

MODULO III

PORTAFOLIO DE CREDITO

1. Normas internacionales de Basilea³⁷

1.1. Acuerdo sobre capitales

Dentro del proceso de “globalización” y en punto a las actividades de los supervisores y entidades de control, es preciso destacar la labor llevada a cabo por el “Comité de Basilea”, que debe su nombre a la ciudad sede de su Secretaría General. Fundado en 1975 por el denominado “Grupo de los Diez”, trabaja en la actualidad en contacto, prácticamente, con todos los supervisores bancarios del mundo y sus recomendaciones constituyen no solo fuente obligada de consulta para el estudio del tema sino que se han traducido en la adopción de legislaciones internas que las recogen. Por esta vía la tendencia a la internacionalización reconocida desde siempre en el Derecho Bancario, se refleja de una manera concreta en materias de enorme importancia para la regulación.³⁸

La labor del Comité en estos veinticinco años ha sido prolija y se ha centrado fundamentalmente en dos campos: por una parte investigando la forma de hacer mas eficiente la supervisión y el control sobre bancos internacionales que operan, naturalmente, en muchos países y por otra formulando toda una serie de recomendaciones en materia de “regulación prudencial”, que tanto dicen con el capital adecuado, la calificación de activos, los cupos de crédito y la dispersión del riesgo, como sobre operaciones con grupos, participación en distintos países, responsabilidad de los directores, mecanismos de control interno y delegación y, desde luego, conocimiento de los clientes y aplicación de principios éticos en el manejo de los negocios.

No hay duda alguna sobre los avances que se han conseguido en la uniformidad regulatoria y en la reflexión colectiva sobre la necesidad de conservar y recuperar esquemas ortodoxos de manejo bancario. Sin embargo y sin desconocerla, hay que anotar que su labor

37. Para este apartado consultar además:

Legislación:

• Segundo Acuerdo de Capital de Basilea.

Doctrina:

• RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Basilea II: La Banca Latinoamericana y la FSA. Conferencia dictada en el XXIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. San Salvador. Mayo de 2004.

38. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. “El Comité de Basilea y la banca en los países en desarrollo”. Boletín Jurídico Financiero. No. 926. Asobancaria. Bogotá. 1.997

no está exenta de críticas. En nuestro sentir su enfoque ha reforzado más allá de todo límite una tendencia hacia el exceso de regulación, el establecimiento de cortapisas y la imposición de cargas muy grandes de información, con enormes costos para la operación y con un efecto perverso en virtud del cual hemos dicho que estamos transformando banqueros empresarios en administradores de regulaciones. Pero con un agravante, pensar que se hacen sistemas más seguros con el simple expediente de recargarlos de normas. Nada más lejano de la realidad y nada más dolorosamente desvirtuado por la realidad de las crisis financieras del sudeste asiático de finales del siglo pasado ³⁹.

En suma, es claro que es necesario contar con buenas normas y eficaces sistemas de supervisión, pero ello puede resultar totalmente insuficiente cuando fallan los hombres o se aplican fórmulas recalentadas de curación sin tener en cuenta nuevas realidades que no las soportan y para las cuales pueden resultar contraproducentes.

Adicionalmente no parece adecuada la forma como se ha recomendado la ponderación de los riesgos, donde con un claro sesgo de Banqueros centrales se ha privilegiado la inversión en papeles del Estado o de sus entidades, al asignárseles un riesgo cero frente a las operaciones de crédito, con lo cual se envía un mensaje inconveniente y subliminal al banquero para quien resultaría mas seguro y confortable dejar de intermediar. Pero ello naturalmente iría en contravía de la dinámica función que los bancos están llamados a jugar en una economía. Otro aspecto censurable dice con la forma como se maximiza la importancia del capital, con lo cual se coloca en graves aprietos a los bancos de tamaño intermedio, que lo son aun los mas grandes de la región. Y desde luego se pierde capacidad de regulación local incurriendo en el error de aplicar normas que fueron diseñadas para bancos internacionales a bancos locales o regionales, sin distinguir sus características ni reconocer el entorno y la cultura financiera dentro de la cual han surgido. Pero quizás lo más delicado sea permitir una tal ingerencia de los supervisores en la actividad que, de alguna manera, terminen coadministrando el negocio. ⁴⁰

39. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Algunas reflexiones sobre las crisis financieras" Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. No. 24. Bogotá. 2.000. Entre las causas internas comunes en muchos de los ejemplos estudiados, señalábamos a) desórdenes en las finanzas públicas y déficits fiscales; b) variaciones excesivas en las tasas de interés; c) caída en el producto interno bruto o desaceleración del mismo; d) manejo de la tasa de cambio; e) elevación de la tasa de desempleo; f) sistemas financieros débiles o mal regulados; g) sistemas mal supervisados; h) conducta de los administradores e i) imprudencia y entre las causas externas a) el efecto dominó; b) la ineficiencia de los organismos multilaterales; c) el flujo inestable de los capitales internacionales; d) el incremento súbito del endeudamiento y e) la dificultad de control y supervisión de conglomerados financieros.

40. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Reflexiones críticas sobre algunos principios fundamentales de Basilea" Boletín Jurídico Financiero. Asobancaria. No. 1.002. Bogotá. 1.999. A propósito el

Recientemente se aprobó el texto de lo que se conoce en el mercado como Basilea II que resulta de un proceso de discusión y consultas donde ha primado, como era de esperar, la posición de los supervisores y de los bancos de los países de mayor tamaño. En general podría decirse – y ello es positivo – que la filosofía que lo inspira busca una mayor eficiencia en la gestión de riesgos, que se registran algunos modestos avances conceptuales y que subsisten críticas vinculadas con los efectos negativos que su implementación tendría para los bancos de la región.

El acuerdo se funda en tres pilares: (i) Requerimientos mínimos de capital, (ii) Examen por el supervisor de la suficiencia de dicho capital y (iii) Disciplina de mercado y divulgación pública.

El sistema inicial se montó sobre la base de una fórmula en cuyo numerador se encontraba el capital del banco y en cuyo denominador el monto de los activos ponderados por riesgo, cuyo resultado no podía ser inferior al 8 %. Ella se mantiene pero con cambios en el denominador pues para ponderar los activos se han incluido, a más del riesgo crediticio y de mercado, el de contraparte, en forma más explícita y el operacional que es totalmente nuevo.

Al consagrar los métodos de medición se ha introducido la posibilidad de que los bancos se separen del denominado estándar, para utilizar sus propios métodos internos que buscarán, sin duda, definir requerimientos particulares en función de su propia capacidad de manejar el riesgo.

señor Quinn BRYAN, del Bank of England, decía en 1.991 , haciendo una especie de balance sobre Basilea. : "Encuentro estas proposiciones totalmente inconvenientes en dos puntos. Primero, me parece bastante equivocado que requerimientos prudenciales deban ser, de alguna forma, empleados para manipular el ciclo económico. Pero aun si uno acepta que el propósito de este manejo delicado no fuese el de hacer un manejo macroeconómico sino el de armonizar relaciones de capital con las variaciones y las calidades de los activos, pienso que este argumento es errado. Los bancos se mantienen negociando en particular en la toma de riesgos y en la valoración de riesgos. Así pues, aun si los supervisores fuesen capaces de realizar este manejo delicado – y no encuentro razón alguna para pensar que podrían hacerlo -, no es su negocio ni su responsabilidad el hacerlo en un sistema económico manejado por el mercado.- Corresponde a los bancos por si mismos el hacer una valoración del riesgo y a los supervisores el establecer un marco predecible en el que los bancos puedan recibir o rechazar las demandas de los clientes. De otra forma – concluye – ¡ podríamos dejar así mismo a un lado la excusa y la parafernalia de las relaciones y simplemente decirles a los bancos cuánto y a quien deben prestar! "

(ii) Examen por el Supervisor

La intervención protagónica de este actor en escena, supondrá altos niveles de preparación profesional y de recursos técnicos y humanos, de manera que pueda estar en condiciones de evaluar la suficiencia de capital pero, sobre todo y esto es lo más importante, de validar los modelos de medición propia que se aceptan para algunos de los riesgos y que implicarán formulas y procedimientos sofisticados para su establecimiento.

La exigencia de esa capacidad excepcional va a demandar esfuerzos presupuestales de importancia, cuando la vigilancia se atiende con recursos de esa naturaleza o va a incrementar los aportes de las entidades vigiladas, cuando ellos soportan el funcionamiento del supervisor, como ocurre en Colombia.

(iii) Disciplina de mercado

Supone una divulgación permanente y adecuada de las variables principales sobre el comportamiento del banco que, de alguna manera, serán de especial interés para el supervisor de la matriz u otorgante de la primera licencia, quien los consolidará.

El mantenimiento permanente del volumen de información que la norma sugiere, demandará el diseño de sistemas sumamente robustos y de medios de comunicación eficaces que, más allá de la utilización de medios tradicionales como la prensa hablada o escrita o los programas especiales de televisión, fortalecerá la utilización de las redes privadas construidas entre los bancos y sus clientes más importantes y, sin duda alguna, el empleo del Internet, como red abierta de la más amplia capacidad y eficacia.

b) Avances

Se registran algunos modestos progresos conceptuales, frente a las críticas que habíamos hecho desde un comienzo a Basilea, como aceptar la diversidad con simplísimas referencias y aparentando salvarlas, haciendo la adopción de las recomendaciones plenamente voluntaria. Además, oyendo supuestamente la opinión de los banqueros, a través de sus asociaciones, sin mucho eco para las recomendaciones de Latinoamérica. Reiterando la necesidad de mantener una revisión consolidada y admitiendo que los activos de mala calidad pueden consumir más capital, esto es, 150 % de su valor, con lo cual evidentemente se desestimula su mantenimiento en el balance.

Este último avance es relativo, pues parte de la necesidad de que las empresas sean calificadas por sociedades calificadoras de riesgo,

escasas y costosas en la región, donde no existe una cultura de utilizarlas, más allá de hacerlo para la calificación de emisiones de papeles en el mercado de capitales. Pero con el agravante de que, si una empresa sospecha que será mal calificada, entonces omitirá hacerlo y se subsumirá en la regla general de que el crédito que le otorguen compute por el ciento por ciento de su valor.

c) Críticas

Podríamos señalar algunas así:

- (i) Castigará a los bancos que no sean capaces de desarrollar sus propios modelos de medición de riesgos. Como lo lograrán los de mayor avance y sofisticación ello constituirá un factor desventajoso para nuestros bancos, de suyo de pequeño tamaño.
- (ii) Desestimulará el crédito a mediano y largo plazo para los países de América latina pues los bancos prestamistas deberán “consumir” mayor capital, tanto por esa circunstancia como por la calificación normalmente baja de los países de la región.

Obligará a hacer aumentos de capital a bancos que no tienen accionistas suficientemente fuertes para aportarlo, con enorme riesgo, en todo caso, de que los recursos que se pongan no provengan del mercado de capitales, lo que indicaría, al menos, una muestra de confianza en la entidad, sino de sus propios accionistas que podrán acudir, en lo posible y en primer término, a ajustes contables como valoraciones de activos, o a ventas de cartera o titularizaciones para mejorar su estructura.

- (ii) La insistencia obsesiva en resolver todos los problemas y obtener todas las coberturas a través de bancos grandes, concentrará como nunca el mercado de los intermediarios financieros, afectará la competencia pero, sobre todo y en nuestro sentir, podrá crear peligrosos espejismos. En efecto, es cierto que un mayor capital ayuda mucho a respaldar y sostener importantes operaciones internacionales y cubre riesgos de pérdida compatibles con su tamaño pero la experiencia ha mostrado cuantas veces los amplios márgenes de operación implícitos, pueden conducir a ocultar enormes ineficiencias.

2. El mutuo y el crédito de firma 41 42

2.1. Mutuo.

El mutuo es un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver posteriormente bienes de la misma especie y calidad. En la teoría clásica francesa, que lo conoce con el nombre de préstamo de consumo para diferenciarlo del comodato, se trata de un contrato en el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con la obligación para esta última de restituir igual cantidad identificada por su género y calidad. Su objeto está constituido por bienes muebles que, consumibles o no por su uso, pueden en todo caso aprovecharse en forma íntegra por quien los recibe (mutuario), pues se trata de cosas fungibles, sustituibles unas por otras. En tratándose del contrato bancario, su objeto casi invariable es el dinero, pues, si también cabe celebrar el contrato en relación con títulos de crédito, en la práctica esta posibilidad es remota y secundaria frente a aquellas cuyo objeto es una suma de dinero.

a) Obligaciones del mutuario

En primer lugar pagar los intereses, es decir, la remuneración que se deriva del tiempo de la transferencia en los negocios de crédito. En no pocas legislaciones y en el derecho comparado resulta pacíficamente aceptado que la fijación de la tasa es facultad del Estado, por lo que frecuentemente se trata de una materia regulada por el legislador.

Las limitaciones a la tasa pueden resultar de que su señalamiento máximo corresponda a la autoridad monetaria, de ordinario, el banco central. Así mismo, de la utilización por los bancos comerciales de recursos de fomento que les permitan redescantar, en todo o en parte, las operaciones crediticias que realicen, caso en el cual el banco redescantante, al dictar los reglamentos para la utilización de los fondos,

41. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1163-1169.

· Código Civil: Artículos 2221- 2235.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 477-520.

42. La extensión de este y los contratos que siguen, hace absolutamente necesario consultar el libro "Contratos Bancarios", del autor de este documento, que hace parte del material de consulta escogido, desde un principio, para el programa, como complemento a las transcripciones que se hacen a continuación, tomadas del libro, y que solo pretenden contar con la noción de cada uno de ellos y una breve referencia a su contenido. En el caso del Mutuo, ver Capítulo X, ps. 477 y ss.

señalará la tasa máxima de los que considerará redescontables. Tal sería el caso de países en los cuales se establezcan fondos especiales para el estímulo de créditos a ciertos sectores agropecuarios, o a las exportaciones o a la promoción de vivienda, para citar algunos ejemplos.

Otra clásica limitación dice con la prohibición de cobrar intereses sobre intereses o de capitalizarlos, operación conocida como *anatocismo*.⁴³

El mutuuario está obligado a devolver la suma recibida en la forma y plazo previsto en el contrato, de conformidad con el viejo aforismo según el cual el acreedor tiene derecho a que la obligación a su favor se satisfaga en la forma y términos originalmente pactados. Cuando la deuda se ha pactado por instalamentos, resulta útil para el acreedor pactar una cláusula aceleratoria en virtud de la cual pueda exigir el pago de la totalidad de la deuda, en caso de que el deudor incumpla el pago de una o más cuotas por capital o intereses.

Aunque la tendencia contemporánea recomienda otorgar el crédito por la capacidad de pago del deudor o la del proyecto que pretende desarrollarse, esto es, teniendo en cuenta su capacidad de generar los flujos de fondos requeridos para atender el servicio de la deuda, el tema de las garantías ha sido clásico en el contrato de mutuo. Entre las garantías reales más utilizadas se encuentran la prenda y la hipoteca; entre las personales la fianza y el aval y entre las mas modernas las llamadas cartas de crédito *Stand by*, que hacen parte de las que hoy se conocen como prendas a primer requerimiento y la fiducia de garantía, de importante desarrollo en América Latina.

2.2. Crédito de firma⁴⁴

El crédito de firma cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a éstos obtenerlo de manos de terceros. A lo que se agrega que el desenvolvimiento natural de la operación conduce a que el banco efectúe ulteriormente y como consecuencia del crédito de firma concedido, un desembolso a favor de tercero que lo convierte en acreedor de su cliente. Podemos distinguir dos etapas en el proceso lógico de los llamados créditos de

43. Colombia. "Se prohíbe estipular intereses de intereses" (Artículo 2235 del Código Civil).

44. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1400-1407.

· Circular Básica Jurídica: Título II, capítulo primero, numeral 6.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág 513 y ss.

firma: una en la cual el banco se obliga de diversas maneras a responder por su cliente o por las obligaciones contraídas por éste, vinculación del banco que le permite al interesado obtener crédito; y una segunda en donde el eventual incumplimiento por parte de su cliente y la carencia de provisión llevan al banco a hacer un desembolso efectivo de dinero.

El desembolso por parte del banco dependerá, entonces, de que su obligación contingente se convierta en una real exigibilidad a su cargo, como sucede en el caso de los avales o las garantías o que teniendo una obligación cierta a su cargo desde un comienzo, como en el caso de las aceptaciones, no exista provisión constituida por el cliente en el momento en que se hagan exigibles. Por consiguiente, y a contrario sensu, en el caso de los avales, si el cliente paga la obligación principal, la asumida por el banco a través del crédito de firma nunca habrá dejado de ser contingente, ni habrá afectado su pasivo. En el caso de las aceptaciones, si bien habrá un pasivo con la contrapartida de un crédito eventual a cargo del cliente, no producirá desembolso en tanto exista provisión constituida por éste último.

En general, podemos decir que los bancos comerciales están habilitados para realizar operaciones de esta naturaleza, aunque las mismas disposiciones limitan con frecuencia su monto en relación con el capital y la reserva de las instituciones y el plazo máximo por el cual pueden obligarse. Existen también limitaciones, desde el punto de vista cambiario, respecto a obligaciones en moneda extranjera y su crecimiento puede estar limitado, como en las establecidas en moneda nacional, como medida de control monetario.

Otro aspecto fundamental que destaca en qué medida el crédito de firma tiene todas las connotaciones predicables de una forma de financiación es que, normalmente, las cifras, a pesar de su contingencia, afectan y se computan para determinar el cupo máximo individual de crédito del cliente, bien porque así lo establezcan las disposiciones vigentes ya como criterio de elemental prudencia del banquero.

Entre las modalidades de crédito de firma mencionaremos los avales y garantías, las aceptaciones y las llamadas cartas órdenes de crédito, sin que la enumeración agote las posibilidades.

3. El contrato de apertura de crédito ⁴⁵

3.1. Noción

45. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de Comercio: Artículos 1400-1407.

· Circular Básica Jurídica: Título II, capítulo primero, numeral 6.

Doctrina:

· RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág521-543.

Entendemos por contrato de apertura de crédito el acuerdo según el cual el banco (acreditante) se compromete con su cliente (acreditado) a concederle crédito de dinero o de firma, directamente a él o a un tercero que le indique, dentro de ciertos límites cuantitativos y mediante el pago por el acreditado de una remuneración.

De la definición formulada podemos concluir que el objeto propio del contrato, 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 indefinida, si ésta es la modalidad adoptada en el acuerdo. Característica que permite diferenciarlo del mutuo y que tiene una enorme importancia en la práctica, pues tiende a satisfacer necesidades eventuales y futuras, no actuales.

En el mundo de los negocios es usual que un cliente del banco sepa que, en un futuro más o menos cercano, necesitará contar con cierta suma de dinero. En este supuesto no le conviene celebrar un contrato de mutuo, pues tendría que pagar intereses desde ese momento y mantener ociosa la suma recibida en tanto no se presenten las circunstancias futuras esperadas. Pero, de otra parte, no puede correr el riesgo de limitarse a esperar y solicitar el crédito en el momento en que efectivamente lo requiera, por cuanto puede suceder que entonces el banco afronte dificultades de tesorería o esté sometido a restricciones de orden monetario, caso en el cual una operación comercial importante puede verse frustrada para el cliente por no contar con los recursos necesarios en el momento preciso.

Para satisfacer la expectativa, que no la necesidad actual, el contrato de apertura de crédito brinda una solución perfecta pues, sin tener que soportar los costos financieros que resultarían de un desembolso inmediato, el cliente tiene la certeza de contar con el dinero en el instante en que las circunstancias así lo indiquen. Es esta la razón por la cual la doctrina ha hecho énfasis en forma constante sobre la característica de la disponibilidad como distintiva del contrato y razón de ser del mismo. Algunos autores han criticado este concepto por considerar que una vez perfeccionado el contrato la disponibilidad no es más que la facultad que tiene el cliente de hacer cumplir la obligación contraída por el banco y que, en ese sentido, en nada se distingue ni nada agrega a las consecuencias propias de cualquier obligación personal válidamente contraída. Sin embargo, si la observación jurídica es razonable, ello no le resta méritos a la evolución doctrinal que ha visto en la disponibilidad el elemento distintivo y peculiar del contrato por su finalidad económica, pues refleja en forma fiel el fenómeno según el cual lo que buscan las partes y, en concreto, el cliente, no es la entrega inmediata de una suma

de dinero, que sería satisfecha mediante la celebración de un contrato de mutuo, sino contar con una seguridad futura de poder disponer, en un cierto momento y por decisión unilateral suya, de los recursos requeridos. Es con este contenido técnico-económico que la disponibilidad debe entenderse para una más adecuada comprensión del contrato y de sus finalidades.

El contrato se conoce también, desde el punto de vista operativo, como el establecimiento de una línea de crédito, es decir, de un máximo hasta el cual, y dentro de las condiciones contractuales, puede disponer el cliente de la institución. En el punto siguiente veremos los elementos de la línea de crédito, como arquetipo representativo de la apertura de crédito.

3.2. Las tarjetas de crédito ⁴⁶

a) Su importancia

Uno de los instrumentos que en forma más dinámica ha desarrollado la moderna sociedad de consumo es la denominada tarjeta de crédito. Su extraordinaria difusión en muchos países ha permitido a los consumidores adquirir en forma ágil un sin número de bienes y servicios, con ventajas, entre las cuales no son las menos importantes la supresión de los riesgos de la tenencia física del dinero y el manejo engorroso de las chequeras en la medida, por lo menos, en que por razones de seguridad, la aceptación del cheque no ha sido tan universal como lo es en la actualidad la tarjeta. Entre otras cosas, por cuanto la recepción del cheque implica asumir un riesgo de crédito respecto al librador, mientras la venta de bienes o servicios contra la firma de un comprobante supone el respaldo directo de la entidad emisora de la tarjeta. Las tarjetas de crédito han sido asumidas por el sistema bancario o por los bancos de numerosos países, los cuales las emiten y respaldan y del análisis de su estructura jurídica puede colegirse, sin dificultad, que las relaciones entre el banco y el cliente corresponden, en lo fundamental, a la celebración de un contrato de apertura de crédito.

b) Descripción del contrato

Por virtud de la celebración del contrato el banco se compromete con su cliente a concederle crédito en forma rotatoria y hasta por un determinado monto o por cuantía indeterminada, mediante el pago a los terceros que presenten sus facturas firmadas. Claro está que existen

46. Ver "Contratos Bancarios" ps. 212 y ss. y 540 y ss.

algunas notas peculiares del contrato, que en nada desnaturalizan su estructura como apertura de crédito, pero que conviene destacar desde ahora. En primer término, los terceros a quienes el banco se compromete a pagar son determinados por el cliente cuando éste utilice sus servicios, pero dentro de un universo previamente establecido por el banco. En segundo lugar, la apertura de crédito que se concede, esto es, la disponibilidad a favor del cliente, solo puede ser utilizada mediante la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por ese universo de terceros y no por otros. Dada, sin embargo, la enorme extensión de la red de establecimientos afiliados, a los cuales es posible demandar bienes y servicios mediante la presentación de la tarjeta, puede decirse que, en la práctica, el cliente acreditado goza de una gran amplitud en la escogencia de sus co-contratantes.

Como es sabido la mecánica de utilización de las tarjetas de crédito bancarias, permite a sus tenedores dirigirse a cualquiera de los establecimientos afiliados al sistema, para adquirir en ellos bienes y servicios que serán cancelados al contado, mediante la firma de un comprobante de venta o utilización de servicios; comprobante que, a su turno, los establecimientos afiliados presentarán al banco emisor de la tarjeta para efecto de que éste les reembolse las sumas correspondientes. Las relaciones entre los establecimientos afiliados y el banco o bancos emisores de la tarjeta se rigen por normas contractuales cuyo estudio escapa por completo a la mención del tema dentro de este capítulo. Bástenos destacar que los establecimientos afiliados no conceden crédito en ningún momento a los tenedores de las tarjetas sino al banco emisor, si por tal se entiende la venta sin pago en efectivo contra un comprobante que tienen la certeza será reembolsado, de inmediato o a corto plazo, por el banco destinatario. Quien sí concede crédito a los tenedores, es éste último el cual paga la cuenta, cumpliendo así su obligación fundamental, otorgándole a su cliente diversos plazos para el reembolso, según posibilidades que estudiaremos más adelante.

c) Elementos del contrato

Para hacer un paralelo con la apertura de crédito en general, veamos cómo existe una coincidencia entre los elementos fundamentales que hacen parte de las estipulaciones contractuales.

d) Cuantía

El establecimiento de la línea o cupo de crédito supone el señalamiento de una cuantía, por lo menos en buena parte de las tarjetas bancarias conocidas. Ello no obsta para que, en un momento dado, una tarjeta establezca un cupo ilimitado pues, en últimas, se trata de un problema de riesgo de crédito y adecuando conocimiento y selección de la clientela. Sin embargo, partimos del supuesto de que, en general,

la existencia de la línea y la entrega de la tarjeta, presuponen el establecimiento de un cupo que puede ser variable, dependiendo de la distinta capacidad económica en que los usuarios de la tarjeta sean clasificados.

e) Plazo

También existen aquí diversos plazos que corren paralelos en desarrollo del contrato. De una parte, el plazo general que puede ser prorrogado en forma indefinida si el banco lo acepta, decisión que tendrá en cuenta la forma como el cliente haya hecho uso del crédito concedido. Existen, además, plazos para rembolsar las distintas utilizaciones que, en síntesis pueden ser dos: el primero, reembolso inmediato, entendiéndose por tal el que se lleva a cabo dentro de un corto lapso, piénsese, por ejemplo 15 días, un mes, después de recibir el extracto de la cuenta, en donde se deje constancia de las utilizaciones dentro del período de tiempo señalado para su corte y el saldo exigible. La otra posibilidad consiste en que, aprovechando las facilidades crediticias que brinde el mismo banco, el cliente opte por utilizar un sistema de pago diferido, según el cual podrá cancelar el monto de sus utilizaciones dentro de un cierto plazo, mediante el reconocimiento, desde luego, de la tasa de interés correspondiente.

f) Forma de utilizar el crédito

La forma de pago, es decir, las posibilidades mediante las cuales el banco atiende su obligación fundamental se reducen, en la práctica, a dos: desembolso en dinero efectivo, mediante la presentación de la tarjeta ante la caja de alguna de las oficinas del banco o grupo de bancos vinculados al sistema; y mediante pagos a terceros contra la presentación de facturas debidamente suscritas por el cliente acreditado. Ya dijimos, en el caso de estos últimos, que se trata de terceros predeterminados por el sistema bancario, pero que por su número permiten al acreditado hacer una amplia escogencia según sus necesidades.

g) La remuneración

También en el caso de las tarjetas de crédito se presenta un sistema mixto de remuneración, si bien con algunas notas características.

h) La comisión

La comisión, en el caso de las tarjetas, tiene una doble procedencia. De una parte surge del contrato entre el banco y los establecimientos afiliados y está constituida por un descuento porcentual

hecho por el primero a los segundos, sobre el precio total de las facturas presentadas. Constituye, si se quiere, la directa remuneración que el banco cobra al grupo de entidades afiliado por el servicio de pago que les permite movilizar su cartera al contado, asumiendo el banco todos los riesgos de la recuperación a similitud de lo que sucede en el caso del factoring.

La otra comisión, que nos interesa sobremanera por cuanto corresponde al contrato de apertura de crédito, es pagada por el acreditado (usuario de la tarjeta) y se conoce como una cuota de afiliación o sostenimiento, que no es nada distinto de una comisión por la disponibilidad durante un cierto tiempo, que debe pagarse en todo caso, hágase o no uso de la tarjeta. Como ya lo habíamos dicho en su momento, no se trata aquí de un elemento esencial del contrato, pero constituye una lógica contraprestación por la disponibilidad que el banco constituye a favor del cliente.

i) Los intereses

Aquí existe también una modalidad que es preciso tener en cuenta, pues si bien se aplica el principio general de que el crédito otorgado genera intereses puede existir una especie de plazo de gracia, de manera que no se causen intereses si se produce un pronto pago, vale decir, un reembolso dentro de un corto plazo después de recibir la cuenta de cobro por parte de la entidad bancaria. No verificado el pago en este lapso y colocándose en mora o utilizando las facilidades crediticias ofrecidas por el sistema, el cliente deberá pagar, como es obvio, una tasa de interés para el plazo, en el último supuesto, o de mora en el primero o en el caso de que la financiación no se atienda en la forma y oportunidad convenidas.

Como puede observarse, hemos hecho un resumen sobre las tarjetas de crédito, pero suficiente, creemos, para destacar que las relaciones entre el banco y el cliente se encuentran estructuradas sobre la base de la celebración de un contrato de apertura de crédito, cuyas notas más sobresalientes hemos cotejado. Con la salvedad, desde luego, de que en cada país habrá modalidades que diferencien los regímenes, pero creemos, en general, dentro de las líneas que acaban de exponerse.

j) Su estructura compleja y su soporte tecnológico.

La comprensión integral de las tarjetas ha de hacerse teniendo en cuenta dos consideraciones adicionales: la relación compleja que supone seis o siete contratos independientes pero ligados entre sí, que pueden identificarse en el proceso de presentar este moderno servicio y la altísima tecnología que soporta su emisión y utilización, temas que

deben consultarse, por fuerza, bajo el acápite “Dinero plástico” en el libro “Contratos Bancarios”.⁴⁷

4. El contrato de crédito documentario⁴⁸

4.1. Antecedentes

Bien que el crédito documentario pueda concebirse como contrato para realizar operaciones dentro de un país, empleando las llamadas cartas de crédito del interior, su enorme desarrollo y su gran importancia contemporánea se vinculan a la realización y perfeccionamiento de operaciones de comercio exterior y, en particular, de compraventas internacionales.

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 las situaciones del mercado y los regímenes cambiarios propios de cada país 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 y gracias a los avances obtenidos, el crédito documentario es ampliamente utilizado.

Abandonados por la negativa experiencia los sistemas de pago anticipado, altamente riesgoso para el comprador, y pago contra recibo, peligroso, a su turno, para el vendedor, el comercio internacional encontró por muchos años, en especial con el desarrollo del intercambio comercial en el presente siglo, un instrumento ágil, relativamente seguro y muy socorrido por los particulares y las entidades financieras, consistente en el crédito de aceptación o de negociación. En ambos casos, créditos que operan sobre la base de letras documentadas, esto

47. Ps. 212 y ss.

48. Para este apartado consultar además: Legislación:

- Circular Básica Jurídica: Título II, capítulo primero, numeral 6.
- ISP 98 y Folleto 500 de la Cámara de Comercio internacional (Se sugiere consultar estos documentos, que no se adjuntan).
- Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente.

Doctrina:

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios* Pág. 545-629.

Jurisprudencia:

- Laudo Arbitral de Cadenalco Vs. Corfinsura. Bogotá, junio 22 de 1999.

es, de títulos valores acompañados de documentos representativos de las mercancías cuya entrega sólo se realiza contra la aceptación o el pago de tales instrumentos. En concreto, por lo que dice con la primera modalidad, ella consiste en el envío por parte del exportador de una letra de cambio a cargo del banco del importador, junto con los documentos representativos de las mercaderías; letra de cambio, con las cláusulas insertas d/a o d/p. Aceptada que sea la letra por el banco del importador la devuelve al del exportador conservando en su poder los documentos como garantía de provisión por parte de su cliente, el importador.

Con este sistema, muy utilizado y en relación con el cual caben algunas modalidades como el llamado crédito de negociación —en donde el exportador gira contra el importador una letra de cambio y la negocia, aun sin aceptar, con su banco, al cual entrega los documentos para que éste a su vez los cobre— el comercio internacional obtuvo un instrumento que brinda relativa seguridad a ambas partes, en cuanto el comprador sabe a ciencia cierta que recibirá los documentos representativos de la mercadería y, el vendedor, el pago de la misma.

Quedaban aún vacíos sin llenar. El vendedor sabe que el comprador no recibirá los documentos ni podrá retirar la mercancía, por ende, sin el pago o aceptación de la letra. Pero ignora y nada puede hacer para evitarlo, si el comprador cambiara de opinión en último momento, para lo cual le basta abstenerse de pagar. Y ello, porque de repente encuentra poco atractivo el negocio por haberse producido una baja en el mercado internacional, o haber recibido una oferta ventajosa de un producto sucedáneo u otras similares.

Para superar esta dificultad y estructurando un sistema absolutamente seguro, en principio, aparece el crédito documentario en el cual ya no es el banco del exportador quien envía una letra para su aceptación o su cobro, sino el del importador que en forma directa o a través de un corresponsal se compromete a pagar la suma de dinero contra la presentación de los documentos respectivos, dentro del plazo y en las condiciones señaladas por el crédito.

Se produce en esta forma una inversión del proceso. Ya no se trata de que el exportador despache las mercancías con los costos inherentes a tal envío y con el riesgo de que eventualmente el importador no las retire ni pague, caso en el cual se ve obligado a hacer gastos adicionales para reimportarla a su país de origen o intentar en condiciones precarias colocarla en el mercado del país importador. Ahora se endereza el proceso de manera que se proteja a la parte más débil al obligarse el banco del importador a pagar. El riesgo de no pago por el comprador se sustituye por el de no despacho por el exportador que, en todo caso,

es menos gravoso para el importador el cual, en el peor de los casos, tendrá que asumir algunos costos financieros cuando no, apenas, una comisión. Con la ventaja adicional de la intervención de un banco, el cual responde directa e inmediatamente frente al vendedor. Inversión del proceso y cambio en el destinatario de la presentación de los documentos —pues éstos se entregan, ya no al importador sino a un banco designado por éste en el mismo país del exportador— que sumados a la intervención directa de la entidad crediticia que se responsabiliza por el pago, hacen del crédito documentario el instrumento más ágil y operativo que se haya conocido hasta la fecha, para estimular el comercio internacional.

4.2. Reglas y usos uniformes

Esta feliz concreción ha sido posible gracias a la existencia de un movimiento propiciado por la Cámara de Comercio Internacional, tendiente a recopilar las reglas y usos corrientemente utilizados en materia de crédito documentario, hasta el punto de configurar una completa reglamentación sobre el tema que, por la vía de la incorporación en los contratos celebrados por bancos de numerosos países, ha venido a convertirse en la práctica, por lo menos en el mundo occidental, en una costumbre supranacional, empleando la expresión para indicar que, por virtud de lo expuesto, sus disposiciones se aplican de manera casi uniforme en gran número de países.

Estas reglas y usos uniformes fueron recopilados por primera vez en 1933 y se les introdujeron sustanciales modificaciones en ánimo de mejorarlas en 1951 y 1962. En 1974 se hizo una tercera revisión enderezada, de una parte, a restringir al máximo el poder discrecional que algunos artículos concedían a los bancos y, de otra, a mejorar la redacción y la claridad en la presentación de las disposiciones. A partir de 1983 rigió una versión publicada en el folleto 400 y en 1994 comenzó a regir la versión publicada en el folleto 500 de la C.C.I. La extensión de estas reglas es casi universal y podemos afirmar que en América Latina la mayor parte de los bancos de los países del área han adherido a ellas y las incorporan, en consecuencia, en los contratos que celebran con su clientela. A 15 de enero de 2002 figuraban todos los países de América Latina, con excepción de Honduras y El Salvador.

Se ha discutido la validez de las normas contenidas en las reglas y usos uniformes como fuentes formales de derecho. Algunos han sostenido que se trata de meros usos interpretativos que no pueden, en ningún caso, equipararse a la ley en virtud, entre otras cosas y en primer término, de que no han sido aceptadas en ningún país como tratado internacional y por lo tanto carecen de fuerza legislativa. Nos apartamos respetuosamente de esta opinión, por lo menos para los

contratos celebrados por bancos adherentes en países en los cuales existan, como principios generales, que la costumbre mercantil tiene la misma autoridad que la ley o que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados tiene fuerza de ley para las partes contratantes. En cualquiera de los dos supuestos y, desde luego, frente a ambos, es evidente que las reglas y usos uniformes tendrán una preponderante aplicación como fuente formal de derecho por haberse incorporado en forma expresa a los contratos celebrados por los bancos con la clientela, en cuyo caso son ley para las partes o en cuanto la forma pública, reiterada y general como se aplican a todos los contratos de crédito documentario en un país o por los bancos de un sector, lleve a la conclusión de que se trata de una costumbre, con todos los efectos que a ésta le conceden las leyes. Desde luego, de tratarse de bancos no adherentes o de no invocarse o incorporarse a los contratos, sólo tendrán valor como costumbre internacional o usos interpretativos, si aquella no forma parte de las fuentes formales del derecho.

4.3. Definición

En América Latina pocos son los países que han incorporado directamente en su legislación una reglamentación sobre crédito documentado, quizás porque ante la presencia de las Reglas y Usos Uniformes recopilados por la Cámara de Comercio Internacional, ha parecido innecesario hacerlo³²². La actual compilación de las R.U.U. en la parte de Disposiciones Generales y Definiciones, artículo 2, establece: “Para los propósitos de estos artículos, las expresiones ‘Crédito(s) Documentario(s) y Carta(s) de Crédito(s) stand-by’ utilizadas en el presente texto —en adelante simplemente como Crédito(s)— comprenden todo convenio, cualquiera que sea su denominación o designación por medio del cual un banco (banco emisor), obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente (el ordenante del crédito): i— debe hacer un pago a un tercero (el beneficiario) o a su orden, o pagar, o aceptar letras de cambio giradas por el beneficiario, ó ii— autoriza otro banco para que efectúe el pago o para que pague, acepte o negocie las dichas letras de cambio, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del crédito”. En cuanto dice con las definiciones legislativas consideramos interesante reproducir a continuación la traída por el artículo 1408 del Código de Comercio Colombiano según el cual: “Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y

condiciones establecidos”.

4.4. Partes Intervinientes

Su utilización ligada históricamente al comercio internacional, y más exactamente, a las compraventas internacionales, permite reconocer numerosos actores en escena.

a) Ordenante

Es el comprador (importador) quien, interesado, por ejemplo, en traer un ascensor del Japón, conviene con el fabricante que le pagará el precio utilizando como medio de pago una carta de crédito. Al efecto acude a su banco para solicitarle que la emita a favor del vendedor, quien será al efecto beneficiario de la misma.

b) Banco emisor

A solicitud de su cliente, abre la carta a favor del beneficiario, indicando en ella los requisitos y documentos que deben presentarse para acreditarlos, como condición previa para el pago de la suma hasta por la cual el crédito es abierto.

c) Bancos corresponsales

Como es posible que el banco emisor no tenga oficinas en el Japón, se valdrá entonces de bancos corresponsales que jugarán diversos papeles, desde limitarse a notificar o avisar al vendedor la apertura de la carta a su favor, o comprometerse a pagar la carta en sus propias cajas, hasta confirmar la carta, agregando en esa forma su propia responsabilidad a la del banco emisor. Situación la mas deseable para el beneficiario pues va a tener dos bancos obligados independientemente al pago.

4.5. Relaciones Entre Las Partes

Conviene anotar que en materia de crédito documentario se aplica el principio de la autonomía, tomado del derecho germano, de tanta extensión y vigor en los títulos valores, en virtud del cual cada parte se obliga en forma autónoma e independiente, sin que pueda relevarse de sus obligaciones invocando defensas derivadas de otras relaciones. Por ejemplo, el banco emisor no podría negarse a pagar al beneficiario so pretexto de no contar con los fondos proveídos por su cliente, ni el corresponsal podría hacerlo bajo la justificación de que el emisor no le ha situado los fondos.

4.6. La Carta De Crédito

Este es un instrumento típico derivado del contrato y constituye su trasunto documental. En ella se recogen los requisitos esenciales que deben ser cumplidos por el vendedor y los documentos que, por consiguiente, debe presentar oportunamente para solicitar el pago de la suma adeudada.

La carta incluye, de ordinario, los nombres de los bancos y del ordenante, el del beneficiario, el objeto del crédito, la suma por la cual debe entregarse o por la cual deben negociarse títulos a beneficiario, el plazo para la utilización del crédito, los documentos que deben presentarse y las previsiones complementarias y operativas que dicen con el número y la fecha de la carta, las previsiones sobre irrevocabilidad, transbordo, embarques parciales, transferencias, la forma de reembolso, los avisos a algunas de las partes o a terceros, la autorización de cargo en cuenta corriente, la constitución de garantías, los puertos de embarque y de destino y la sujeción a las “Reglas y usos uniformes” de la Cámara de Comercio Internacional.

Algunas reflexiones particulares dicen con las referencias citadas. En primer lugar destacar la importancia del plazo. Es dentro del señalado que el beneficiario debe cumplir sus obligaciones de entregar los documentos y adquirir el derecho a ser pagado. En segundo lugar y en cuanto a los documentos, advertir que ellos se derivan, en primer término, de la forma de compraventa internacional que se haya utilizado, para lo cual es muy importante, en la práctica, tener en cuenta los términos de la Convención de Viena sobre compraventa internacional y los denominados INCOTERMS o términos usuales en las compraventas internacionales cuya última versión, del año 2000, es fruto igualmente de los trabajos de la Cámara. Normalmente los documentos incluirán la factura comercial y el conocimiento de embarque, así como los adicionales que toquen con seguros, pesaje, origen, condiciones fitosanitarias y certificados de calidad, dependiendo de la naturaleza de las mercancías y de los acuerdos entre las partes.

4.7. Las Clases de Crédito

Los usos distinguen distintas modalidades de diferente importancia.

- a) En primer lugar se han clasificado en revocables e irrevocables. A partir de la vigencia del folleto 500 se presume que son irrevocables, salvo que se diga lo contrario.
- b) Pueden ser rotatorios cuando el cumplimiento de un despacho en tiempo renueva la carta por una nueva suma y un nuevo período

- y así sucesivamente, hasta agotar la suma máxima prevista.
- c) Transferibles, cuando se haya previsto, caso en el cual el beneficiario puede ceder su posición contractual a un tercero.
 - d) Con cláusula roja o cláusula verde, cuando se autoriza pagar el crédito contra la simple promesa de presentar en tiempo los documentos, en el primer caso, o previa la acreditación sobre su existencia, en el segundo. Estas curiosas modalidades suelen utilizarse por un porcentaje del crédito, pues de hacerlo por el total lo dejarían sin sentido, y sirven para apoyar la caja del despachador que, en veces, requiere hacer importantes desembolsos para el envío de la mercancía.
 - e) Back to back, expresiones con las cuáles se indica que el beneficiario de un crédito, previamente abierto a su favor, le solicite al banco local que se lo ha confirmado, la apertura de una segunda carta de crédito; actuando, en este caso, como ordenante y con el respaldo de la primera.
 - f) Stand by, que en el fondo se separa de la compraventa para convertirse en una garantía abstracta y de primera demanda, esto es, pagadera contra el simple requerimiento del beneficiario.

4.8. Obligaciones del Banco Emisor

a) Establecer la carta de crédito

Tarea en la que debe velar por la simplicidad y claridad de las instrucciones.

b) Verificar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario

Esta es la obligación fundamental porque de su debida diligencia dependerá el que pueda pagar. Al efecto es fundamental destacar que la obligación del banco es sumamente estricta pero eminentemente formal. Hemos dicho, al efecto que debe velar porque los documentos sean completos, regulares en su forma externa y concuerden con el crédito y sean coherentes entre sí.

Se aplica entonces el principio de la apariencia jurídica que permite establecer una conformidad formal pero que releva al banco de hacer calificaciones de fondo. De no encontrar cumplidos los requisitos el banco debe abstenerse de pagar, aunque en la práctica y dependiendo de las relaciones con el cliente beneficiario y la confianza crediticia que al banco pagador le merezca, puede ocurrir que le pague con la advertencia de que deberá rembolsarle si el banco emisor de la carta, por su propia decisión o a petición del ordenante, rechazan el pago.

c) Pagar

Tanto a través de sumas de dinero como de títulos valores, cuando se aceptan a un cierto plazo convenido desde un comienzo. Es decir, el crédito puede abrirse pagadero, por ejemplo, a noventa días, contados a partir de la presentación de los documentos, caso en el cual y de ordinario, el banco obligado a pagar lo hará aceptando una letra de cambio a favor del beneficiario a dicho plazo.

d) Enviar los documentos al ordenante

Quien los va a requerir para diferentes propósitos, incluyendo sus registros contables que requieren de la factura para soportar el pago y el registro del bien en el balance de la compañía, pero, particularmente, para poder nacionalizar la mercancía cuando ella requiere de pago de aranceles y de procedimientos administrativos para ser validamente internada en el país.

4.9. Obligaciones del Ordenante

En lo fundamental, debe pagar la comisión de apertura – razón por la cual hemos dicho que este contrato es ejemplo de crédito de firma – y hacer provisión de fondos para el pago o rembolsarle al banco lo que este haya pagado por él. Y ello corresponde a la forma general como el cliente puede solicitarle y obtener un crédito del banco, pues además de la apertura de crédito inicialmente obtenida, la financiación ulterior facilita al interesado el manejo de su flujo de caja. En este último evento, desde luego, ha de reconocer los intereses por la financiación otorgada hasta que el pago se produzca.

4.10. Obligaciones y Facultades del Beneficiario

Entre las primeras y como esenciales, debe presentar en tiempo los documentos exigidos. Ello hace del plazo un elemento fundamental para el manejo del contrato.

Por lo que dice con las segundas, dos hay que deben destacarse: la posibilidad de hacer despachos parciales y la de transferir la carta. La primera depende de la naturaleza divisible de la mercancía, piénsese, por ejemplo, en una compraventa de trigo y está implícita en la apertura de la carta, salvo que se haya establecido lo contrario. La segunda debe pactarse expresamente y autoriza al beneficiario para situar a otra persona en su lugar, de manera que sea ella la que realice el despacho y cumpla con la obligación de presentar los documentos. Se trata de una típica cesión de la posición contractual, esto es, tanto de derechos como de obligaciones, y no debe confundirse con la cesión de derechos

que podría realizar quien, habiendo cumplido con la obligación material del despacho y teniendo los documentos requeridos, cede a un tercero el derecho a cobrar; posibilidad ésta última que no requiere pacto alguno.

CASO PRACTICO DEL MODULO III**crédito documentario**

La empresa muebles la estrella es una conocida fabrica de muebles de madera para oficinas y ha iniciado un agresivo programa de ventas hacia Suramérica. En desarrollo del mismo llega a un acuerdo con un importador colombiano para realizarle una venta y se conviene que el pago se hará a través de una carta de crédito irrevocable, abierta por un banco colombiano y confirmada por un banco salvadoreño

En consecuencia el Banco Continental en San Salvador avisa y confirma a Muebles la Estrella S.A. la apertura de una carta de crédito a su favor hasta por Quinientos Mil dólares para amparar el despacho de unos juegos de muebles a Colombia; en un plazo máximo de noventa (90) días.

El gerente de la entidad beneficiaria le solicita al banco que con base en dicha carta, abra uno en la que su compañía, será ordenante a favor de Pizano y Cía, como beneficiario, por un valor de Doscientos Mil dólares y con una vigencia de 60 días.

El gerente del banco le consulta a usted como asesor sí al abrir la nueva cuenta el banco puede entender que tiene una nueva garantía efectiva a favor.

Como abogado del banco usted debe responderle, justificando las razones que soporten el sentido de su respuesta. En caso de que ella fuese negativa, deberá recomendarle al Gerente lo que el banco debería hacer para aceptar la emisión de la nueva carta.

utilidades de la operación.

De alguna manera es como si el emisor le dijera al mercado: Si usted invierte sus recursos en depósitos a plazo en los bancos le van a pagar 4 %. Si yo acudo a tomarlos, me van a cobrar 12 %. Lo invito a que me preste esos recursos, por los cuales le pagaré el 8 %, con lo cual podemos repartimos el costo de la intermediación, con evidentes ventajas financieras para ambos. Desde luego, el ejemplo es demasiado simple y con fines pedagógicos pues en la práctica debe verse con varias precisiones. Quizás la mas importante es recordar que el riesgo asumido por el inversionista es diverso y mayor, de ordinario, al que tendría depositando sus ahorros en un banco. De hecho es axiomático sostener que a mayor tasa de interés, mayor riesgo implícito. Además y desde el punto de vista del emisor, debe tenerse en cuenta que dados los altos costos que supone la emisión de papeles, no solo parte de su rebaja se puede disminuir, sino que va a tener que pensar en un endeudamiento importante que permita absolverlos razonablemente. En otras palabras, no se acude normalmente al mercado por cifras pequeñas. Las emisiones suelen ser de un valor importante en relación, como es obvio, al tamaño de la economía del país.

Ahora bien, cuando el monto de los recursos lo justifica⁵⁰, se trata de sociedades de reconocida seriedad y se cuenta con los respaldos económicos requeridos, es posible acudir directamente a los inversionistas en un mercado para que sean ellos quienes provean los recursos requeridos, prescindiendo, en esta forma de los bancos, en un proceso que se ha conocido, por ello, como de “desintermediación financiera”. Pero no basta, como es obvio, querer colocar unos papeles en el mercado. Es preciso que existan tomadores potenciales interesados entre los cuales puedan reconocerse inversionistas institucionales de importancia. Y ello va lográndose paulatinamente en el desarrollo de un mercado organizado de capitales, en donde participen entidades como las compañías de seguros, las administradoras de fondos de pensiones y cesantías e, incluso, las mismas fiduciarias como administradoras de fondos de inversión.

1.2. Emisión reservada a cierto tipo de sociedades

Normalmente la posibilidad de emitir bonos u obligaciones o debentures, como también se les conoce en algunas legislaciones⁵¹,

50. La reciente experiencia colombiana muestra que no se intenta este camino sino para cifras de cierta importancia en nuestro mercado, que, desde luego, no pueden compararse, ni de lejos, con los de países desarrollados y que serían no inferiores en promedio, para dar una idea, a US \$40.000.000,

51. Argentina L. 23576; México L. 15550

u otros papeles de deuda, suele reservarse a sociedades que cumplan requisitos especiales de ley, dada la confianza comunitaria implícita cuando se les autoriza para captar recursos de los inversionistas.

1.3. Requisitos mínimos

Normalmente se exige que la sociedad tenga un cierto capital mínimo; que respecto a una emisión anterior se hayan colocado completamente los títulos, que no se hayan incumplido obligaciones derivadas de esta última, o que no esté corriendo aún el plazo para la suscripción de los títulos⁵²,

1.4. Proceso de la emisión

El proceso supone el tránsito secuencial de una serie de pasos, e incluye la decisión validamente tomada por el órgano competente de la sociedad, la preparación e impresión de un prospecto de emisión disponible para el mercado, en el que los potenciales inversionistas puedan encontrar la información completa sobre la sociedad emisora y sobre las condiciones de la emisión; la formalización unilateral o contractual de la que se derive la asunción de las obligaciones respectivas y no solo su inscripción en el registro mercantil sino la publicación de extractos que recojan los elementos esenciales y que suelen publicarse en periódicos especializados o de amplia circulación.

1.5. Especial autorización del Estado

Ella se explica, como lo dijimos, por la necesaria protección de los inversionistas y puede incluir autorizaciones previas, esenciales cuando se trata de hacer ofertas públicas de títulos; exigir garantías, velar por el destino del empréstito, vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los títulos, presenciar los sorteos, si esta forma de reembolso está prevista, enviar delegados u observadores de los tenedores de los bonos, convocar su asamblea general e imponer sanciones dentro de las facultades con que cuente el supervisor.

52. Colombia eliminó los dos primeros requisitos. El tema se regula por las disposiciones de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, artículo 1.2.4.2: "REQUISITOS PARA LA EMISION DE BONOS. Son requisitos indispensables para la emisión de bonos los siguientes: 1. El monto de la emisión de bonos objeto de oferta pública no debe ser inferior a Dos mil (2.000,00) salarios mínimos mensuales.

2. Cuando se trate de realizar la emisión de bonos convertibles en acciones o de bonos con cupones para la suscripción de acciones, se requerirá que éstas se encuentren inscritas en una bolsa de valores. En tal caso los bonos también deberán inscribirse en bolsa. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, no se requerirá que las acciones estén inscritas en una bolsa de valores cuando se cumpla una cualquiera de las siguientes condiciones:

2. Los instrumentos financieros y su forma de instrumentación⁵³

2.1. Títulos

Tomamos como referencia inicial los bonos, por ser, sin duda, los arquetipos del sistema. En general pueden ser nominativos, a la orden o al portador. Pero, lo más importante, son seriales, calificación que se les otorga, en primer lugar, por oposición a los individuales. Estos últimos, como su nombre lo indica, se emiten como resultado de negocios jurídicos singulares, frente a una determinada persona y, cuando de títulos valores de contenido crediticio se trata, son consecuencia de la recepción previa de dinero. Un ejemplo puede ilustrar cabalmente el aserto: se emite un certificado de depósito a término, por parte de un banco, para incorporar en el título la obligación de rembolsar un millón de pesos que se han recibido del cliente, persona determinada. Por el contrario, los primeros se emiten en forma masiva, a favor de personas indeterminadas y se constituyen en antecedentes de la captación. Al salir al mercado se ignora si serán tomados por éste ni si lo serán en su totalidad, pues puede ocurrir y de hecho pasa con alguna frecuencia, que parte de la emisión quede sin colocar vencido que sea el plazo previsto en el reglamento. Pero, en todo caso, si se toman habrán sido la causa, no la consecuencia, de la captación. Los certificados de depósito a término se emiten por haberse captado una suma, los bonos se emiten con el propósito de captarla.

2.1. Que los bonos vayan a ser colocados exclusivamente entre los accionistas, y

2.2. Que los bonos vayan a ser colocados exclusivamente entre acreedores con el objeto de capitalizar obligaciones de la sociedad emisora, siempre y cuando se trate de créditos ciertos debidamente comprobados y adquiridos con anterioridad a la emisión de bonos.

3. Los bonos ordinarios que se coloquen por oferta pública deberán ser inscritos en una bolsa de valores.

4. Ninguna entidad podrá efectuar una nueva emisión de bonos cuando:

4.1. Haya incumplido las obligaciones de una emisión anterior;

4.2. Haya colocado los bonos en condiciones distintas a las autorizadas;

4.3. Se encuentre pendiente el plazo de suscripción de una emisión, y

4.4. Tratándose de bonos convertibles que deban colocarse con sujeción al derecho de preferencia, se encuentre pendiente una suscripción de acciones.

5. No podrán emitirse bonos con vencimientos inferiores a un (1) año. Sin embargo, cuando se trate de bonos convertibles en acciones, en el prospecto de emisión podrá preverse que la conversión puede realizarse antes de que haya transcurrido un año contado a partir de la suscripción del respectivo bono.

Parágrafo.- Cuando la totalidad o parte de la emisión de bonos se vaya a ofrecer públicamente en el exterior, la calificación de los mismos podrá ser otorgada por una sociedad calificadora de valores extranjera de reconocida trayectoria a juicio de la Superintendencia de Valores.

53. Para este apartado consultar además: Legislación:

· Código de comercio: Título Tercero -De los Títulos Valores- Capítulo V.

· Ley 964 de 2005.

Doctrina:

· TRUJILLO CALLE, Bernardo. *De los títulos valores*. Tomo I. Editorial Leyer, Bogotá. Pág. 35-96. (Físico)

La circunstancia de que se emitan en serie permite diferenciar grupos de ellos dentro de la emisión, cada uno con características propias y todos con características comunes. Entre las primeras podrían señalarse el plazo, la forma de remuneración y la rentabilidad vinculada con cada modalidad, para dar unos ejemplos.

El hecho de que en la emisión de bonos se prevea la existencia de un representante legal de los tenedores, lo que conduce al reconocimiento de su posibilidad de reunirse y decidir en Asambleas, nos ha llevado a sostener que los bonos son, simultáneamente, títulos valores corporativos y de contenido crediticio.

La legislación colombiana los define, con fortuna, como “títulos-valores que incorporan una parte alicuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetas a la inspección y vigilancia del Gobierno.”⁵⁴

2.2. Valores

La reciente ley colombiana 964, de julio 8 de 2005, pendiente aún de desarrollar en sus apartes mas importantes, define como valor “todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público...”⁵⁵

En la misma disposición se listan, de manera enunciativa, y bajo esa noción a) Las acciones; b) Los bonos; c) Los papeles comerciales; d) Los certificados de depósito de mercancías; e) Cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización; f) Cualquier título representativo de capital de riesgo; g) Los certificados de depósito a término; h) Las aceptaciones bancarias; i) Las cédulas hipotecarias; j) Cualquier título de deuda pública.

3. La negociación de valores ⁵⁶

54. Artículo 752 C.Co.

55. Artículo 2°.

56. Para este apartado consultar además:

Legislación:

· Exposición de motivos de la Ley 964 de 2005.

· Ley 964 de 2005: Artículo 3.

· Código de Comercio: Artículos 651-670.

· Resolución 400 de 1995: Art. 1.3.1.6, 1.3.1.7, 1.3.10.5.2, y Título IV (1.4.0.1-1.4.0.21)

Doctrina:

· IBÁÑEZ JIMENEZ, *Tratado de derecho mercantil –la contratación en el mercado de valores-*, Tomo XXIV. Editorial Marcial Pons. Pág. 83-104. (Físico)

Ella se produce fundamentalmente en dos estadios. Por su colocación primaria, cuando se emiten los papeles y son tomados por los inversionistas, en todo o en parte o en forma secundaria, cuando se encuentran en circulación y se negocian por los tenedores con otros inversionistas.

En los procesos de emisión de empresas cuyos papeles se encuentran inscritos en bolsas de valores, suele utilizarse el apoyo de profesionales de dos tipos: los que en algunos países se conocen como “banqueros de inversión” y los llamados “underwriters”. Los primeros asesoran al empresario en la estructuración de la operación, definen el mercado objetivo al cual deben dirigirse, recomiendan la rentabilidad que debe reconocerse, el plazo que parece apropiado, las denominaciones de los papeles, las bases de referencia, cuando se trata de tasas variables de interés y, en general, la forma y oportunidad de salir al mercado.

Los segundos se ocupan de la colocación de la emisión en su condición de comisionistas profesionales, que suelen serlo y que lleva con frecuencia a hacer, no solo su mejor esfuerzo, sino tomar todo o parte de la emisión a su propio cargo. Por el contrato de *underwriting*, entonces, puede entenderse aquel en virtud del cual una persona se obliga a colocar o comprar al emisor de documentos de deuda, todo o parte de la emisión que realiza. En la práctica pueden revestir distintas modalidades tales como la venta en firme, en cuyo caso el underwriter asume el riesgo total de la compra o hacerse por el mejor esfuerzo durante un cierto tiempo, o garantizarse que, de no haberse colocado en un plazo todo o parte de la emisión, el *underwriter* adquirirá los papeles requeridos para llegar al monto garantizado.

Normalmente este tipo de emisiones llevan al underwriter a ceder parte de los papeles a terceros, diseminando la colocación, de manera que el riesgo de que la misma quede invendida, en parte sustancial, se reduce de manera significativa.

4. Las cuentas de valores y su forma de administración ^{57 58}

Sin que la figura aparezca muy extendida en América Latina, está reglamentada en algunos países. El depósito regular de títulos reviste distintas modalidades y, en la práctica, se encuentra bastante desarrollado en el continente. Este punto se refiere entonces, en forma

57. Para este y los siguientes dos apartados, consultar además:

Legislación:

· Circular Básica Jurídica: Título V, Capítulo primero, numeral 5.

· Resolución 400 de 2005: Título II, Capítulo séptimo y capítulo octavo.

Jurisprudencia:

· Laudo de INURBE Vs. Fiduagraria, Bogotá 1999. (Físico)

58. Tomado de “Contratos Bancarios”, ps. 303 y ss.

exclusiva, a los depósitos irregulares cuando el objeto no es dinero sino títulos.

4.1. Objeto del depósito

Este depósito versa, de ordinario, sobre títulos valores, es decir, documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna y que, como tales, implican una permanente identificación entre el derecho incorporado y el título mismo, de manera que no existen el uno sin el otro. Por lo general se trata de títulos de contenido crediticio o de participación. No se concibe fácilmente la constitución de un depósito irregular sobre títulos representativos de mercaderías en cuanto la variabilidad de estas mismas y la dificultad de homogenizar, por así decirlo, el objeto de los títulos, haría muy difícil cumplir los requisitos que veremos en seguida. Los títulos deben ser de mercado si, como consecuencia de la aplicación de los principios generales, admitimos que el banco se hace propietario de los mismos y que, por ende, sólo está obligado a devolver igual cantidad y calidad. Por lo tanto, debe tratarse de títulos valores seriales cuyas características de homogeneidad los hagan fungibles desde el punto de vista jurídico, es decir, sustituibles unos por otros. Piénsese en una gran sociedad cuyas acciones se cotizan en bolsa y se consiguen sin dificultad alguna, en donde puede fácilmente entenderse que una persona deposite un título de cincuenta acciones de las cuales el banco se haga propietario, ante la clara posibilidad de poder obtener en su momento títulos de la misma especie y calidad para cumplir con su obligación de devolver. Tal no incurriría si se pretendiera verificar un depósito irregular con un cheque girado a cargo del banco X y a favor de determinada persona o una letra aceptada por un comerciante, por un valor y un vencimiento precisos. No sería posible para el banco, en la práctica, disponer de ellos ante la imposibilidad de obtener otros idénticos.

4.2. Modalidades

Los depósitos irregulares de títulos se conciben, como los de dinero, como depósitos simples o a la orden de una persona y depósitos en cuenta. Son simples cuando implican una sola operación, el cliente deposita los títulos, el banco se hace propietario de los mismos y ulteriormente devuelve el equivalente "*in integrum*" de manera que la operación se agota allí. Y son en cuenta cuando existe la posibilidad de hacer abonos, es decir, incrementar el monto y número de los títulos en poder del banco o hacer retiros parciales, todo dentro de un contrato que implica una sucesiva y permanente relación entre las partes. Por lo que dice con el contenido de la cuenta, los autores vacilan entre sostener la posibilidad de que pueda haber títulos heterogéneos o quienes afirman que sólo es posible mantener títulos homogéneos. Incluso la

misma posibilidad de celebrar un contrato de depósito irregular de títulos en cuenta, es glosada por numerosos autores.

Pero nosotros no encontramos dificultad alguna en que sean heterogéneos, es decir que en una cuenta se reúnan títulos de diversa naturaleza, como acciones y bonos, emitidos por distintos emisores y que, incluso, se combinen los activos de manera que se hagan operaciones de tesorería que impliquen depósitos en cuenta, respecto a los cuales no se emitan títulos, como de hecho ocurre en los mercados internacionales con las carteras de inversión administradas por especialistas.

4.3. Obligaciones de las partes

El banco, como depositario, tiene la obligación fundamental de devolver igual cantidad de títulos de la misma especie y calidad de los recibidos. Se trata, como dijimos, de una obligación de género. Se plantea, sin embargo, un interrogante que, por otra parte, puede ser general para todos los casos de obligaciones de género. ¿Qué sucede, en efecto, cuando se trata de un género limitado, es decir, de un bien que, distinguido por sus elementos genéricos, no existe en el mercado en forma indefinida sino que, por ejemplo, se trata de acciones de una determinada sociedad, las cuales, en un momento dado, pueden agotarse en el mercado? En este caso es natural que el banco, ante la imposibilidad de adquirir títulos equivalentes para cumplir con su obligación de reembolso, tenga que satisfacer su obligación por vía indirecta, a través del pago de una suma de dinero, equivalente al precio de las acciones en el momento en que deba hacerse la devolución.

No obstante, existe un aspecto más interesante en relación con las obligaciones de las partes, cuya definición implica precisar si la obligación corre a cargo del banco o de su cliente. Nos referimos a la remuneración que se deriva del contrato. En el depósito irregular de títulos el cliente debe pagar una comisión al banco puesto que se trata de un depósito mercantil de cuya constitución se deriva un beneficio para el depositante. El banco administra el portafolio para procurar un rendimiento para el cliente y es natural que así suceda.

Pero existe una hipótesis evocada por la doctrina en que ello no ocurriría así y es cuando el depósito se hiciera para otorgar un beneficio al banco y no al cliente. Y ello ocurriría si se apela a la figura del depósito irregular de títulos, para permitir que el banco se haga propietario de dichos documentos. ¿Y para qué?, podría preguntarse. Para que pueda lucrarse y obtener un beneficio de la propiedad de dichos títulos. Cuando se convirtiera en propietario por una consideración particular de su interés como para negociarlos en la bolsa, ofrecerlos a terceros en garantía, votar en una asamblea de accionistas, etc. Y si

es así, y si no se concibe de otra forma el que se opte por el expediente del depósito irregular y no por el regular, si de simple custodia se tratara, tenemos que concluir que en un evento como el imaginado el primer beneficio sería para el banco, a similitud del que obtiene con los depósitos irregulares de dinero. Por lo que tendría que aceptarse la remuneración a favor del cliente y no del banco. Desde luego, el problema es en esencia académico y se resolverá sin dificultades cuando la legislación de cada país imparta una solución específica al mismo que ha de tener en cuenta, entre otros, si los bancos pueden mantener ese tipo de instrumentos en su portafolio.

4.4. Su desarrollo en la banca latinoamericana

Debe admitirse que este contrato no es frecuente en las legislaciones latinoamericanas, tanto por aparecer regulado sólo en algunas, como por las dificultades conceptuales que plantea la posibilidad de que el mismo resulte de la simple iniciativa particular. Y esto, porque como sabemos, existe una relación directa entre la posibilidad de celebrar los contratos y las facultades de los bancos, de conformidad, con la cual la autonomía se encuentra limitada al desarrollo de las funciones asignadas a los bancos en cada país. Cuando la actividad de los bancos es reglada, no discrecional, no pueden hacer nada distinto a aquello que expresamente les esté permitido, por regla general. Por consiguiente, cabrá imaginar toda suerte de contratos, aun atípicos, en cuanto ellos puedan enmarcarse dentro de las funciones que les hayan sido asignadas. De no ser así, de no aparecer una función general que les sirva de sustento, los contratos no podrán llevarse a cabo.

Todo lo anterior para mencionar algunas restricciones que suelen presentarse como genéricas en América Latina para los bancos de depósito. No se encuentran habilitados, en primer término, para adquirir acciones de sociedades, salvo en casos excepcionales señalados por la ley, como en algunas entidades auxiliares del crédito o en aquellos casos en que las reciben en pago de obligaciones contraídas de buena fe. En segundo lugar, con frecuencia se les prohíbe especular en bolsa y negociar con títulos de acciones por cuenta propia, aunque, pueden hacerlo por cuenta de sus clientes. Por consiguiente, si el depósito irregular constituye en propietario al banco y el lucro que pueda derivar implica la eventual enajenación de las acciones, en los países en que una de estas restricciones se encuentre

5. El asesoramiento de inversiones

La normal labor del comisionista, al acercar partes interesadas e intervenir en los mercados en los cuales, incluso, puede tomar posición propia, lo lleva frecuentemente a asesorar a su clientela con consecuencias

diversas y no siempre fáciles de medir. En nuestra opinión es obvio que lo haga. Ello explica, en buena parte, su existencia como profesional. Pero, naturalmente, puede generarle responsabilidades de resultar negligente en la evaluación de las circunstancias de mercado y terminar comprometiendo a su cliente en una inversión fallida. Por ello, y de ordinario, los asesores procuran dar a su cliente, cuyo perfil han predefinido, una gama de alternativas que consideran adecuadas para satisfacer sus necesidades.

Al efecto, es muy importante, detenerse en el cliente para saber lo que requiere. Es la situación de una viuda con un pequeño patrimonio del cual requiere vivir y otra la del inversionista que tiene recursos sobrantes para colocar. La primera, por ejemplo, requerirá una inversión particularmente segura, probablemente de renta fija, que permita pagarle una renta periódica mientras el segundo está dispuesto a invertir en papeles de riesgo, incluida la renta variable y aun tomar posiciones en inversiones especulativas, de mayor riesgo evidente pero tras la obtención de una mayor rentabilidad.

Grandes pérdidas sufridas por los inversionistas en los últimos años, han puesto de nuevo sobre el tapete el enorme cuidado como el asesor debe orientar a su clientela, so pena de afrontar demandas y reclamaciones que pretenden obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos por su supuesta impericia en la recomendación de inversión.

6. Prevención de conflictos de interés

En la relación de permanencia que caracteriza muchos contratos bancarios, comenzando por el de cuenta corriente bancaria y en los negocios en los cuales el banco actúa como gestor de intereses de sus clientes – piénsese, entre otros, en los servicios de intermediación en cobros y pagos, en la representación de tenedores de bonos, en el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de crédito documentario y en los negocios fiduciarios, en particular - pueden presentarse eventos en los cuales la decisión del banco entrañe un conflicto entre los intereses del cliente y los suyos propios o los de un tercero. En esa hipótesis, la aplicación del principio de lealtad indicará que, bajo ninguna circunstancia, podría el banco tomar la decisión que lo favoreciera o beneficiara al tercero en detrimento de los intereses de su cliente. Pero como en la práctica las situaciones pueden resultar sumamente complejas y serlo igualmente la decisión del banco, pues muchas decisiones no son excluyentes y algunas, incluso, a pesar de sugerir lo contrario pueden terminar siendo benéficas para el cliente, debe recordarse que el conflicto se maneja mejor si se elimina la causa que frecuentemente contribuye mas a la eventual reclamación

del cliente y es el desconocimiento de la situación de hecho, lo que conduce de nuevo a la obligación de informar. En efecto, si el cliente conoce lo que ocurre tiene como primera posibilidad la de autorizar expresamente al banco para actuar en una determinada forma, con lo cual se elimina anticipadamente su posible responsabilidad. Y en caso contrario, no deja dudas para el banco sobre el cuidado con el que debe tomar su decisión. De hecho, no es extraño que los conflictos de interés sean resueltos por la misma ley a partir de la exteriorización de la situación potencialmente explosiva. Hemos dado al efecto dos ejemplos clásicos: el del contrato de mandato en el cual se prohíbe al mandatario que negocie consigo mismo, a menos que lo autorice el mandante, y el de las normas sobre crédito para personas vinculadas – tales como directores, altos empleados, accionistas, sociedades matrices o filiales, etc. – que normalmente lo prohíben o limitan en alto grado pero cuyas excepciones se fundan, por lo general, en el respeto a ciertos principios de igualdad y a la autorización expresa de cuerpos colegiados, vale decir del Directorio y aun de la Junta de socios o Asamblea de accionistas.⁵⁹

Tal como se ha formulado, la obligación de información es claramente de resultado, razón por la cual el banco debe estar en condiciones de probar que la información sobreviniente y relevante fue dada a conocer oportuna y cabalmente a su clientela.⁶⁰

Y de no hacerlo, tendrá el riesgo de ser condenado por los perjuicios derivados de su incumplimiento. Ahora bien, no sobra precisar que esta obligación no se extiende a la de aconsejar ni que las expresiones pueden tenerse por equivalentes. Aconsejar o recomendar va más allá, sugiere vías de acción entre varias posibles, todas o varias aparentemente buenas. Quizás si entrañara una prevención podrían tenerse por similares, aunque no es extraño que al optar por una decisión frente a otras se produzca un simultáneo análisis sobre las fortalezas y debilidades de todas. Por ello, aunque la línea divisoria no resulte siempre nítida, acompañamos la posición doctrinaria según la cual la obligación de

59. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "La Responsabilidad del Fiduciario", ps. 74 y ss. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades". Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 312. 1.998. Bogotá. La ley colombiana brinda otro interesante ejemplo al ordenar a los administradores "abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona... en actos en los cuales exista conflicto de intereses salvo autorización expresa de la Junta de socios o Asamblea general de accionistas" (L.222/95 art. 26 numeral 6) Al respecto hemos dicho: "Los conflictos de intereses son numerosos en la legislación mercantil y en la realidad. Ellos fluyen naturalmente de la vida. Pero la misma ley, normalmente, y las partes suelen solucionarlos poniendo sobre la mesa su existencia y dándole una salida que elimine el potencial daño derivado de actuar en un sentido contrario al que debe protegerse. Los actos en los que existe algún conflicto de intereses pueden resultar beneficiosos para la sociedad y por ello la ley no los prohíbe sino que los regula cuidadosamente." (p. 58)

60. v. Supra Cap. I, 4.3.6

consejo es distinta y debe ser objeto de un pacto expreso que la consagre⁶¹.

61. LE TOURNEAU / CADIET, op. cit. p. 507

CASO PRACTICO DEL MODULO IV**TALLER DE PROFUNDIZACION****Caso Sobre Mercado de Valores Y LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA**

La Fundación OCA (Fideicomitente – beneficiario) asigna la suma de Cincuenta Millones de dólares (US\$50.000.000) con el propósito de financiar estudios de niños desplazados por la violencia, de manera que puedan adelantarlos, incluida una carrera profesional. Para asegurar que los recursos y la finalidad de su decisión se cumplan cabalmente, decide realizar un contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria la Estrella S.A., domiciliada en Bogotá. En él se prevé que, mientras la Junta Directiva de la Fundación realiza los estudios, selecciona los candidatos, hace los acuerdos con colegios y universidades y pone el programa en capacidad de ser operativo, la fiduciaria debe invertir los recursos para que, junto con sus rendimientos, hagan parte del patrimonio autónomo constituido con la partida inicial. El contrato prevé que un Comité, integrado por dos miembros de la Junta Directiva de la Fundación y por su representante legal, actuará como asesor de la fiduciaria, con el fin de que esta pueda debatir, en su seno, dudas que le suscite el proceso de administración e inversión de los recursos. El contrato incluye las cláusulas habituales en este tipo de negocios, incluidos los de rendir cuentas, al menos, una vez cada seis meses.

En curso del contrato, la fiduciaria recibe una comunicación firmada por el representante legal en la cual ordena invertir parte importante de los recursos líquidos disponibles en papeles de renta variable de empresas del sector tecnológico. En su carta de respuesta la fiduciaria expresa al representante legal del fideicomitente su preocupación teniendo en cuenta la alta volatilidad en los precios de las acciones del sector y la muy poca bursatilidad de las mismas, es decir, la de un mercado secundario prácticamente inexistente, dadas las dificultades que varias empresas del sector han tenido en los últimos tiempos. El representante legal de la fundación insiste en que, precisamente por ello y porque los precios han bajado sustancialmente, debe esperarse que una inversión hecha en este momento produzca una importante valorización en el corto plazo. Atendiendo la insistencia en estas instrucciones la fiduciaria procede a invertir el 90% de los recursos en la forma establecida, o sea, cuarenta y cinco millones de dólares (US\$ 45.000.000) y mantiene un 10% en papeles de renta fija y alta liquidez, esto es, cinco millones de dólares (US\$ 5.000.000).

El día 20 de Junio, transcurridos cinco meses y medio, cuando el reglamento se ha elaborado y se han cumplido los requisitos previos

establecidos por la junta de la fundación, ésta, por conducto del representante legal, ordena que se proceda a hacer pagos por una suma equivalente a treinta y cinco millones de dólares, (US\$ 35.000.000) a un consorcio conformado por un colegio y una prestigiosa Universidad, con los cuales se ha suscrito un acuerdo. En virtud del cual y mediante el pago anticipado de las sumas que corresponden al porcentaje señalado, se ha obtenido no solo un precio especial equivalente al 50% del valor de la matrícula ordinaria, sino el compromiso de que, por cada una de estas becas financiadas con el fondo, la Universidad y el Colegio, pondrán otro tanto, siempre que tal operación pueda cerrarse antes del 30 del mes de julio, pues la favorabilidad en el esquema está vinculada, a su turno, con el sistema de aplicación de otras donaciones en manos de la Universidad que permite cubrir los aportes a su cargo. Pero de no poderse hacer en tiempo, dichos recursos habrán de aplicarse, por fuerza, a otras finalidades previamente establecidas.

Cuando la Fiduciaria instruye a su corredor de bolsa para liquidar los papeles se encuentra aterrada con que, desde un comienzo, el deterioro del portafolio ha sido notable y progresivo y que el valor del mercado es, en ese momento, apenas, de un 70% del que tenían cuando se realizó la inversión, esto es, treinta y un millones quinientos mil dólares. (US\$ 31.500.000)

La Fiduciaria encuentra que en esas condiciones se perdería una suma importante y que, en todo caso y aun optando por tomar la parte líquida, agotará prácticamente el patrimonio. Al poner esta situación en conocimiento al fideicomitente, y pedirle instrucciones, éste estudia el tema durante quince (15) días y luego protesta airado y exige a la Fiduciaria asumir la responsabilidad derivada de su gestión. Al recibir la carta, la Fiduciaria se encuentra con que la situación ha empeorado, pues el portafolio ya solo vale el 60% de su valor inicial, esto es, veintisiete millones de dólares (US\$ 27.000.000) con lo cual y aun tomando las inversiones liquidas y sus rendimientos, no podrá hacerse siquiera el pago previsto al consorcio educativo.

(y aquí comienza nuestra reunión)
Preguntas

Usted es la Fundación OCA (Fideicomitente – Beneficiario)

1. ¿Qué comentarios generales le merece el caso?
2. Enumere los cuestionamientos que le formularía a la fiduciaria en el desarrollo de su encargo y ordénelos comenzando por el más grave hasta el menos grave.

3. ¿En cuánto estimaría el perjuicio causado por la fiduciaria?
4. ¿Creé usted que la fundación y/o su representante legal pueden tener culpa en lo ocurrido?

Usted es la Fiduciaria

1. ¿Qué opinión general le merece el caso?
2. ¿En qué errores creé haber incurrido y qué exoneración o justificación podía dar para explicar su conducta?
3. ¿Qué errores de conducta podría imputarle a la fundación fideicomitente?
4. ¿Qué actitud asumiría en caso de que el fideicomitente – beneficiario le anunciará la presentación de una demanda en su contra, por responsabilidad civil contractual?

Usted es el juez

1. ¿Qué opinión general le merece el caso?
2. El fideicomitente demanda a la fiduciaria afirmando que es responsable de lo ocurrido. Haga usted una lista de los argumentos que presentaría para sustentar su posición.
3. La fiduciaria expresa que no es responsable. Indique que excepciones o defensas propondría.
4. ¿En qué sentido fallaría y por qué?

