

2.4. CONVENIOS PARA TRÁMITE DE ÓRDENES DE PAGO.

De conformidad con lo previsto en la Resolución 035 del 16 de enero de 1980, emanada del Departamento Nacional de Cooperativas DANCOOP se prohibió a las cooperativas de ahorro y crédito continuar expidiendo instrumentos similares a los cheques para facilitar a sus clientes el manejo de los depósitos de ahorro que en ellas efectúe.

Al respecto, este Despacho se permite señalar las siguientes consideraciones a efectos de que los bancos se abstengan de celebrar convenios con las cooperativas de ahorro y crédito en los cuales se obliguen a aceptar las ordenes de pago utilizadas por los cuentacorrentistas de las cooperativas como instrumentos al cobro.

En primer término, es necesario recordar que los cheques son títulos valores que contienen una orden incondicional de pagar a la vista una suma determinada de dinero y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo [712](#) del Código de Comercio, sólo pueden ser expedidos a cargo de un banco y en formularios impresos de cheques o chequeras suministrados por éste a sus clientes en desarrollo de un contrato de cuenta corriente bancaria.

Por estas condiciones y porque, entre otras cosas, las cooperativas de ahorro y crédito no son establecimientos bancarios, los documentos expedidos por ellas no participan de las características propias de los cheques y por tal razón no puede considerarse que pertenezcan a dicha especie de títulos valores. Sin embargo, dada la similitud que tienen con tales títulos se ha inducido al público en general a considerar erróneamente que se trata de verdaderos cheques.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo [1382](#) del Código de Comercio, en virtud del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar exclusivamente sumas de dinero y cheques en el establecimiento bancario, y como según se analizó dichos títulos no participan de ninguna de estas dos categorías, este Despacho les solicita abstenerse de celebrar este tipo de convenios con las cooperativas de ahorro y crédito, de recibir como títulos valores dichos documentos y de llevarlos al canje, pues en éste solo se aceptan cheques y los documentos que expresamente haya admitido el Banco de la República en el reglamento de la Cámara de compensación.

2.5. SALDOS MÍNIMOS.

Este Despacho se permite manifestarle a los establecimientos bancarios que la práctica de exigir a los clientes saldos mínimos promedios en sus respectivas cuentas corrientes como requisito para mantenerlas vigentes, desconoce lo dispuesto en el artículo [100](#), literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En ocasiones, la conducta descrita se realiza mediante la remisión de un volante a los cuentacorrentistas, en el cual el establecimiento bancario informa a su cliente acerca del requisito impuesto por la entidad, manifestando que, de no ser aceptado, se procederá a saldar la cuenta corriente bancaria respectiva.

Al respecto, debe tenerse presente que la intención del legislador al expedir la norma fue la de buscar un camino jurídicamente sano tendiente a evitar que los bancos procedieran a imponer a los cuentacorrentistas restricciones en el mantenimiento de saldos; así mismo, se considera que si en nuestro Estatuto Mercantil no se hizo mención alguna en lo atinente a limitación de saldos en

cuenta corriente, no le es dable a los establecimientos bancarios imponer cláusulas restrictivas en tal sentido.

De otra parte, es conveniente aclarar que la facultad expresada en el artículo [1389](#) del Código de Comercio, hace referencia a la terminación unilateral del contrato por cualquiera de las partes intervinientes en su celebración, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones impuestas para cada una de ellas; es así como, es posible que tanto el banco como el cliente ejerciten dicha facultad legal expresando o no la razón para ello, pero sin que pueda saldarse dicha cuenta corriente bancaria utilizando el supuesto jurídico mencionado, con el fundamento de que el cliente no posee dentro de su estado de cuenta un monto determinado, toda vez que se estaría utilizando la facultad derivada de la autonomía de la voluntad, permitida para la terminación del contrato, con el fin de violar un claro precepto legal, olvidando los bancos que el ejercicio de su derecho se encuentra limitado por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Esta conducta, no admite consideraciones en cuanto a si ella se enmarca dentro de los pactos permisibles, bien sea a la celebración del contrato o con posterioridad, como quiera que dicha cláusula estaría en abierta contradicción con una disposición imperativa de la ley, que por su carácter es de ineludible acatamiento (artículo [100](#). literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.)

De otra parte, el procedimiento que se ha dejado anotado, estaría limitando la prestación del servicio bancario, que por lo demás es un servicio público, y que por su naturaleza debe ser prestado en igualdad de condiciones tanto a pequeños como a grandes cuentahabientes; aceptar lo contrario, sería tanto como hacer más oneroso dicho servicio para las personas de escasos recursos económicos, lo cual no se compadece con el carácter mismo de la actividad bancaria, que como ya se anotó, es de interés público.

Además, en el evento de que los establecimientos bancarios utilicen el mecanismo descrito durante el desenvolvimiento del contrato de cuenta corriente bancaria, ello no sólo generaría los efectos anteriormente mencionados, sino que también implicaría una modificación unilateral de los términos inicialmente acordados por las partes contratantes, desconociendo el carácter bilateral que ostenta el contrato.

En virtud de lo expuesto, los bancos deberán abstenerse de efectuar la práctica que motiva la presente instrucción, con la advertencia de que su realización hará incurrir a esas entidades en las sanciones previstas en la Ley.

2.6. SOBREGIRO EN CUENTA CORRIENTE.

En razón de la mecánica misma de la gestión bancaria, la cuenta que se abre al depositante de dinero se limita al monto de los depósitos, de manera tal que la obligación del Banco cesa para con el cuenta correntista y éste no puede exigir nada de aquel, en cuanto se haya extinguido el depósito a través de los giros hechos por medio del instrumento denominado cheque. Esto explica también que cuando un cheque es visado por el Banco sobre el cual se gira, la certificación equivale a aceptación.

Es claro, en consecuencia, que el cuentacorrentista a quien se permite girar más de lo que ha depositado es, frente al Banco, deudor en razón de un préstamo que éste le hace, puesto que se repite, el banco no está legalmente obligado a pagar si no hay provisión por parte del girador; con

lo cual se pone de presente, además, que el banco por la concesión del sobregiro, no puede cobrar comisión, esto es, remuneración por un servicio hecho al girador, sino intereses, o sea la remuneración normal que corresponde al préstamo de dinero.

Analizado el sobregiro como un préstamo que hace el Banco al cuenta correntista resulta evidente que le son aplicables las normas referentes al mutuo comercial contenidas en el Código de Comercio, aunque el cuentacorrentista no sea comerciante y particularmente el artículo [125](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de acuerdo con el cual, "Cuando el banco pague cheques por valor superior al saldo de la cuenta corriente, el excedente será exigible a partir del día siguiente al otorgamiento del descubierto, salvo pacto en contrario.

"El crédito así concedido ganará intereses en los términos previstos en el artículo [884](#) del Código de Comercio".

Por otra parte, si el Banco quiere devengar intereses tanto remuneratorios como moratorios por estos préstamos, distintos de los legales, ha de estipularlo por escrito, so pena de no poder cobrar en juicio sino aquéllos (artículo [884](#) del Código de Comercio).

En consecuencia, es claro que los establecimientos bancarios pueden señalar plazo para el pago de los sobregiros que concedan de conformidad con lo establecido en el artículo [125](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como estipular, con el cuenta correntista los intereses remuneratorios, así como los moratorios que correrán en su favor por razón de la demora. Una y otra estipulación han de constar por escrito, pero no es necesario hacerlo así cada vez, ya que surgiendo esta obligación de la ejecución misma del contrato de depósito convenido con el Banco puede válidamente insertarse en el formulario que a este efecto firma el correntista en escrito separado.

2.7. PROHIBICIONES PARA INCREMENTAR Y PRODUCIR SOBREGIROS.

Es necesario precisar que los sobregiros o descubiertos no podrán incrementarse ni producirse en los siguientes casos:

- a. Por cargos a la cuenta por concepto de remesas negociadas extraviadas en el correo.
- b. Por cargos a la cuenta por concepto de cheques extraviados en el canje.
- c. Por cargos a la cuenta provenientes de las prefinanciaciones o financiaciones para futuras exportaciones, cartas de crédito utilizadas, abonos o cancelación de obligaciones de cartera; ni por intereses, comisiones y demás gastos causados por las operaciones antes citadas
- d. Por cargos de comisiones o intereses por devoluciones de cheques impagados

2.8. FORMULARIOS DE CHEQUES.

Las prácticas adoptadas por los bancos deben consultar las previsiones de seguridad y prudencia que garanticen los derechos no solo de los cuentacorrentistas sino en general de los tenedores de los cheques, por tal razón, estos títulos únicamente pueden ser librados en formularios elaborados o autorizados por los bancos. En tal virtud, los formularios de cheques serán impresos por los bancos bajo su responsabilidad y contendrán necesariamente el nombre del banco librado y una numeración consecutiva que permita identificarlos plenamente.

Cuando, excepcionalmente, los bancos autoricen a su clientela para elaborar formularios especiales de cheques, se suscribirá un documento en que consten claramente las obligaciones que se generan para el cuentacorrentista, los requisitos y factores de seguridad que deberán llenar los instrumentos y particularmente, la necesidad de incluir la impresión del nombre del librado y del número de identificación de los cheques.

Para este efecto, se le señalará a cada cliente numeraciones consecutivas y particulares que deberán estar impresas en los cheques, de manera que permitan identificarlos, sin lugar a duda como correspondientes a los instrumentos especiales, cuya elaboración ha sido autorizada al mismo.

En ningún caso se autorizarán chequeras especiales que, al carecer de los requisitos mencionados, permitan librar cheques a cargo de distintos bancos al arbitrio del titular de las cuentas corrientes.

Cuando el banco utilice para el procesamiento de sus cheques caracteres magnéticos que identifiquen tanto al banco como al cliente o a cualquiera de ellos, dichos caracteres serán necesariamente impresos por el banco, aún cuando medie contrato para elaboración de chequeras especiales

2.9. PROTESTO DE CHEQUES.

Esta Superintendencia considera necesario impartir instrucciones a los bancos sobre la forma en que debe procederse cuando el tenedor de un cheque lo presenta para su protesto, en el sentido de complementar el protesto que consiste en estampar al dorso del cheque la palabra "protesto", la causa de éste, el lugar, la fecha, la firma del girado y de los testigos, con el nombre o razón social del girador y la denominación o número de la cuenta.

Teniendo en cuenta que estos requisitos adicionales al protesto son exigidos por la mayoría de los jueces penales encargados de la investigación de los delitos cometidos con cheques a que se refiere el artículo [357](#) del Código Penal y el artículo lo. numeral 15 de la Ley 23 de 1991, este Despacho considera que no hay violación de la reserva bancaria. Por el contrario, tales formalidades se hacen indispensables en el caso de ser la firma del girador ilegible, con el objeto de poder entablar la denuncia contra el directamente responsable y no en averiguación de él, mientras se establece su identidad por el sistema engorroso y demorado de una inspección ocular dentro del sumario.

En tal virtud, los bancos deben impartir instrucciones a sus oficinas a efectos de que se proceda en el protesto en la forma indicada, cuando así sea solicitado por la persona que se presente con tal fin.

2.10. CHEQUES ESPECIALES.

a. Cheque fiscales

La ley 1a. de 1980 adicionó, tal como lo expresa su texto, el libro 3o., título III, capítulo V del Código de Comercio en la subsección de los cheques especiales y definió los cheques fiscales como aquellos que son girados por cualquier concepto a nombre de una entidad pública de las definidas en el artículo 20 del Decreto 130 de 1976; vale decir la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y

las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En desarrollo de lo anterior, dispone la norma comentada, que los cheques fiscales no son negociables y las limitaciones que la ley les establece no podrán ser obviadas ni siquiera por el mismo librador del título, y en esa medida está legalmente prohibido negociar o abonar en cuentas corrientes de particulares cheques girados a favor de entidades públicas.

Cabe anotar, sin embargo, que las restricciones a la negociabilidad y pago del cheque fiscal no impiden su negociabilidad interbancaria en las cámaras de compensación.

Así las cosas, al cheque fiscal se aplican las disposiciones especiales del cheque para abono en cuenta, en cuanto su pago se realiza mediante un asiento contable por el cual se acredita la cuenta corriente que el beneficiario tenga en el banco librado, o a través de la negociación interbancaria en la cámara de compensación. Por cuanto se trata de un título no negociable y no transferible por endoso en propiedad, para efectos de su pago a través de un banco intermediario solo podrá endosarse al cobro.

No sobra recordar que mediante el debido cumplimiento de las disposiciones relacionadas con el cheque fiscal, no solo se protege al Tesoro Público contra el aprovechamiento indebido de su patrimonio, sino que, igualmente, se resguarda a las entidades bancarias que, según la ley 1a. de 1980, responden en su totalidad por los pagos o negociaciones que en cualquier forma violen lo prescrito en esa ley.

Así mismo, este Despacho observará un cuidadoso control sobre el cumplimiento de las instrucciones antes señaladas, sin perjuicio del control adicional que efectuará la Contraloría General de la República.

Por lo anteriormente expuesto, se reitera el estricto cumplimiento a lo dispuesto en la ley 1a. de 1980, toda vez que su artículo 5o. dispone que los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren cheques fiscales en contravención a lo que ella prescribe, responderán en su totalidad por el pago irregular.

b. Cheques con negociabilidad restringida.

Este Despacho se permite señalar las siguientes consideraciones jurídicas relacionadas con la viabilidad de efectuar el pago por ventanilla de cheques en los cuales se ha incorporado una cláusula de restricción de negociabilidad.

Prescribe el artículo [715](#) del Código de Comercio que los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la Ley "...sólo podrán cobrarse por conducto de un banco". El examen de la frase recién transcrita, cuyo contenido es imperativo conduce "prima facie" a la conclusión de que el beneficiario de un título, cuando el mismo no sea un establecimiento bancario, no estaría habilitado para reclamar el pago del importe del cheque, puesto que del enunciado del precepto legal no se deduce que existan excepciones o exclusiones a la regla trazada, siendo preciso anotar que los argumentos de conveniencia o inconveniencia no pueden tener cabida en el análisis, ya que establecer el sentido y alcance de una disposición legal con base en la apreciación que se tenga sobre el contenido ideal de una regla jurídica conduce invariablemente a sustituir la posición de intérprete por la propia de la autoridad investida con la atribución de dictar la norma.

No obstante la definición del problema a la que inicialmente se arribó y que se dejó resumida atrás, un examen del tema ha llevado a concluir que el punto en discusión puede abordarse desde una perspectiva diferente, teniendo en cuenta el efecto que naturalmente se sigue de la inclusión de una cláusula de restricción de la disposición contenida en el artículo [715](#) del Código de Comercio, dentro del conjunto de las normas que regulan el cheque.

El aparte primero del artículo [715](#) establece que puede incorporarse válidamente al cheque una cláusula enderezada a limitar su negociabilidad. La negociabilidad del cheque se verifica, tratándose de títulos a la orden, mediante el endoso y entrega del instrumento; en relación con los títulos al portador la limitación no tendría efecto práctico alguno, en cuanto no habría posibilidad de establecer una dicotomía entre beneficiario y tenedor, al menos cambiariamente.

El endoso puede revestir varias modalidades, en propiedad, en procuración o en garantía. El endoso en procuración presupone legitimar a un tercero para cobrar el instrumento. En principio, una cláusula que restringe la negociabilidad no permitiría que el cheque se consignara en una cuenta abierta por el beneficiario. Con la disposición contenida en el inciso segundo del artículo

[715](#) se faculta a los bancos para actuar como mandatarios al cobro de los beneficiarios que persiguen obtener el pago de un cheque con esta característica, sea porque lo han consignado directamente en el banco cobrador o en otra institución financiera que garantiza al banco cobrador que se abonará en cuenta del beneficiario.

Con fundamento en la consideración anterior es viable afirmar que el cheque no negociable, por disposición que haya quedado vertida en el documento o por virtud de una norma legal que así lo consagre, puede ser pagado directamente por el banco librado a su beneficiario, sea por ventanilla o sea por otro medio, o puede ser cobrado valiéndose de los servicios de un banco, siendo esta última opción una excepción legal a la limitación de negociabilidad comentada. Con todo, debe tenerse presente que los cheques fiscales, regulados por la ley 1ª de 1980, no pueden ser pagados sino mediante el abono de su importe en la cuenta de la entidad pública beneficiaria, por razón de disposición expresa en tal sentido.

La función propia de la cláusula de no negociabilidad es la de impedir que un tercero diferente del beneficiario pueda legitimarse para exigir el pago del instrumento. Dicha función se satisface tanto cuando el pago del importe del título se hace directamente a la persona del beneficiario que presenta el cheque ante el banco librado, como cuando el mismo se calcula por conducto de un banco que lo cobra en nombre y por cuenta del beneficiario.

Con arreglo a lo antes expuesto puede concluirse que la disposición contenida en el inciso segundo del artículo [715](#) del Código de Comercio admite dos interpretaciones divergentes: una según la cual al establecerse que el cheque con negociabilidad restringida solo podrá cobrarse por conducto de un banco, se está prohibiendo el pago al beneficiario en forma directa; otra, conforme a la cual la restricción de negociabilidad impone al librado la obligación de pagar el cheque exclusivamente a la persona que acredite ser el beneficiario del mismo, a menos que, según lo señala el segundo inciso del artículo [715](#) citado, se cobre por conducto de un banco que actúe en beneficio de quien sea el titular primigenio del derecho incorporado en el cheque; la restricción impuesta por norma legal o por disposición de autonomía particular puede ser complementada con la inclusión de otras cláusulas como el cruzamiento general o especial o la indicación de que el cheque es para abono en cuenta.

La segunda posición esbozada, que corresponde a la adoptada en la práctica bancaria, ha de

acogerse por ser la que consulta la función asignada legalmente a la figura de la restricción de negociabilidad, la cual se presenta por virtud de mandato legal o por la inclusión de cláusulas tales como "páguese al primer beneficiario o "no negociable", razón por la cual el cheque no negociable podrá ser válidamente pagado por el banco librado al beneficiario en forma directa o por la vía establecida en el segundo inciso del artículo [715](#) del Código de Comercio, salvo en el caso de una norma legal que limite de manera específica el pago directo al beneficiario, como ocurre con los cheques fiscales que sólo podrá pagarse abonando su valor en la cuenta que la entidad pública mantengan en el banco librado o en el establecimiento de crédito consignatario.

c. Canje de cheques con negociabilidad restringida

Toda entidad financiera autorizada por la ley para recibir cheques en consignación con cláusula de negociabilidad restringida deberá hacer una revisión cuidadosa del título, desde el punto de vista formal, con el propósito de verificar si de quien lo recibe o el titular de la cuenta en la cual está consignando, es el legitimado para ejercer el derecho incorporado en el título respectivo.

En estos términos cuando una entidad crediticia envíe por canje cheques con negociabilidad restringida, consignados en las cuentas de sus clientes, deberá haber certificado al banco librado que el título fue consignado en la cuenta del primer beneficiario, mediante la imposición del sello mecánico en el que se indique tal circunstancia (ejemplo: "Certifícase consignación de este cheque en cuenta del primer beneficiario").

Respecto de los cheques consignados en cuentas abiertas en corporaciones de ahorro y vivienda, o en otras entidades autorizadas por la ley para recibir cheques en consignación (cooperativas de ahorro y crédito, y otros), la certificación que éstas hagan surtirá efectos ante el banco que reciba el documento para presentarlo al canje y ante el banco librado.

Es de anotar que la devolución del instrumento a la entidad consignataria, en el evento de haberse omitido la certificación, no puede afectar al tenedor legítimo del título, en el entendido de que dicha causal es de uso meramente interbancario.

De otra parte, la Superintendencia considera que los bancos no deben solicitar como requisito obligatorio que los cheques con cláusula restrictiva de la negociabilidad presentados para el cobro a través del mecanismo de la Cámara de Compensación, además de contener el sello de certificación de que trata el presente subnumeral, contengan la firma del funcionario que en el establecimiento de crédito se encarga de imponer las certificaciones respectivas.

En efecto, la firma del funcionario encargado de estas funciones puede ser establecida como medida de control, tendiente a establecer responsabilidades administrativas internas, puesto que frente al banco librado y a los demás terceros es el banco consignatario o la corporación de ahorro y vivienda respectivas (como persona jurídica), el responsable de una indebida certificación.

El inciso final del artículo 6o. de los acuerdos interbancarios vigentes, cuyas disposiciones debe observar el banco librado, claramente dispone que, "...en los cheques no negociables por cualquier causa, salvo los fiscales respecto de los cuales se aplicarán las disposiciones legales vigentes, se utilizará por el establecimiento de crédito que recibe y manda al canje el instrumento o lo cobra directamente al banco librado, un sello que diga: 'Certifíquese consignación de este cheque en cuenta de primer beneficiario'; el establecimiento de crédito que imponga el sello se hará responsable, frente al banco librado, en el evento de que el título sea pagado a persona

diferente del tenedor legítimo".

En tal virtud, la exigencia de la firma autógrafa en el asunto analizado, además de contribuir a dilatar el canje de cheques con negociabilidad restringida, desvirtúa la función y el objeto de la Cámara de Compensación.

d. Procedimiento para el pago de cheques con negociabilidad restringida y para abono en cuenta

El cheque para abono en cuenta, como todo cheque, es en principio negociable, salvo que expresamente se limite su circulación por medio de una cláusula en tal sentido.

Ahora, si bien es cierto que el cheque para abono en cuenta y el cheque no negociable tienen características comunes, también es cierto que sus diferencias específicas justifican un tratamiento diferente en cuanto a la forma de pago se refiere en los siguientes aspectos:

Tratándose de cheques cuya negociabilidad se ha restringido cualquiera que sea la cláusula utilizada para tal efecto, el librado solo podrá efectuar un pago válido en la medida que lo efectúe al tenedor legítimo del instrumento bien directamente o por conducto de otro banco tal como dispone el artículo [715](#) del Código de Comercio, ya sea por ventanilla o a través de la cámara de Compensación y sin que exista obstáculo legal alguno para que el tenedor del título reciba su importe en efectivo o mediante un abono en su cuenta corriente en el banco endosatario.

Tratándose de cheques con la cláusula "Para abono en cuenta", estos podrán circular libremente siempre y cuando no se restrinja su negociabilidad además de haberse restringido su forma de pago y solo constituirá un pago válido aquél que no se realice en efectivo sino mediante un asiento contable en la cuenta corriente o de ahorros que el tenedor lleve en el banco librado, en otro banco o en una corporación de ahorro y vivienda.

Así mismo y en la medida de lo posible considera esta Superintendencia que sería importante que las entidades hagan conocer a su clientela las diferencias ya anotadas entre estas dos especies de cheques con el objeto de evitar equívocos en la cláusula a utilizar cuando lo que se pretenda restringir por el librado del título sea su negociabilidad y no su forma de pago.

Respecto del pago de este cheque especial, el artículo [737](#) del Código de Comercio, dispone que no podrá ser en efectivo, sino exclusivamente por medio de un asiento contable que acredite la cuenta del tenedor, sin embargo, no especifica la naturaleza de la cuenta donde debe acreditarse el monto del cheque, aunque en ocasiones se ha estimado que el pago debe efectuarse mediante el abono en la cuenta corriente bancaria que el tenedor tenga en el banco librado, ninguna norma circunscribe a esta clase de cuentas.

Debe admitirse por lo tanto, que tal asiento contable podrá hacerse en una cuenta corriente bancaria o en una cuenta de ahorros. Si el tenedor posee una cuenta, corriente o de ahorros, en el banco librado, éste procederá a acreditar dicha cuenta.

Si el tenedor del cheque para abono en cuenta no posee una cuenta corriente o de ahorros en el banco librado, puede endosar el cheque en procuración al banco donde sea titular de una de estas cuentas, para que este último lo presente al cobro ante el banco librado.

En tal evento, el banco librado puede aceptar que el banco intermediario actúe en calidad de mandatario suyo para el pago; celebrándose entonces un contrato de mandato comercial entre los dos bancos, regido por el artículo [1262](#) y siguientes del Código de Comercio. El objeto de dicho

contrato consistirá en la obligación que asume el banco intermediario de hacer, por cuenta del banco librado, un asiento contable en sus propios libros, abonando de esta forma el importe del cheque en la cuenta del tenedor.

El banco intermediario actuará como mandatario del tenedor para el cobro del cheque (artículo [658](#) Código de Comercio), y como mandatario el banco librado para el pago del título (artículo [1262](#) del Código de Comercio).

Así las cosas, estima este Despacho que el pago de un cheque "para abono en cuenta" a través de un banco endosatario para el cobro no desvirtúa la finalidad de dicha cláusula y sí, por el contrario, constituye un mecanismo mucho más expedito para que el tenedor de esa especie de cheques pueda obtener efectivamente su pago, sin pretender para ello que se encuentre

obligado a abrir cuenta en el banco librado ni que este a su vez se encuentre obligado a abrir cuenta a todo tenedor de esta especie de cheque.

Por tal razón, el pago de cheques para abono en cuenta a través de un banco intermediario constituirá un pago válido siempre que este se realice mediante abono en la cuenta corriente o en la cuenta de ahorros que lleve el tenedor en el establecimiento bancario correspondiente.

e. Consignación en las corporaciones de ahorro y vivienda

Las corporaciones de ahorro y vivienda son establecimientos de crédito autorizados para recibir depósitos de ahorro por el sistema de valor constante (artículo [21](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). En desarrollo de tal facultad, los titulares de las cuentas abiertas en dichas corporaciones pueden depositar los cheques para abono en cuenta, tanto negociables como no negociables, endosándolos en procuración a la corporación. Esta a su vez, los endosa en idéntica forma (artículo [658](#) del Código de Comercio) a un banco para que lo presente al banco librado.

De acuerdo con la interpretación que se le ha dado al artículo [737](#) del Código de Comercio, el banco librado puede realizar el pago con intervención de un mandatario, celebrando un contrato de mandato con el banco intermediario, quien actuará simultáneamente, en calidad de mandatario de la corporación para los efectos de la presentación del cheque para su cobro y como mandatario del banco librado para el pago.

Teniendo en cuenta, que el banco intermediario no puede abonar el monto del cheque en libros, debido a que la cuenta del tenedor está en la corporación de ahorro y vivienda, puede delegar el mandato para el pago a la corporación, conforme a lo dispuesto en el artículo [2161](#) del Código Civil, y aún puede llegar a celebrarse un mandato entre el banco librado y la corporación de ahorro y vivienda en el supuesto contemplado en el artículo [2163](#) del Código Civil, normas que son aplicables en virtud de la remisión que hace el artículo [2o.](#) del Código de Comercio.

Finalmente, será la corporación de ahorro y vivienda quien en nombre del banco librado, abonará la cuenta del tenedor del cheque en sus libros.

En las situaciones anteriores se cumplen la letra y el espíritu de los artículos [715](#), [737](#) y [738](#) de Código de Comercio, por cuanto se habrá realizado un pago regular del cheque para abono en cuenta, y si además se trata de un cheque no negociable, la presentación para el cobro se habrá hecho por conducto de un banco.

f. Cuentas Convenio

Esta Superintendencia se permite impartir las siguientes instrucciones en relación con las denominadas “cuentas convenio” con el propósito de que las entidades la utilicen adecuadamente y, en consecuencia, den cumplimiento a las normas de encaje.

1) Reglas generales: en la apertura de cuentas corrientes y de ahorros a una misma persona a través de las cuales se estructuren cuentas convenio, debe estipularse claramente que en cada operación de traslado de fondos de una cuenta a otra, se requiere de autorización expresa del titular de las cuentas para cada caso concreto.

Lo anterior significa, que no resulta viable la estipulación de un poder general mediante el cual el titular de las cuentas autorice de manera general al establecimiento bancario para el traslado de los fondos.

2) La compensación en las cuentas convenio: esta forma de extinción de las obligaciones está expresamente contemplada para el contrato de cuenta corriente en el artículo [1385](#) del Código de Comercio, de acuerdo con el cual, “...el banco podrá, salvo pacto en contrario, acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores...”.

La figura de la compensación ha sido en extremo utilizada en la ejecución de las denominadas cuentas convenio o simplemente para facilitar los flujos entre cuentas de ahorro y cuentas corrientes de tal forma que produce el mismo efecto de la cuenta convenio. Sin embargo, esta Superintendencia considera que si bien el banco tiene la capacidad legal de aplicar la compensación, el ejercicio de tal derecho debe realizarse respetando el cumplimiento de normas de orden público económico.

En ese sentido, el empleo generalizado de la figura de la compensación o la realización de pactos o convenios que permitan el flujo o traslado automático desde las cuentas de ahorro hacia las cuentas corrientes y viceversa que los mismos clientes mantengan en la institución, no puede conducir a que con dichos mecanismos se puedan eludir directa o indirectamente el cumplimiento de los porcentajes de encaje requeridos por la autoridad monetaria.

Lo anterior significa, que una correcta interpretación de las normas aplicables a la celebración y ejecución de cuentas convenio implica necesariamente que debe establecerse una concordancia entre las normas de derecho privado que rigen el contrato de cuenta corriente y las normas de orden público que regulan el encaje de los establecimientos bancarios.

<TÍTULO III - CIRCULAR EXTERNA 041 DE 1996 - PÁGINA 10 - MAYO DE 1996>

En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado a propósito de este tema en sentencia del 27 de marzo de 1981 al señalar que, “...entiende la Sala que la cuenta-convenio produciría inmediato incremento de las disponibilidades de crédito del sistema bancario (...), pues la expansión secundaria del dinero debe mantenerse bajo el control de las autoridades monetarias a quienes corresponde determinar la magnitud de los encajes bancarios y la capacidad de expansión del dinero (...) También en sentir de la Sala, bien puede considerarse práctica susceptible de ser prohibida, pues no tiene otro objetivo que reducir los niveles de encaje promedio al que estarían sometidos los establecimientos bancarios, cambiando ágilmente cuentas corrientes con encajes más elevados a cuentas de ahorro con encajes más reducidos. Así burlaría el sistema bancario buena parte de los controles monetarios. Ciertamente no se trata de una

cláusula prohibida en forma expresa por la ley, pero sí de una práctica susceptible de ser restringida por las autoridades policivas en razón de su directa incidencia en la contabilización y cálculo de los encajes...”

“(...) De otro lado, bien puede decirse que la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad tienen clara restricción cuando intereses superiores, enmarcados por el orden público económico, determinan la acción del gobierno, prohibiendo una práctica que traería un indeseable nivel de expansión monetaria con peligrosas secuelas inflacionarias...”

Con base en las consideraciones expuestas, esta Superintendencia se permite señalar las siguientes conductas como constitutivas de prácticas no autorizadas en el desarrollo de cuentas convenio o en la ejecución de otros mecanismos de traslado de fondos que tengan efectos idénticos o similares a los de la cuenta convenio:

- La conducta consistente en solicitar a los clientes autorizaciones automáticas o poderes generales para facilitar el flujo de fondos de cuenta de ahorros hacia cuenta corriente y viceversa.
- La conducta consistente en que los establecimientos bancarios “motu proprio” trasladen fondos de cuentas corrientes hacia cuentas de ahorros o viceversa, sin el previo consentimiento de sus titulares.
- La conducta consistente en facilitar que los fondos de propiedad de los usuarios de las cuentas no tengan que ser depositados en cuenta corriente, pero puedan ser girados por medio de cheques que son atendidos gracias a la compensación, con fondos que permanecen en cuentas de ahorro. En otros términos, no es jurídicamente viable ningún tipo de acuerdo que tenga la posibilidad de eludir, ya sea directa o indirectamente, los porcentajes de encaje y esto se produce cuando se acude al expediente de permitir al cliente mantener fondos en la cuenta de ahorros de manera generalizada, conservando paralelamente una cuenta corriente vacía, pero utilizable para la disposición de los recursos que se mantienen en aquella.

Por consiguiente para que una entidad vigilada pueda proceder a efectuar tales traslados debe observar las estipulaciones contractuales, los preceptos legales y las regulaciones administrativas que rigen el respectivo contrato, a efectos de evaluar y determinar los casos concretos en que expresamente está autorizado para hacerlo, y de no existir esa posibilidad dentro del marco legal deberá abstenerse de realizar dichas transferencias u obtener previamente la autorización expresa del titular de la cuenta para cada caso en particular.

3. CAJILLAS DE SEGURIDAD.

El artículo [1424](#) del Código de Comercio dispone que los establecimientos bancarios que celebren el contrato de cajillas de seguridad conservarán un duplicado de la llave entregada al cliente, que depositará inmediatamente ante el funcionario que designe el Superintendente Bancario.

En primer término, se designa al Banco de la República para que lleve a cabo la guarda, como depósito en custodia, de los duplicados de las llaves de las cajillas de seguridad para todos los establecimientos bancarios del país.

En las poblaciones en las que el Banco de la República no tenga oficinas establecidas, obrarán como depositarios el Banco Popular o la Caja de Crédito Agrario por conducto del Director o

Gerente de la sucursal o agencia correspondiente.

<TÍTULO III - CIRCULAR EXTERNA 041 DE 1996 - PÁGINA 11 - MAYO DE 1996>

Las entidades bancarias depositarias, para el retiro de los duplicados de las llaves de las cajillas de seguridad, deberán cumplir rigurosamente con lo preceptuado al respecto por el inciso segundo del artículo [1424](#) del Código de Comercio. Para tal fin llevarán un registro en el cual se anotará cronológicamente el nombre del usuario de la cajilla y el número asignado a ésta, la fecha y hora en que se produzca el retiro de la llave y su entrega o restitución, así como, la indicación sobre si la solicitud de retiro fue conjunta o presentada exclusivamente por el Banco depositante.

Así mismo, los establecimientos bancarios depositarios llevarán un registro en el cual consten las firmas autorizadas de los usuarios de las cajillas de seguridad, y en él anotarán cronológicamente el nombre del usuario, la fecha y hora en que se produzcan depósitos o retiros restituciones de llaves y el número de la respectiva cajilla.

4. OPERACIONES INTERBANCARIAS.

4.1. COMPENSACIÓN INTERBANCARIA.

Para una mejor prestación del servicio de compensación interbancaria prestado por el Banco de la República, este Despacho considera necesario advertir a los establecimientos bancarios, que deben reconciliar las diferencias por fuera de la compensación en aquellos casos en los cuales en la segunda sesión de compensación se devuelvan documentos por valores superiores a los recibidos en la primera.

Al respecto, debe tenerse presente que el incumplimiento de la anterior instrucción contraría lo dispuesto en el "Reglamento de Compensación Interbancaria", aprobado por la Junta Directiva del Banco de la República mediante Acta No. 3848 del 27 de abril de 1989, y de manera especial los numerales 3.5 "Reconciliación de diferencias por fuera de compensación y 5.4. -"Monto de las devoluciones"-. En consecuencia, se solicita instruir a los funcionarios encargados de coordinar todos los aspectos atinentes a la participación de las entidades en el servicio de compensación con el objeto que se de estricto cumplimiento a lo dispuesto en el citado Reglamento, y evitar así dificultades en el funcionamiento del sistema.

Por lo expuesto, la Superintendencia Bancaria con base en las facultades que le confiere el artículo [326](#), numeral 5o., literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, califica como práctica no autorizada devolver, en la segunda sesión de compensación, valores superiores a los recibidos en la primera, sin que se reconcilien las diferencias por fuera de ella.

4.2. SALDO DÉBITO EN LA CUENTA CORRIENTE CON EL BANCO DE LA REPÚBLICA.

Los establecimientos bancarios deben abstenerse de incurrir en la práctica según la cual, una vez finalizada la primera etapa de la compensación interbancaria – canje de documentos al cobro-, algunas entidades adscritas a dicho servicio presentan saldos provisionales débito en la cuenta corriente en el Banco de la República, los cuales son cubiertos en la segunda etapa de compensación.

La conducta antes descrita, pone en peligro la estabilidad de la institución financiera, dadas las consecuencias que podrían derivarse en el evento de que no se obtengan los recursos necesarios para cubrir íntegramente el saldo a cargo, además de que puede conducir a la contravención de la Resolución Externa 14 de 1994, proferida por la Junta Directiva del Banco de la República.

De conformidad con lo expuesto, se califica como práctica no autorizada e insegura la conducta de los establecimientos bancarios que conduzca a generar saldos débitos en sus cuentas corrientes en el Banco de la República al finalizar la primera etapa de compensación interbancaria.

Igualmente, se califica como práctica no autorizada e insegura la falta de controles adecuados de tesorería que permitan examinar adecuadamente los flujos de fondos disponibles, toda vez que tales deficiencias no permitirían adoptar las medidas necesarias con la debida oportunidad para evitar situaciones como la que se comenta.

4.3. CANJE.

Esta Superintendencia estima pertinente señalar a los establecimientos bancarios que deben abstenerse de incurrir en la práctica consistente en que en la parte exterior de los sobres entregados para el cobro en las operaciones de canje, se hace figurar una cantidad mayor a aquella que resulta de sumar el valor de los documentos compensable librados a cargo de otra entidad bancaria de la misma plaza. Dicha práctica viene a convertirse en una forma de crédito interbancario sin costo financiero, mediante la distorsión de la operación de canje ordenada por la ley.

La conducta descrita, vale decir, la elevación ficticia del canje, parece no tener otra finalidad que la de solucionar en forma irreglamentaria situaciones de desencaje del establecimiento de crédito que incurre en esta práctica, previo acuerdo con otra u otras entidades de crédito

<TÍTULO III - CIRCULAR EXTERNA 041 DE 1996 - PÁGINA 12 - MAYO DE 1996>

Al realizar este tipo de prácticas se desfigura la veracidad contable del sistema y el Banco de la República sólo detectara la irregularidad cuando el valor entregado en la primera etapa del canje resulte inferior al realizado por comparación de las cifras en la segunda etapa de la operación.

Por las consideraciones anteriores, esta Superintendencia les solicita abstenerse de efectuar las prácticas descritas en este numeral, advirtiéndoles que su realización hará incurrir a las entidades en las sanciones previstas en los artículos [209](#) y [211](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por violación a las disposiciones que regulan el encaje legal.

5. REGLAS RELATIVAS A LA APERTURA Y RÉGIMEN DE LOS DEPÓSITOS EN MONEDA LEGAL DE NO RESIDENTES EN EL PAÍS Y DE LOS DEPÓSITOS EN MONEDA EXTRANJERA.

Para los efectos de lo dispuesto en el literal d., numeral 1º, artículo 59 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (JDBR), los establecimientos de crédito a que se refiere dicha norma que vayan a abrir cuentas corrientes o de ahorro en moneda legal a no residentes en el país o vayan a abrir cuentas en moneda extranjera deben observar las reglas señaladas en el presente numeral.

Para los efectos del presente numeral debe atenderse al concepto de residencia a que se hace alusión el artículo 2o. del Decreto 1735 de 1993.

5.1. REQUISITOS PARA LA APERTURA DE CUENTAS EN MONEDA LEGAL A NO RESIDENTES.

Las entidades que en desarrollo de lo dispuesto en literal d., numeral 1º, artículo 59 Resolución 8 de 2000 JDBR, vayan a abrir cuentas corrientes o de ahorro en moneda legal a personas naturales o jurídicas no residentes en el país deben atender las instrucciones señaladas en el Capítulo 11, Título Primero de la presente circular, en especial, lo relacionado con los requisitos de vinculación de clientes a que se refiere el Anexo 1 de dicho capítulo. Si la cuenta se va abrir desde el exterior a través de apoderado en Colombia, los documentos que se anexen, incluido el respectivo poder, deben cumplir las formalidades previstas en la ley para los documentos otorgados en el exterior.

Salvo la regla especial contenida en el numeral 5.3., y dado que estos depósitos no constituyen inversión extranjera, los mismos no gozan de los derechos cambiarios que se otorgan a tales tipos inversiones. Los recursos depositados en estas cuentas pueden ser utilizados para cualquier fin.

5.2. REQUISITOS PARA LA APERTURA DE CUENTAS EN MONEDA EXTRANJERA.

De acuerdo con el Estatuto Cambiario vigente, sólo pueden abrir cuentas de depósito en moneda extranjera en Colombia las empresas ubicadas en zonas francas, empresas de transporte internacional, agencias de viajes y turismo, almacenes y depósitos francos, entidades que presten servicios portuarios y aeroportuarios, personas naturales y jurídicas no residentes en el país, misiones diplomáticas y consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia y organizaciones multilaterales y los funcionarios de estas últimas. Estas cuentas no dan lugar a la expedición de chequeras o talonarios.

Las entidades vigiladas que en desarrollo de lo dispuesto en literal d., numeral 1º, artículo 59 Resolución 8 de 2000 JDBR, vayan a abrir cuentas corrientes o de ahorro en moneda extranjera a las personas a que se refiere el inciso anterior deben, además de atender las instrucciones señaladas en el anexo 1, Capítulo 11, Título Primero de la presente circular relativas a los requisitos de vinculación de clientes, obtener la siguiente información:

5.2.1. Tratándose de empresas ubicadas en zonas francas, empresas de transporte internacional, agencias de viajes y turismo, almacenes y depósitos francos, entidades que presten servicios portuarios y aeroportuarios, en todos los casos debe obtenerse el certificado de existencia y representación legal que permita acreditar la calidad que tienen para acceder a una cuenta en moneda extranjera.

Las empresas ubicadas en zonas francas deben además presentar copia del documento expedido por el Ministerio de Comercio en el que conste que el área a sido declarada como Zona Franca.

5.2.2. Tratándose de misiones diplomáticas, consulares y organizaciones multilaterales, la entidad vigilada deberán contar con la relación de las embajadas, consulados y organismos multilaterales acreditados ante el Gobierno de Colombia que expida la Dirección General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

5.2.3. Tratándose de funcionarios de misiones diplomáticas, consulares y organizaciones multilaterales, la certificación vigente expedida por la Dirección General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores en la que conste que están acreditados ante la Cancillería, así como copia de la visa diplomática o visa oficial.

5.2.4. Tratándose de personas jurídicas no residentes, se debe anexar el certificado de existencia y representación legal o documento equivalente, expedido por la autoridad competente en el país de su domicilio.

5.2.5. Tratándose de personas naturales no residentes, para que puedan abrir una cuenta en moneda extranjera deben acreditar su calidad de no residentes. En el caso de extranjeros deben acreditar que no han habitado o permanecido dentro del territorio nacional por un período que exceda de seis meses continuos o discontinuos en un periodo de doce meses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1735 de 1993. En el caso de nacionales colombianos deben certificar que habitan con carácter permanente en el extranjero.

<TÍTULO III - CAPÍTULO PRIMERO - Disposiciones Especiales Relativas a las Operaciones de los Establecimientos Bancarios - CIRCULAR EXTERNA 045 DE 2003 - PÁGINA 13 - DICIEMBRE DE 2003>

Las cuentas que estas personas abran en moneda extranjera en Colombia, en todo caso deberán ceñirse en un todo a lo que sobre la materia disponen las normas sobre cambios internacionales expedidas por la autoridad cambiaria.

5.3. Requisitos para la constitución de depósitos por parte de entidades financieras del exterior.

Las entidades vigiladas que vayan a abrir cuentas corrientes o de ahorro (tanto en moneda legal como extranjera) a entidades financieras del exterior en calidad de no domiciliadas en el país, deben atender lo dispuesto en las respectivas normas sobre cambios internacionales que expida la autoridad cambiaria.

<TÍTULO III - CAPÍTULO PRIMERO - Disposiciones Especiales Relativas a las Operaciones de los Establecimientos Bancarios - CIRCULAR EXTERNA 045 DE 2003 - PÁGINA 14 a 27 - DICIEMBRE DE 2003>

CAPÍTULO SEGUNDO.

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS A LAS CORPORACIONES FINANCIERAS.

1. NOCION DE EMPRESA.

Para los efectos previstos en el Capítulo III, Parte Primera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo dispuesto en el artículo [132](#) ibídem y al tenor de lo establecido en el artículo [25](#) del Código de Comercio, se entiende por empresa “Toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. Así las cosas, para que una actividad pueda catalogarse como empresa será necesario que se constituya como una actividad económica organizada, cuente con un empresario y con un establecimiento de comercio. La ausencia de alguno de estos elementos, tal como a continuación se describen, conllevará la imposibilidad de calificar tal actividad como

empresa.

1.1. ACTIVIDAD ECONÓMICA ORGANIZADA.

Por actividad económica organizada se entenderá el ejercicio de una o varias de las que enumera el artículo [20](#) de nuestro ordenamiento mercantil.

De otra parte y, obrando dentro del método de análisis histórico, resulta claro que la creación y posterior desarrollo de las corporaciones financieras no tuvo otro propósito que el de establecer dentro del sistema financiero una categoría de establecimientos destinada a suplir las deficiencias de la financiación industrial. Actualmente la facultad general de tomar parte en el capital, o de suscribir acciones de empresas y sociedades industriales supone riesgos que sólo deben enfrentar entidades expertas, ampliamente dotadas de crédito para atraer al inversionista, constituyéndose en un factor de desarrollo del mercado de capitales, elemento indispensable para el crecimiento de las actividades productivas.

En este sentido puede afirmarse que la Corporación Financiera es una entidad especializada que promueve condiciones técnicas y administrativas capaces de estimular la inversión de capitales, inclusive de capitales extranjeros para el desarrollo de la producción, propósito que se cumple en relación con actividades como las señaladas por el ordenamiento mercantil como comerciales.

1.2. EMPRESARIO.

Empresario es la persona natural o jurídica que se constituye como el titular de los derechos y obligaciones derivados de las operaciones, que se dedica al ejercicio de alguna de las actividades señaladas en el artículo [20](#) del Código de Comercio y que soporta el riesgo de la actividad empresarial.

1.3. ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Establecimiento de comercio es el conjunto de bienes destinados al ejercicio de las actividades señaladas en el artículo [20](#) del Código de Comercio.

<TÍTULO III - CIRCULAR EXTERNA 041 DE 1996 - PÁGINA 28 - MAYO DE 1996>

CAPÍTULO TERCERO.

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS A LAS COMPAÑÍAS DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL.

1. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Con el fin de asegurar el estricto cumplimiento por parte de las Compañías a los requisitos previstos en los artículos 2o. y 3o. del Decreto 913 de 1993, con ocasión de la celebración de los contratos de arrendamiento financiero, cualquiera sea la modalidad, este Despacho se permite impartir las siguientes instrucciones:

1.1. ADQUISICIÓN DE BIENES.

Atendiendo que el artículo 2o. del Decreto en mención determina que el negocio jurídico consiste en la "(...) entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, (...)" y que, además, la capacidad jurídica de las compañías en la celebración de esta clase de operaciones tiene como finalidad financiar el uso y el goce de los bienes y no su comercialización, debe entenderse que la adquisición de estos activos debe realizarse exclusivamente con causa en la celebración de los contratos.

En este sentido no se ajusta a la norma la práctica consistente en adquirir bienes para entregar en arrendamiento financiero sin que medie el contrato de respectivo.

1.2. EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA.

Considerando que el contrato de arrendamiento financiero es de aquellos que la ley ha denominado como de tracto sucesivo, lo cual supone que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas deben cumplirse durante el plazo acordado, ello implica que el ejercicio de la opción de compra debe realizarse, tal como lo dispone el artículo 2o. del Decreto 913 de 1993, al final del período; por consiguiente, constituye una práctica no autorizada que se exija al arrendatario el pago anticipado de ésta, pues, además de ser contraria al texto de la norma en cita, implicaría que el contrato degeneraría en otro al desconocer un elemento de su esencia.

1.3. ADQUISICIÓN DE BIENES USADOS.

Al adquirir bienes usados para ser entregados en arrendamiento financiero, cualquiera sea su modalidad, las compañías deberán contar con el avalúo de los mismos, de acuerdo con los requisitos contemplados en el artículo [64](#) del Decreto 2649 de 1993, de tal forma que el mismo determine el valor comercial, su estado, la vida útil estimada, el grado o riesgo de obsolescencia tecnológica, sus posibilidades de recolocación en el evento de ser necesario, o sus posibilidades de venta, etc., y, en fin, aquellas consideraciones que aseguren, o por lo menos determinen, que la inversión de la arrendadora estará debidamente precautelada.

1.4. MANTENIMIENTO, FABRICACIÓN O CONSTRUCCIÓN DE BIENES.

Tratándose de la prohibición contenida en el literal b. del artículo 3o. del decreto 913 precitado, la cual consiste en determinar que no se puede asumir el mantenimiento de los bienes entregados en arrendamiento financiero, ni fabricar o construir bienes muebles o inmuebles, se estima necesario aclarar que la finalidad es la de impedir que las compañías acometan actividades ajenas a su objeto social reglado, como al efecto lo serían las actividades de construcción o fabricación de bienes para ser entregados en arrendamiento e impide a la compañías que acometan directamente estas actividades.

No obstante lo anterior, es evidentemente cierta la apreciación en el sentido de que es viable contratar con un tercero el servicio de mantenimiento o reparación de un activo que va a ser

entregado en arrendamiento financiero o la fabricación o construcción, sin dejarse de lado, desde luego, que tales actividades deben tener como causa la celebración de un contrato de la naturaleza preanotada.

1.5. TRATAMIENTO DE LOS PREPAGOS.

Este Despacho tiene conocimiento que algunas compañías exigen a los arrendatarios una suma de dinero bajo la figura de un "prepago", sin que para el efecto se determine a la celebración del contrato su destinación específica.

En tal sentido, esta Entidad no cuestiona que, por las razones que se consideren del caso, se exijan estas sumas de dinero, empero, debe, al celebrarse el contrato, determinarse claramente su destinación, sin apartarse de los elementos del contrato, como sería el de darles el tratamiento de una cuota extraordinaria o un menor valor de los cánones por recaudar o una garantía, sin que sea viable dejar al arbitrio de la entidad arrendadora su destinación o acordar que la suma así recibida sea considerada como un pago anticipado de la opción de compra teniendo en cuenta las razones expuestas en el numeral 2o. del presente instructivo.

1.6. TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y/O REFINANCIACIÓN DE LOS CÁNONES Y OTROS CONCEPTOS.

Sobre el tema es de anotar que en algunas ocasiones las compañías acuerdan con los arrendatarios, por diversas consideraciones, la terminación anticipada de los contratos de arrendamiento financiero, suscribiendo para tales efectos los arrendatarios a favor de la entidad financiera un título valor (letra, pagaré, etc.), obligándose así a cancelar los saldos insolutos generados en el negocio jurídico inicialmente acordado.

Esta mutación de un contrato de arrendamiento financiero a uno de crédito o de venta a plazos, en el evento de transferencia del bien, conlleva en la práctica que los cánones por recaudar, la opción de compra y demás conceptos se trasladen de cuentas contingentes al activo, generando los correspondientes ingresos.

Lo propio ocurre con la refinanciación de los cánones y demás conceptos causados no recaudados, procedimiento mediante el cual las compañías aceptan títulos valores como fuente de pago de los mismos.

Como los procedimientos contables anteriormente descritos no atienden las normas básicas de Esencia sobre Forma, Realización y Prudencia, este Despacho solicita a las entidades que, en tales casos, sólo se afecte el estado de resultados cuando efectivamente el importe de los mismos se vaya recaudando, para lo cual el valor de dichos ingresos se deberá considerar como Pasivo Diferido.

De otra parte, aún en el entendido de que el contrato de arrendamiento financiero es en esencia irrevocable, lo cual presupone que los contratantes en forma unilateral no lo pueden dar por terminado, en la práctica los arrendatarios recurren a las compañías en procura de anticipar su terminación, sin que en el contrato se prevean las condiciones bajo las cuales se posibilitaría tal hecho; por ello deben las compañías de antemano consagrar las estipulaciones contractuales bajo las cuales se sujetaría la terminación anticipada, con miras a no dejar a su arbitrio las condiciones en que operaría tal evento.

1.7. CANCELACIÓN DEL PRECIO EN LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES PARA SER ENTREGADOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

De igual forma se ha constatado que, en algunos casos, el arrendatario cancela parte del precio directamente al proveedor del bien, quien a su vez lo factura a la compañía por el valor total o

por la suma resultante de deducir el monto cancelado por el usuario.

En uno u otro caso, aún en el entendido que al usuario le compete escoger el bien que usará y gozará en su interés particular, se estima necesario precisar que la adquisición del bien, de acuerdo con la definición del contrato de arrendamiento financiero, debe constituir un contrato

donde el precio debe ser cancelado o sufragado en su integridad por la compañía arrendadora, de tal forma que, salvo excepciones legales, vale decir, el arrendamiento sindicado, el derecho de dominio recaiga exclusivamente en la entidad financiera, con el fin de cumplir las normas que regulan el contrato y evitar que se genere copropiedad con el arrendatario sobre los activos o contabilizarlos por un valor que no consulta el monto correspondiente al de su adquisición.

Como consecuencia de lo expuesto, las prestaciones derivadas del contrato de compraventa deben predicarse únicamente entre la compañía de financiamiento comercial y el proveedor del bien.

1.8. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS SOBRE LOS BIENES ENTREGADOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

De acuerdo con la letra g. del artículo [10](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable a las compañías de financiamiento comercial por disposición del artículo [213](#) del mismo Estatuto, no se puede otorgar hipoteca o prenda que afecte la libre disposición de los activos, salvo que se confiera para garantizar el pago del precio que quede pendiente de cancelar al adquirir el bien.

En tal sentido, con el fin de observar debidamente la norma, es importante precisar que las compañías solamente pueden constituir el gravamen sobre el bien que financia el proveedor para ser entregado en arrendamiento financiero, previendo, en todo caso, sistemas de pago con el acreedor hipotecario o prendario para que su cancelación se realice con anterioridad a la época fijada para que el arrendatario ejerza la opción de compra y se ponga en conocimiento del usuario de este servicio financiero sobre tales circunstancias, para lo cual deberá dejarse constancia expresa.

De otra parte, en consonancia con lo expuesto, las compañías deben tener especial cuidado para que los bienes entregados en arrendamiento financiero, cualquiera sea la modalidad, estén libres de gravámenes o limitaciones al dominio, distintas de las anotadas, precautelando, como un deber ineludible, amparar al arrendatario del dominio y posesión pacífica del bien sobre el cual tiene la facultad de ejercer la opción de compra.

1.9. PRACTICA INSEGURA.

Este Despacho, de acuerdo con la letra a. del numeral 5o. del artículo [326](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, califica como práctica insegura cualquier acuerdo o acto que se aparte de las instrucciones precedentes.

2. APLICACION DEL DECRETO 384 DE 1993 DENTRO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Para la correcta aplicación de lo previsto en el Decreto 384 de 1993 en relación con la actividad

de leasing, se considera procedente, tener en cuenta las siguientes previsiones:

Los arrendatarios de un bien entregado en leasing, si bien no son usuarios de un crédito, si resultan deudores en relación con las prestaciones a su cargo originadas en la correspondiente relación contractual.

Desde la perspectiva propia del contrato de seguro, en una operación de arrendamiento financiero pueden observarse diversos intereses en relación con el bien entregado: de una parte, el de la sociedad arrendadora como titular del derecho real de dominio y, de otra, el del arrendatario como tenedor del bien obligado a su restitución.

En ambos casos, el objeto de dicho interés es el mismo y la pérdida eventual que puede sufrir el dueño del bien es correlativa al perjuicio que surgiría para el arrendatario en el evento del siniestro, dada su obligación de restituir el bien, con lo cual se puede señalar que el interés del arrendatario está subsumido en el interés del titular del derecho de dominio, lo que no implica que haya identidad entre uno y otro y, por lo mismo, cada uno puede asegurar el bien por cuenta propia.

En el anterior orden de ideas, la compañía arrendadora puede tomar el seguro por cuenta propia para proteger única y exclusivamente su interés y, por lo tanto, en caso de presentarse el siniestro, el pago de la indemnización no libere al arrendatario de las responsabilidades derivadas del contrato, por ser un tercero ajeno a la relación de surgida del seguro

Puede suceder igualmente, que el interés asegurable del arrendatario se encuentre protegido por el mismo contrato de seguro, en cuyo caso el arrendatario también asume el carácter de asegurado, entendiéndose que el seguro es por cuenta ajena y vale a favor del tomador hasta concurrencia de su interés, como lo establece el artículo [1042](#) del Código de Comercio. De esta manera, a la ocurrencia del siniestro el arrendatario derivará a su favor la extinción de su obligación.

En consecuencia, frente a las previsiones contenidas en el Decreto 384 de 1993, las compañías de financiamiento comercial no están obligadas a sujetarse los criterios establecidos para la contratación de los seguros que suscriban para proteger los bienes entregados en leasing, cuando los mismos tengan por objeto único proteger el interés de aquéllas, caso en el cual el arrendatario no está obligado al cumplimiento de las cargas y obligaciones que se originen en el contrato de seguro, entre ellas el pago de la prima, ni participa de los derechos o beneficios del mismo.

Por el contrario, cuando el seguro comprenda el interés del arrendatario en calidad de asegurado, circunstancia que justifica su obligación de asumir el costo de la prima, el seguro suscrito con la sociedad arrendadora tendrá la calidad de seguro por cuenta ajena, debiendo sujetarse a las reglas establecidas para el efecto en el decreto 384 de 1993.

3. AVALUOS DE BIENES RETIRADOS EN LEASING.

Cuando por cualquier causa a la sociedad se le restituya un bien entregado en arrendamiento financiero y la compañía tenga capacidad jurídica de celebrar un nuevo contrato sobre el mismo, debe proceder previamente a realizar un avalúo comercial, practicado por personas de reconocida especialidad e independencia, salvo que se cuente con uno reciente. Si del resultado del avalúo se obtiene un valor comercial superior al registrado en libros, la entidad deberá reconocer la diferencia como superávit por valorización. En caso contrario se constituirá una

provisión que afectará el estado de resultados del respectivo período.

4. INVENTARIO DE ACTIVOS EN LEASING.

Con arreglo al numeral 5o del artículo [207](#) del Código de Comercio, en ejercicio de sus funciones el revisor fiscal deberá inspeccionar los bienes dados en leasing, diligencia de la cual debe dejar constancia para su verificación por parte de esta Superintendencia.

CAPÍTULO CUARTO.

DISPOSICIONES APLICABLES A LOS CREDITOS DE VIVIENDA.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

