablar del contrato de mandato que él puede explicar buen número de los llamados encargos de confianza, introducidos en algunas de nuestras legislaciones bancarias hacia los años veinte, como resultado de la visita hecha a varios países por la misión de expertos norteamericanos dirigida por el señor Kemmerer. Tales encargos comprenden para el banco entre otros, actuar como fideicomisario - con más preci-

sión debería decirse fiduciario-en virtud de cualquier hipoteca o bonos emitidos por una entidad, tema ya estudiado en el capítulo sobre la emisión de bonos y otras obligaciones. Actuar como fiduciario de bienes de incapaces, como fiduciario testamentario, ser albacea, administrador, registrador de acciones y bonos, mandatarios con amplícimas posibvilidades que esto significa depositatio, síndico agente de seguros, etc. Enumeración de éstas u otras facultades que quiso introducir en nuestros sistemas bancarios las amplias posibilidades que existen en los países anglosajones en relación con la figura del trust y las facultades del traustee. Lo malo, como lo dijimos en otra ocasión, en que estas leyes tuvieron el defecto de consagrar la función, estableciendo por vía ilustrativa el número de servicio o contrato que podría llevarse a cabo y determinar el órgano competente, o sea, las secciones fiduciarias o de mandato de los bancos comerciales, sin introducir al mismo tiempo, como hubiese sido lo lógico, la estructura conceptual de los "encargos de confianza". La simple mensión de unas facultades no eran suficientepara que ellas pudieran ejercitarse, si la innovacción técnica buscada suponía una estructura jurídica inexistente en nuestros países y explicable simplemente a la luz de la peculiar organización jurídica anglosajona. Por ello, sólo hasta que los países latinoamericaos fueron introduciendo el concepto de fudicia, acercándose al del trust anglosajón,

en especial, adecuándolo al resto de la legislación privada, de manera que pudiese operar dentro de un contexto lógico y no constituir una pieza insular, puede hablarse de un desarrollo en esta actividad, limitada hasta entonces a realizar encargos en desarrollo de fifuras contractuales conocidas, como la del mandato.

Llegamos al objeto propio de nuestro estudio, esto es, al contrato que tomando de una parte los antecedentes conceptuales que podían resultar de la evolución histórica en el Derecho Romano, reconociendo el valor lógico de los negocios fiduciarios, pero, sobre todo, asimilando la rica dinámica del trust, ha venido a plasmarse en un nuevo contrato mercantil, identificado con notas características que lo distinguen de cualquiera de sus antecedentes y con innovaciones muy interesantes desde el punto de vista de los efectos patrimoniales de su celebración y de las diversas obligaciones de las partes en torno a él.

Pretendemos en este punto hacer referencia a dos marcos bien definidos, que pueden constituir los mejores puntos de partida para entender el moderno contrato de fideicomiso. Mencionaremos tanto algunos ejemplos tomados de las manifestaciones de los negocios de confianza en el Derecho Romano, como las circunstancias más destacadas que explican el nacimiento del trust en el Derecho Anglosajón.

4.2 NEGOCIO FIDUCIARIO

Una vez que hemos visto algunos antecedentes históricos en los dos principales sistemas jurídicos, debemos volver concepto de negocio fiduciario, sustento de todas las modalidades u origen de las mismas. Nos referimos al negocio cuyo cumplimiento depende tan solo de la obligación personal del fudiciario, que corresponde a la fiducia romana, vista más atrás, y que algunos autores denominan puro, por oposición a que aquellos en los cuales existe una regulación legal que permite a las partes a ejercitar acciones concretas para tutelar sus derechos. En otras palabras, los negocios fiduciarios puros, surgidos de la autonomía de la voluntad privada y basados en la exclusiva confianza entre partes, dejan de serlo y pasan a calificarse como impuros, en cuanto la regulación legislativa los reconozca y confiera derechos defensas en torno a su celebración. Proceso que parece ser una constante dentro de la evolución, explicable cuando la especial posición del fiduciario conduzca a la comisión de abusos respecto al fiduciante, al beneficiario o a terceros. Así las cosas, tenemos que los autores polarizan sus simpatías en las definiciones dadas por Regelsberger y Grassetti, respectivamente. El primero sostiene que es negocio fiduciario aq2seriamente querido, cuya característica consiste en la

incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo". De tal manera que el expediente jurídico utilizado permitiría alcanzar mayores resultados que los realmente obtenidos, o dicho en otra forma, la finalidad perseguida podría alcanzarse sin recurrir al medio empleado por las partes. El segundo por su lado afirma que "por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial.

De la transcripción de ambas definiciones surgen como elementos propios de cada una de ellas la incongruencia entre medio y fin, de una parte, y la confianza, de la otra, frente a la posibilidad de abuso por parte del fiduciario. De la aceptación de ambas tesis surge una explicación razonable del negocio fiduciario, en el cual aparece como caracterítica, en primer plano, la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste un grado superior al normal, precisamente por que el fiduciario tiene la posibilidad de abusar de su posición como si no existiera la carga

obligatoria que es inoponible por o frente a terceros. Pero es obvio que la eventualidad del abuso sólo existe porque las facultades jurídicas que el fiduciario tiene exceden en sus posibilidades a la finalidad económica buscada al celebrar el negocio, y desde este punto de vista, es admisible la desproporción entre aquellas y ésta como característica del mismo.

De lo expuesto tenemos que en el negocio fiduciario se presenta como elementos estructurales una transmisión plena de derechos (elemento real) y unas obligaciones a cargo del fiduciario (elemento personal).

El elemento reañ radica en la transmisión plena de derechos, ya reales, como la propiedad, o o personales, como la titularidad de un crédito, por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con las que surgen del pacto obligatorio a que nos referiremos más adelante.

Sobre el particular no parece existir posición unánime por parte de la doctrina y hay quienes sostienen que la transmisión está limitada desde un comienzo por el cumplimiento de la finalidad propuesta por el fiduciante y que, por consi-

guiente, no modifica la esencia del derecho de propiedad, constituyendo apenas una modalidad del mismo. No admiten, en este orden de ideas, el concepto de la llamada "propiedad fiduciaria". Otros piensan, de su parte, que existe una transmisión plena y que la propiedad adquirida es absoluta, pudiéndose además denominar "fiduciaria".

E lo que toca con el primer problema nos inclinamos por aceptar que el derecho real adquirido por el fiduciario no tiene limitación alguna y que las que podrían predicarse de su ejercicio, resultan del pacto obligatorio cuyos efectos se producen apenas "interpartes" y que al ser incumplido solo genera para el fudiciante acciones personales en contra de aquél, sin que pueda incoar acciones dominicales. En otra forma, siendo obvio que el derecho de dominio solo puede ser objeto de limitaciones reales con efectos frente a terceros, las personales que en su ejercicio soporta el titular no afectan el derecho ni son oponibles a personas ajenas al contrato del cual se deriva. Por lo que dice con el reconocimiento de una "propiedad fiduciaria" nosotros consideramos que ella debería restringirse a los negocios de tal naturaleza llamados impuros, por cuanto solo a través de sus reconocimiento legislativo y de la reglamentación de los derechos y deberes de las partes, pueden aparecer las características que justifiquen la distinción y que permitan reconocer una nueva modalidad de derecho real.

Este elemento consiste en el acuerdo mediante el cual el fiduciario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fudiciante. Generalemente son varias las obligaciones a cargo del fiduciario y dicen tanto con sus facultades como con el destino de los bienes y la forma de restituírlo cuando a ello haya lugar.

Se han dado diversas explicaciones sobre el particular, cuyos extremos son: Se trata de dos negocios autónomos subordinado el obligatorio al real, por una parte, y se trata de un solo negocio, por la otra.

La primera sostiene que pudiéndose distinguir como partes constitutivas y autónomas, la relación real y la personal, existe una contraposición entre ambas predominando el negocio real positivo que es tan solo limitado por el obligatorio negativo. Elnegocio obligatorio aparece, entonces, subordinado por el real.

No compartimos plenamente su explicación pués estimamos que dada la mecánica de la influencia prevista por el fiducia te es precisamente el real el que se encuentra limitado en sus posibilidades por los términos constiruyentes del obligatorio, de tal manera que sería aquél subordinado a éste

y no al contrario. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de abuso por parte del fiduciario que asume como riesgo el fiduciante por no producir la relación obligatoria sino efectos personales. Pero nótese que en cuanto se pueda hablar de abuso en el ejercicio de un derecho real, respecto a una facultad que naturalmente correspondería al propietario, se está admitiendo que dicho ejercicio se encontraba limitado funcionalemente subordinado a los términos de la obligación adquirida con el fiduciante, así pueda ser incumplida.

La segunda defiende la existencia de un solo negocio formando sustancialmente una unidad, en que si bien hay un lado real y otro obligatorio, sus efectos se incluyen recíprocamente. Es decir, no solo hay una influencia unilateral de lo obligatorio en el real, al limitar sus efectos, sino que este actúa sobre aquel al imponerse como tal frente a terceros. Nosotros creemos que esta tesis solo es válida entratandose de legislaciones en las cuales esté consagrado el negocio como tal, con características y efectos propios perfectamente definidos.

Los casos que nos atañen los sintetizaremos de la siguiente manera:

- Sección fiduciaria significa la sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalemente encomendados.

- Se les atribuye a las secciones fiduciarias de manera privativa y previa autorización de la superintendencia la facultad de realizar los encargos de confianza, dentro de la idea de una banca universal - Que muchos años después vino a llamarse de servicios múltiples.

- Con secciones especializadas. La universalidad de esa concepción hay que juzgarla, por supuesto, ubicandonos en 1923.

- Los artículos 105 y 107 contienen la descripción en forma anunciativa simplememte de las operaciones que puedan realizar las secciones fiduciarias de los bancos, y si bien todos los comentaristas se sienten obligados a criticar el lenguaje. Las repeticiones y las sinonimías de lo allí previsto, creemos que tales insistencias y reiteraciones estaban alentadas por un ánimo pedagógico como era enseñarle a los bancos y a los usuarios la variedad de negocios y gestiones que podrían ejecutar tales secciones fiduciarias.

- Todas las hipótesis de los negocios fiduciarios previstas en esta ley son reducibles a especies de mandato, de tal manera que la expresión encargos fiduciarios del artículo 7º, puedan ser tomadas como sinónimas de mandatos.

- El artículo 105 habría pretendido ser una descripción genérica de las facultades atribuibles a una sección fiduciaria (fiduciario, albacea, administador, notario, curador mandatario, depositario), mientras que el artículo 107 que pretendía indicar una serie de facultades adicionales a las del artículo 105 habría desarrollado, en tipos especiales o particulares, lo previsto en forma genérica en el artículo 105.

4.2.1. Elementos Esenciales del Negocio Fiduciario.

Hoy por hoy, con excepción de uno o dos bancos que les han dado una importancia evidente a sus secciones fiduciarias, dichas secciones han quedado reducidas a efectuar las siguientes operaciones.

a. Custodia de documentos: Esta puede ser la función de más trámite. Consiste en la simple guarda de documentos en sobre lacrados, cuyo reclamo se efectúa con un título de simple legitimación, no negociable, propio de estas secciones, llamado "certificado de depósito en custodia". Las funcioes de

custodia también comprende documentos que constituyen garantías para el banco complementadas muchas veces con el recaudo de los accesorios del capital o de sus abonos parciales y su inmediato traslado a la sección comercial para amortizar la obligación principal.

b. Mandatos de inversión: Es el manejo de dinero, bien sea recibido directamente o como resultado de otra gestión para destinarlo a los fines determinados por el cliente.

c. Cobranzas: Esta gestión las realizan las secciones fiduciarias para apoyar a las secciones comerciales en el manejo de algunos "fuente de pago" que los clientes convienen dewstinar a la atención de sus obligaciones con la sección comercial. No se trata por supuesto, del cobro del créditos propios del banco, tarea exclusiva de los departamentos jurídicos de las secciones comerciales.

d.Cajillas de seguridad. El contrato denominado "cajillas de seguridad para la guardia de bienes, está reglamentado en el C. de Co. en los artículos 1416 a 1425. Buena parte de los bancos que prestan este servicio lo manejan por intermedio de las secciones fiduciarias.

e. Recaudos Tributarios: Mediante convenios con la administra-

ción de impuestos, los bancos comerciales bienen afectuando el recaudo de obligaciones tributarias, cuyo producto total deben abonar en las cuentas oficiales de la respectiva administración impositiva. En este momento se observa una interesante actividad de los bancos para captar esos pagos de las empresas ya que, esto le permite, como única contraprestación la utilización de esos dineros por periodos entre 5 y 21 días.

Al observar las operaciones de las secciones fiduciarias se le ocurre a uno como una conclusión preliminar, que sus tareas tienen en buena parte, el lastre de ser únicamente un apoyo de la sección comercial o de hacer operaciones reciduales de esa sección.

4.2.3. Distinción entre Negocio Fiduciario y la Propiedad Fiduciaria.

La fiducia se puede clasificar en: de individuos o de corporaciones; de clientes domésticos o internacionales; fiducia de vivos o testamentaria. En este marco teórico nos podemos quedar un poco, pero entonces analizar lo que es un organigrama de una sección fiduciaria, que es bastante sencillo, lo importante de este esquema en el aislamiento de la actividad comercial del banco o sea tiene una organización para-

lela y perfectamente distinta, no hay ningún oficial en común, por ejemplo, los oficiales, que hacen mercado en la banca comercial no pueden hablar de la actividad fiduciaria sino de está en presencia de un oficial de la rama fiduciaria, esto le da muchísima fuerza a la organización puesto que funciona como un banco pero diseñado por la prestación de estos servicios.

De la junta directiva del banco depende un comité de fiduciaria que define la planeación estratégica y las políticas y tiene la obligación de reunirse cada mes. Dependiendo directamente del presidente del banco, está el vicepresidente o gerente según sea el rango del área fiduciaria.

Los analistas de los nuevos negocios están a nivel staff. En áreas distintas está perfectamente delimitada la fiducia de individuos o personal, de las corporaciones. En línea viene la parte del soporte operativa que le da internamente a la organización todo el soporte de la prestación de los servicios.

Es importante resaltar que la responsabilidad de la junta directiva y del comité de fiducia de las divisiones fiduciarias es perfectamente distinta a la responsabilidad de los comités de las divisiones comerciales en el sentido de que directamente los reguladores y los auditores les exigen la

información periódica, o sea deben mandar copias de las actas de las reuniones, directamente a ellos. En la actividad comercial, quien controla tiene a su disposición de las distintas actas.

Creo que se debe mencionar dentro de este orden de ideas el sistema de información básica para el cliente. Existe la obligación legal de entregar al cliente por cada operación efectuada la información completa haciéndose además un envío periódico mediante un extracto sobre el estado en el cual están los depósitos e inversiones. Adicionalmente cada mes se debe hacer una reunión con el cliente para obtener una evaluación del manejo de sus negocios.

Con respecto a los servicios fiduciarios, yo creo que básicamente la división está compuesta como dije antes por personas naturales y jurídicas, y dentro de esta está la división de los negocios domésticos e internacionales. Cabe destacar, que el banco primero que todo debe establecer exactamente a cual segmento quiere llegar dentro de un mercado supremamente amplio como es el de los Estados Unidos y como puede ser el nuestro en proceso de formar un envió periódico mediante un extracto sobre el estado en el cual están los depósitos e inversiones. Adicionalmente cada mes se debe hacer una reunión con el cliente para ontener una evaluación del

Un banco solamente le presta servicios al sector financiero, pudiendo definir si servicios domésticos o internacionales para el manejo por ejemplo de un encargo fiduciario para bienes del mismo banco y de sus acciones. Hay otras secciones fiduciarias que solamente manejan familias con número mayor de tres hijos o hay secciones fiduciarias que solamente manejan profesionales, médicos, abogados o arquitectos, es decir, el grado de especialización ha llegado a extremos que es a veces dificil de entender.

En cuanto nuestro sistema estamos acostumbrados primero a definir el producto y después salir a ofrecerlo, mientras que en la actividad fiduciatia americana de lo que se trata es de identificar el segmento del mercado al cual se quiere llegar evaluando su potencial y luego de diseñar los productos que se van a ofrecer.

Como se observa el banquero fiduciario es perfectamente distinto al banquero comercial. El banquero comercial cuando sale a promover un servicio, por ejemplo un préstamo, sabe que éste se puede hacer mediante una línea de crédito una carta de crédito o un avance y que las tasas de interés para ese cliente según resultado del analisis de sus balances debe ser de PRIME más a un margen es decir va a vender un producto que se define previamente y se acuerda con el clien-

te, en cambio, el banquero fiduciario no sabe que va a vender, es un banquero que simplemente se expone al cliente, a tratar de ver que es lo que el cliente necesita.

Tomemos el ejemplo de trust testamentario, el concepto de vida o muerte en la mentalidad anglosajona es algo fundamental lo cual permite la formación de un trust que perdure después de la muerte del ordenante y aún de los benficiarios, y por lo tanto su mercadeo. En nuestro medio hablarle a un cliente del negocio fiduciario considerando que se puede morir, y pedirles que registre la firma de una tercera persona, implica pedir excusa, partir de aquí es muy dificil realizar algo, cuando el banquero , tiene que pedir excusas al cliente por hablarle del elemnto básico, que va a dar la copntinuidad y la vigencia del servicio fiduciario.

Observemos ahora las secciones fiduciarias dentro del contexto general del banco asumiendo que tenemos unos expertos oficiales de mercadeo y administración de cuentas y que hemos identificado una serie de servicios. Para el funcionamiento de éstas secciones no se requiere el uso de los fondos propios del banco. Podrá decirse pues, que la rentabilidad en la prestación de servicios fudiciarios es muy alta, como dicen los economistas es infinita.

Lo único que a los banqueros les preocupa es que los ingresos de las fiducias, realmente cubran la totalidad de los gastos, costos honorarios y comisiones etc. En los cuales se incurre y aveces no le interesa que se tengan rendimiento porque es una actividad eminentemente marginal y es una actividad que conduce además a traeer fondos y negocios para la banca comercial.

Las evaluaciones de las acciones fiduciarias no se dan generalmente por el resultado en el estado de pérdidas y ganancias, las evaluaciones se realizan por medio de un sistema de información general donde se establece que está apropiado la sección para el banco en conjunto.

4.3. FEDUCIA MERCANTIL

Nos corresponde ahora estudiar el objeto propio del capítulo, o sea aquella forma de negocio fiduciario impuro que pretende traducir el trust dentro de esquemas inspirado en el Derecho Continental europeo. Y limitándonos a éste caso a la transmisión de la propiedad para un finalidad específica, lo que supone dejar de lado todos aquellos encargos de confianza que hemos mencionado.

Según nuestro código de Comercio, "la Fiducia Mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes espe[illegible]ados a otra llamada fiduciario, quien

se obliga a administrarlos o enajenarlo para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Si analizamos un poco en forma reiterada ha intervenido la Superintendencia Bancaria dentro del propósito general de velar porque los estados financieros de las entidades reflejen una historia clara, completa y fidedigna de sus negocios, con el objeto de suministrar una información adecuada para la toma de decisión de los ahoradores, de los administradores y accionistas manteniendo siempre un nivelaceptable de solvencia, como es de todos conocido, si el negocio fiduciario se manejara conforme a las disposiciones legales, los requerimientos de capital para el manejo de sus operaciones serían mínimas. Sin embargo, vemos el manejo de los fidecomisos de inversión, hubo necesidad de que, en varios casos, la Superintendencia Bancaria, compartiera órdenes de capitalización como si se tratara de intermediarios financieros comunes y corrientes, ello en orden de garantizar un mínimo de solvencia que respaldara las obligaciones adquiridas con terceros, por cuanto que, de todas maneras, el haber entregado los fiduciantes sus recursos, partían del principio de seguridad en su manejo por parte de las fiduciarias pues, al fin y al cabo, es el principio elemental y fundamental de la fiducia.

A pesar de haber sido pocos los casos en esa situación, no por ello deja de ser representativo el hecho de haber exigido capitalizaciones de magnitudes significativas que han llevado a reflejar en los balances quebrantos patrimoniales que en circunstancias normales no hubieran ocurrido.

Esta breve exposición que se ha hecho tiene como propósito el de expresar una preocupación a las sociedades fiduciarias y a las mismas secciones fiduciarias de los establecimientos bancarios sobre la necesidad de buscar nuevos negocioas que, como se ha mencionado y se conoce por parte de los estudiosos del tema, aún quedan por explotar, teniendo en cuenta los inumerables ramos de la actividad económica, en lo que la fiducia puede hacer grandes contribuciones.

Como hemos visto, la tendencia parece ser la de transferir los bienes en propiedad al fiduciario con cargo para este último de devolvérselos al fidecomiso o transferirlos en un tercero después de cierto tiempo. Esto es, porque si pareciera llenar los requisitos conceptuales de los negocios de credito no aparece como antecedente de una operación pasiva mediante el cual el banco obtiene recursos.

4.4. EXTINCION DE LA FEDUCIA

Esta consiste en la garantía obtenida por un acreador en un contrato de vitud del cual este es el adquiriente aparente de un bien que le es transmitido por su deudor, pero que será restituído a este último cuando se extinga la deuda.

La fiducia, en su calidad de propietario fiduciario de los bienes indicados, los conservará y venderá (o los conservará, administrará y venderá) en las mejores condiciones comerciales, con absoluta libertad de los productos de su gestión la destinará a pagarle a (identificación completa del acreador del fidecomitente).

La fiducia establece que se encuentra extinguido por cualquiera de las causales que indica la ley y que especialmente enumera el artículo 1625 del Código Civil y artículo 1240 del Código de Comercio. En este caso, la fiduciaria debe transferir los bienes del fiduciante, si no hubiere vendido todavía, o entregarle el producto de la venta, previa la cancelación o deducción de lo que resulte deberle al fideicomitente a la fiduciaria por la ejecución de este contratro.

Analizando los honorarios de la fiduciaria tenemos: El fideicomitente pagará la fiduciaria como retribución por sus gestiones las siguientes sumas:

1º Un % por ciento por concepto de guarda y conservación del bien transferido, por cada mes, hasta la venta o devolución efectiva del bien.

2º Cuando la fiducia incluya la administración, pagará en forma adicional el %) de los productos civiles o naturales de los bienes.

3º Cuando las gestiones de la fiduciaria incluyan la venta del bien sobre el producto de la venta, la fiduciaria tendrá derecho a descontar el porcentaje que resulte corriente en la plaza de operaciones de corretaje de tales bienes.

CONCLUSIONES

Después de haber elaborado la presente investigación puedo concluir; que la fiducia en Colombia ha creado, no sólo en el número de instituciones participantes, porque, además de los bancos y las corporaciones con sus secciones han nacido muchas sociedades fiduciarias en los tiempos recientes, sino por la calidad y diversidad de los negocios.

Se ha procurado indagar directamente, en varias sociedades fiduciarias, las dificualtades reales de sus negocios vinculados con aspectos estrictamente jurídicos y esa encuesta de la base de lo que se conceptualiza y generaliza.

También podriamos decir que buena parte de los problemas se han solucionado, así no haya habido respuestas específicas y deliberadas a muchos de ellos. Y porque quizás la mayor respuesta es la dinámica misma.

Otro aspecto que me parece que es interesante para ambos manifestaciones del derecho es que uno tiene la sensación de que las normas se dictaron olvidándose de que la fidu-

cia es un medio y no un fin. Es decir, el negocio fiduciario es un mecanismo para realizar unos fines y es posible, distinguir entre el negocio formal de la fiducia y el negocio formal de la fiducxia y el negocio subyacente.

Ese desconocimiento, esa simbiosis involuntaria que se hizo entre el medio utilizado y el fin buscado, requiere aclararse y podría ayudarnos a resolver muchos de los interrogantes en derecho.

Sin embargo, su flexibilidad y su amplia gama de aplicacación en los negocios mercantiles, se hace necesario que los organismos del Estado se preocupen sin demora por estudiarlos y darle un marco legal mezquino y menos alcabalero que le permita desarrollar su verdadero potencial.

Por último si fiducia significa confianza, podría una especie de motivación permanente para decir que confianza ante todo, es creer en nosotros mismos, en nuestra capacidad creativa, en nuestra imaginación.

BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Temis, 1978.

cervantes ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito Editorial Herrero, 1979.

FELABAN. Cuadernos 10 y 11. Fideicomiso. Editorial Kelly, 1981.

LIPARI NICOLA- II. Negocio Fiduciario. Dott. A. Giuffré. Editore, Milano, 1971.

NAVARRO MARTONEL. Mariano. La propiedad fiduciaria. Edición Bosch, Barcelona 1980. p. 603-613.

RENGIFO, Ramiro. La Fiducia. Legislación Nacional y Derecho Comparado. Colección Pequeño Foro. Bogotá, 1984.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. El Negocio Fiduciario en la Legislación Bancaria. Edición 4ª 1968. p. 39-88.

Superintendencia Bancaria. Doctrina y Conceptos. Tomos, I a VI.

Superintendencia de Sociedad. Conceptos 1982-1985. Tomo VII. Bogotá.