

COSTUMBRES MERCANTILES INMOBILIARIAS Y FINANCIERAS. CASO BARRANQUILLA-COLOMBIA*.

**Sandra Villa Villa¹
Beliña Herrera Tapias²**

RESUMEN

El Código de Comercio vigente define la costumbre como una de las fuentes reales más importantes del derecho mercantil, por lo cual el legislador ha encomendado a las Cámaras de Comercio del país, la tarea de recopilar y certificar los comportamientos sociales que puedan constituir una costumbre. Siendo así como surge la problemática de identificar cuáles son las prácticas comerciales en los sectores inmobiliario y financiero de la ciudad de Barranquilla, generadora de costumbre mercantil.

En esta investigación se realizó un estudio exploratorio en cada uno de los ámbitos comerciales y se aplicó una metodología observacional – transversal- descriptiva, para identificar los usos, y describir cómo se realizan las prácticas y en que forma se manifiestan los requisitos legales para certificación de una costumbre mercantil.

De manera conjunta los investigadores y la Cámara de Comercio de Barranquilla, dentro de este propósito establecieron la identificación de once prácticas y la certificación efectiva de dos costumbres mercantiles asociadas a la prestación de servicios inmobiliarios y financieros.

ABSTRACT

The Commercial Law in effect defines customs as one of the most important true commercial law sources for which legislators have entrusted the country's Chambers of Commerce to compile and authenticate social behaviors that can constitute a custom. That is how the issue on identifying the commercial practices in the real estate and financial sectors in the city of Barranquilla originates.

For this research, an exploratory study was conducted in each one of the commercial scopes and a descriptive observational methodology was put into effect – thwart- to identify the usage and describe how practices are carried out and how legal requirements are disclosed in order for a commercial custom to be authenticated.

Acting jointly, the researchers and Chamber of Commerce of Barranquilla, for a same purpose, identified eleven practices and effectively certified (authenticated) two commercial customs linked to real estate and financial services provision.

PALABRAS CLAVES

Costumbre, agencias inmobiliarias, agente de bienes raíces, bancos, financieras, leasing.

KEYWORDS

Customs, real estate agencies, realty agents, banks, finance companies, leasing.

* Esta investigación fue financiada con los recursos del convenio de cooperación interinstitucional suscrito entre la Cámara de Comercio de Barranquilla y la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Depositado en septiembre 30 de 2010, aprobado en noviembre 5 de 2010.

1 Abogada. Magister en Educación con énfasis en Gestión educativa de la Universidad Libre de Bogotá en convenio con las Tunas de Cuba, Especialista en Derecho Comercial y de Familia. Directora del Centro de investigaciones Jurídicas y Sociojurídicas de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Docente del área comercial e Investigador Principal del Proyecto y Líder del grupo INCOM-Categoría A. svilla@unilibrebaq.edu.co, alexsaesvi@hotmail.com.

2 Abogada, Universidad Libre de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente Investigador e Investigadora externa de la Universidad Libre en convenio con la Cámara de Comercio de Barranquilla, belinhaherrerat@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

Barranquilla, por su condición de Distrito, se erige en la ciudad más importante del litoral Atlántico, con evidentes aptitudes para todo tipo de negociación, provista de un puerto que la conecta con el exterior y dotada de plazas interesantes para los inversionistas. De manera que en esta ciudad se fomenta un comercio estable y junto a él se generan hábitos no reglados, tales como: el seguro en el contrato de Leasing, las comisiones o las acciones contra el proveedor, entre otros, constituyendo, precisamente, el objeto de estudio del presente proyecto investigativo.

Como quiera que las condiciones están dadas para el desarrollo comercial de la ciudad, existe un sector de vital importancia, que afronta dificultades en el manejo de las controversias contractuales; específicamente el problema que se presenta es el resultado de los vacíos normativos que existen en materia comercial, como los que se evidencian en el sector inmobiliario y financiero; y en ese sentido el legislador a través del artículo 86 del estatuto mercantil le ha encomendado a las Cámaras de Comercio, la función de recopilar y certificar las prácticas que se han hecho inveteradas en el espacio y en el tiempo, pero que por falta de recopilación y certificación, se hace más complejo demostrar su existencia.

Es aquí donde cumplen su función las fuentes formales del derecho, en especial la costumbre jurídica, la cual es de singular importancia, ya que por su carácter supletorio es muy útil y práctica en la legislación mercantil. El dinamismo que le es característico, la convierte en herramienta eficaz para la regulación de los fenómenos económicos, políticos y sociales que carecen de regulación en la actualidad, debido a los vacíos normativos.

Es imposible para el Legislador atender satisfactoriamente todas las necesidades de una sociedad cambiante, y debido a los requerimientos propios del proceso formativo de la Ley, se le ha otorgado a la costumbre mercantil, la tarea de suplir las lagunas legales que se presenten (Art. 157 de la Carta Política).

Por ello, la presente investigación tiene como fin, colaborar con las funciones encomendadas a las Cámaras de Comercio, consistente en certificar como costumbres mercantiles las prácticas que gozan de la totalidad de las formalidades legales y que por tanto son susceptibles de ser reconocidas y recomendadas a esta categoría; siendo así las cosas la ciudad de Barranquilla no puede ser indiferente ante la inminente presencia de los usos y prácticas que se exteriorizan en la actividad inmobiliaria y financiera, específicamente en lo que aun no están regulado por la ley y que no sea contrario a ella.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La costumbre como fuente formal del derecho, posee la virtud de un carácter supletorio y subsidiario de la ley, que a su vez es también el grandioso defecto de la costumbre, representada en la dificultad puntual de ser probada o de ser estimada efectivamente como prueba. Es decir, no todo uso mercantil califica para ser descrita como “costumbre” en el sentido antedicho, ni amerita tenerla en cuenta como fuente de derecho o como prueba en un proceso. Para poder recurrir a una costumbre como prueba, tiene que haberse acordado el método de su clasificación en uno de los géneros respecto del cual es ejemplo de alguna de sus especies. Sin el manejo adecuado de una taxonomía funcional es fácil caer en la falacia de la **petición de principio**, que consiste en presentar como prueba de algo un argumento que a su vez necesita de prueba. El tema y su praxis son de difícil tratamiento cuando se quiere establecer si un hábito comercial dado, es o no una costumbre, especialmente en las situaciones en que predominan la probabilidad y la incertidumbre. Los mejores autores no se ponen todavía de acuerdo en muchos puntos, pero están ciertos de que, aunque equiparable en cierto modo al estatuto positivo, la costumbre constituye una excepción al principio de que el derecho no se prueba (*Jus novit curia*).

Lo anterior es resultado de la circunstancia por nosotros conocida, y es que la costumbre no se manifiesta en un acto de trascendencia pública, como es para la ley su promulgación, obtenida tras un proceso de raigambre constitucional, sino que se constituye a través de una serie de

hechos que a pesar de ser públicos, obligatorios, uniformes y reiterados por largo espacio de tiempo, no alcanzan una notoriedad que permita presumir su conocimiento por parte de todos. De ahí que se requiera llevar a juicio los medios que produzcan certeza sobre la existencia de la costumbre que es aducida en las pretensiones y excepciones procesales, en el sentido de estar contenida en la norma aplicable al caso.

En el Estado colombiano, para efectos de recopilar las costumbres mercantiles, el Legislador ha delegado tal tarea a las Cámaras de Comercio, las cuales a través de un proceso de recopilación, verificación y certificación otorgan tal calidad a los usos sociales que son reiterados en el tiempo y en el espacio.

Cada una de las Cámaras establecerá dicho proceso, en el territorio que por competencia le corresponde, vale decir, donde ésta tiene su jurisdicción.

Es así como surge para la Cámara la imperiosa necesidad de monitorear y verificar qué usos mercantiles se presentan en las actividades de los sectores inmobiliario y financiero, pudiéndose entonces certificar como costumbre, aquellas prácticas de obligatorio cumplimiento entre las personas naturales y jurídicas que participan de las relaciones comerciales desarrolladas en dichos ámbitos, y que son vigentes en aquellos municipios en los cuales la Cámara de Comercio de Barranquilla tiene jurisdicción.

2. METODOLOGÍA

El estudio se define como socio-jurídico, del tipo de investigación observacional - transversal – descriptivo.

Se trata de una investigación:

1) **socio-jurídica** de carácter aplicado, ya que se trabajó el derecho en su práctica, efectos y eficacia social, para lograr una interrelación entre la realidad práctica y la formalidad legal, que por último permitió obtener un resultado conforme con la necesidad comunitaria, sin ser opuesto a la ley.

2) **Observacional**, ya que se examinó la costumbre mercantil tal y como se da en su contexto natural dentro del desarrollo cotidiano de actividades, para luego analizarla. Es decir, no hubo manipulación de variables para obtener un determinado resultado de las mismas y de la validez de sus conclusiones. La actividad del investigador se limitó a percibir el objeto de conocimiento y tomar apuntes de lo observado.

3) **Transversal o transaccional**, porque se recolectaron datos de diferente nivel en un solo momento, en un tiempo único y descriptivo, debido a que se tuvo como objetivo indagar la incidencia y los valores en que se manifestaron las variables (uniformidad, reiteración, vigencia, obligatoriedad y publicidad) objeto del estudio.

4) **Analítica**. Al emplearse el método del análisis, se hizo una descomposición del problema objeto de estudio en sus partes, es decir, se estudio la normatividad existente y la práctica valorando de manera separada los elementos que la conforman (uniformidad, reiteración, obligatoriedad, vigencia y publicidad), para concluir la viabilidad del reconocimiento y certificación de la misma.

En una etapa previa a la ejecución del proyecto se realizó un primer estudio exploratorio, el cual es apropiado en las etapas iniciales del proceso para la toma de decisiones y enfoques. Todo lo cual permitió conocer y analizar cómo desarrollan sus labores las entidades dedicadas a las actividades inmobiliarias y financieras y así poder identificar prácticas que induzcan a establecer posibles costumbres mercantiles.

En el presente estudio, la población está constituida por todas las personas naturales o jurídicas que tengan como objeto social actividades de arrendamiento de bienes raíces con fines habitacionales y comerciales, operaciones de ahorro y de crédito, captación de recursos, operaciones de depósito, arrendamiento financiero, financiamiento comercial, y operaciones de leasing, que desempeñen su actividad dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de la ciudad de Barranquilla.

Para la identificación de esta población, inicialmente se construyó una base de datos que tuvo como fuente las personas naturales o jurídicas con matrícula vigente en la Cámara de Comercio de Barranquilla que asumieran como objeto social las actividades enunciadas anteriormente.

Posteriormente se adelantó el proceso de depuración de la base de datos, mediante verificación telefónica y/o personal a las agencias inmobiliarias y entidades financieras. Se localizaron cuarenta y dos agencias inmobiliarias, de las cuales al momento de la aplicación del instrumento, se lograra establecer de manera veraz la existencia de veinte en la ciudad de Barranquilla y debido, a su corto número, se tomó como muestra todos los elementos de la población.

En el caso de las entidades bancarias, primero se estipuló una población de dieciséis bancos, sin embargo, al realizarse la fusión de dos firmas bancarias, sólo se tomó como muestra a quince de ellas, a las que se les aplicó el instrumento de recolección de información. De igual forma, el listado de corporaciones financieras estaba integrado por cuatro compañías que manejaban leasing, a las cuales se aplicaría el formulario de encuestas. Sin embargo, al momento de aplicar el instrumento, la corporación Corfinsura se había fusionado con Bancolombia, y no se encontró a Financiera del Norte S. A, en la dirección reportada, reduciéndose a tres la muestra correspondiente. Por último, dado que Giros y Finanzas no manejaba leasing en la ciudad de Barranquilla, no fue posible aplicarle el instrumento cuya encuesta, bajo el mismo concepto, resultaría viciada.

Ahora bien, en lo atinente a las sociedades importadoras, la población inicial era de veintitrés, posteriormente se redujo a nueve entidades, las cuales fueron escogidas bajo el criterio de mayores capitales, para lo cual se tuvo como soporte el registro de la Cámara de Comercio; pues bien solo éste tipo sociedades importadoras manejan operaciones con carta de crédito en sus operaciones de comercio internacional, mientras que el resto realizan la venta directa, es decir, al contado con el exportador.

Finalmente se logró una muestra de diecinueve (19) entidades financieras y nueve sociedades importadoras, aplicándose el instrumento de recolección de información en el sector financiero de manera discriminada así: quince (15) entidades bancarias, dos (2) corporaciones financieras, dos (2) compañías de financiamiento y nueve (9) sociedades importadoras.

3. CONTENIDO

3.1 EL SECTOR INMOBILIARIO EN COLOMBIA.

El decreto 410 de 1971, Código de Comercio, califica como comerciantes a la persona que profesionalmente, y habitualmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y a quien ocasionalmente realice actos de comercio se le sujeta a las normas mercantiles previstas para dichas operaciones.

El libro cuarto del Código se dedicó a disponer el régimen de los contratos y de las obligaciones mercantiles, resaltando la naturaleza específica del sistema, ya que en cuanto éste no disponga otra cosa en particular, serán de recibo los principios que gobiernan la formación de los actos, contratos y las obligaciones del derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse. Para el contrato mercantil se adoptaron normas generales, las que son de pleno recibo en materia civil, sobre todo en la formación del consentimiento, el pago, la cesión del contrato y las novedosas formas de inexistencia, anulabilidad e inoponibilidad. Con todo, dentro del libro cuarto destinado a los contratos, no se encontró una definición legal propia para el contrato de arrendamiento, ante lo cual debimos acudir a la clásica noción de dicha institución dada en el artículo 1973 del Código Civil. En el código de comercio en el numeral 2 del artículo 20, definido como acto de comercio para todos los efectos legales se pueden encontrar cuatro actividades, donde el arrendamiento desempeña un importante papel. Ellas son:

- La adquisición a título oneroso de bienes inmuebles con destino a arrendarlos.
- El arrendamiento de toda clase de bienes

para subarrendarlos.

- Subarriendos de los mismos.

En el numeral cuarto del mismo artículo 20, se determina que el arrendamiento de establecimientos de comercio es un acto mercantil. Consiguientemente el arrendamiento y el subarriendo de toda clase de bienes, entre ellos, los establecimientos de comercio, en el campo del derecho mercantil es un acto objetivo de comercio y lo regula el código de la materia.

Las nociones conocidas de bienes muebles e inmuebles han sido enriquecidas en el derecho privado con las de bienes del comerciante, en especial los llamados títulos valores, los establecimientos de comercio y los denominados de la propiedad industrial; de los cuales llamaría la atención para esta investigación la del establecimiento de comercio, definido en el artículo 515 del código de comercio.

3.1.1 Inmuebles amparados por el régimen comercial de arrendamiento.

En verdad, no todas las cosas que son susceptibles de arrendarse están involucradas dentro de la regulación mercantil. De manera expresa, las normas consignadas en este estatuto (518 del Código de Comercio) hablan sobre el arrendamiento de inmuebles ocupados con un establecimiento de comercio. Particularmente, tienden a proteger a los arrendatarios empresarios de establecimiento de comercio, o sea, aquel conjunto de bienes organizados por aquellos para realizar los fines de la empresa (Art. 515 del Código de Comercio).

Precisamente, forman parte de un establecimiento de comercio: “Los contratos de arrendamiento, y en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario”.

Reviste de esa manera, la ley mercantil, de especial alcance, a los arrendamientos de inmuebles comerciales. Los saca de la reglamentación ordinaria, y le imprime un tratamiento distinto,

con criterio proteccionista, al arrendatario-empresario.

3.1.2 Las agencias inmobiliarias

El sector inmobiliario hace parte de la actividad mercantil y cuenta con un gran dinamismo, siendo un sector que permite el diseño de estructuras adaptativas y elásticas.

Las personas naturales y jurídicas que despliegan la actividad inmobiliaria la realizan a través de Agencias Inmobiliarias quienes tienen un indudable carácter mercantil, dada a la actividad continuada, estable, organizada y autónoma que los agentes desempeñan, acogido al principio de autonomía de la voluntad, y sometido, en consecuencia, a las normas generales de obligaciones contenidas en el Código de Comercio y Código Civil, quienes se encargan de gestionar asuntos y prestar servicios determinados de carácter inmobiliario.

Las agencias inmobiliarias, son personas jurídicas de derecho privado que se obligan frente a otra persona natural o jurídica de manera continuada a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.³ Dichas agencias deben estar inscritas a una organización inmobiliaria, a una federación o lonja, pues de acuerdo con el número de afiliados con sus respectivos grupos de ventas están promocionando los proyectos en el sistema de red Inmobiliaria, vitrina o galería de proyectos y rueda de ventas.

El arrendamiento es la actividad ejercida por el agente inmobiliario desde el momento en que un propietario o apoderado de ésta, consigna un inmueble para que sea arrendado a un tercero hasta que éste lo devuelve al agente para que a su vez lo entregue al propietario.

Los agentes inmobiliarios realizan esta administración a través de la figura del contrato de Mandato.

La ley es una de las primeras normas que

pertenecen al ordenamiento, y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho, sin embargo, la ley admite y autoriza a la costumbre jurídica; dentro de esas normas que regulan la costumbre, se encuentran que los artículos del 3° al 9° del Código de Comercio, la establecen, bajo ciertas limitaciones, como fuente de derecho que aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad.

El artículo 6° sujeta la prueba de la costumbre al Código de Procedimiento Civil dada la unidad de régimen procesal vigente para toda clase de conflictos civiles y comerciales. Según el artículo 190° del Código de Procedimiento Civil, la prueba de la Costumbre Mercantil nacional, sea local o general, puede ser mediante certificación de la Cámara de Comercio, correspondiente al lugar donde rija, puesto que, como se prevé en el artículo 86° del Código de Comercio, una de las funciones que ejercerán las Cámaras de Comercio es la de “recopilar las costumbres mercantiles a los lugares correspondientes a su jurisdicción y la de certificar sobre la existencia de las recopilaciones”.

La norma literalmente plantea: “autorice igualmente al gobierno para dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de los arrendamientos de habitaciones y locales urbanos”³, a partir de la vigencia de la precitada norma, el gobierno nacional ha generado una serie de medidas que revelan los contratos de arrendamiento, especialmente de viviendas urbanas, con la finalidad de establecer disposiciones que no irán a regir la ejecución de dichos actos jurídicos, dentro de los cuales se encuentran:

- Decreto 1943 de 1956, el cual estableció el procedimiento que debe realizar el arrendatario en caso de que el arrendador se constituya en mora de recibir la renta o precio mensual del arrendamiento en la forma estipulada en el contrato.
- Decreto 2770 de 1976, estableció una licencia especial para quienes se dedican al arrendamiento de cualquier clase de inmuebles urbanos ajenos, mediante comisión o

cualquier otra forma de remuneración; esta licencia fue denominada “registro de arrendador”. El mencionado decreto reglamenta extensamente los requisitos necesarios para obtener el registro y para anunciarse como arrendador, así como las sanciones para quienes violen las normas sobre registros.

- Decreto 063 de 1977; Regulaba esencialmente:
 - Ordenado el registro (hoy matrícula) en la Superintendencia Bancaria para quienes estén sometidos a su vigilancia; en la Superintendencia de Industria y Comercio para las personas que con domicilio en Bogotá y Cundinamarca; en las gobernaciones, Intendencias y Comisarías, para quienes tienen otros domicilios.
 - Ordena presentar un informe de inmuebles arrendados, propietarios, inquilinos, contratos celebrados, relación de recibos.

Para anunciarse como arrendador hay que tener el registro (hoy matrícula) y mencionarlo.

- La ley 56 de 1985, hoy derogada por la ley 820 de 2003, pero con la observación será aplicada a aquellos contratos de arrendamientos celebrados antes de entrar en vigencia la ley 820. La ley 56 regulaba todos lo concerniente en materia de arrendamiento de vivienda urbana que estableció algo similar, exclusivamente para arrendadores de vivienda urbana bajos, en nombre de matrícula inmobiliaria.
- Decreto 1919 de 1986, sobre arrendamientos urbanos, reglamentario de la ley 56 de 1985.
- Resolución No. 3498 de 21 de noviembre de 1993, por la cual se establecen los requisitos para expedir la matrícula de arrendador.
- Ley 820 de 2003, a pesar de dirigirse específicamente al arrendamiento de vivienda urbana, crea algunas pautas aplicables al derecho comercial y controla el ejercicio del derecho de los arrendadores, clasifica los contratos de arrendamientos de acuerdo con el fin y la calidad de las partes, estable-

3 MONTROYA, L. El Arrendamiento. Bogota: Editorial Temis. 1991. p. 158.

ce las obligaciones especiales de las partes, los presupuestos para establecer el canon de arrendamiento, las causales generales y especiales de terminación del contrato, regula lo relacionado con el pago de servicios públicos, la obligatoriedad de la matrícula de arrendadores y establece los requisitos de la acción de restitución o lanzamiento y el control y vigilancia del arrendamiento y las sanciones respectivas.

- Decreto 0051 de 2004; por el cual se reglamentan los artículos 28, 29, 30 y 33 de la ley 820 de 2003.

3.1.3 Ley 820 de 2003 - nuevo régimen de arrendamiento de vivienda urbana.

Esta nueva ley modernizó el sistema contractual que permite dar solución de habitación a cerca de un millón trescientas mil familias y creó un marco legal que genere confianza y estimule la inversión en finca raíz para poder aumentar el inventario de inmuebles urbanos disponibles en arrendamiento.

Establece un conjunto de reglas claras y equitativas, tanto para arrendadores como para arrendatarios, de tal manera que se vuelva atractivo ofrecer inmuebles en arriendo.

Por otra parte, la ley 820 de 2003 establece en los artículos 28 a 31 el sistema regulatorio de la actividad de los arrendadores, que se busca profesionalizar el conjunto normativo sobre el nuevo sistema de regulación de la actividad de arrendador de vivienda urbana, bajo un carácter profesional tiene diferentes características.

En primer lugar, se establece, entonces que toda persona natural o jurídica, que entre sus actividades principales tenga la de arrendar vivienda urbana, bien de su propiedad, bien de la de terceros, o que cumpla labores de intermediación comercial entre arrendadores y arrendatarios, debe matricularse en un registro de arrendadores.

En segundo lugar, el registro, control y vigilancia de la matrícula de los arrendadores lo tienen,

como autoridades competentes para ello, la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las alcaldías municipales en el resto del país.

3.2 EL SECTOR FINANCIERO EN COLOMBIA

*La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio*⁵.

Al mencionar las instituciones financieras, se hace referencia al género que comprende tres grandes categorías o especies de entidades, a saber: Entidades de Crédito, Entidades de Servicios Financieros (Auxiliares de crédito) e Inversionistas Institucionales.

A la luz de la normatividad nacional se puede decir que la actividad financiera, en todas sus expresiones, es una actividad mercantil⁶, pero sometida a normas especiales, dado que el objeto del sector financiero es tan amplio, que en algunos aspectos se ha sujetado a decretos especiales, como por ejemplo el Decreto 4327 de 2005; pues bien el Art. 2034 del Código de Comercio, ilustra al respecto, cuando consagra “corresponderá a la Superintendencia Bancaria, en relación con las sociedades cuya inspección y vigilancia ejerce, hacer cumplir las disposiciones de este Libro en todo cuanto no pugnen con las normas imperativas de carácter espacial”. A tal punto constituye una especialidad aparte, que desde algún tiempo se habla de una rama del derecho denominada Derecho Financiero, la cual puede definirse como el conjunto de principios y normas que regulan la formación, funcionamiento, actividad y liquidación ordenada de las instituciones financieras. Por otra parte, el Dr. Monroy Cabra, en la ya mencionada obra, cita a Aftalión, para quien el Derecho Financiero es “el que se refiere a la percepción, gestión y erogación de los medios económicos conferidos al Estado y a los entes públicos para el desarrollo de sus actividades”⁷, con lo que se evidencia un enfoque distinto, acaso por

4 Ley 7° de 1943, artículo 3°

tratarse de una perspectiva más proteccionista. La actividad social en una sociedad iniciada por los particulares, es definida por la voluntad de los socios, quienes la expresan en el contrato social, el cual en palabras de Neira Archila es: “Un acto complejo en donde realmente no hay una contraposición, sino una concurrencia de varios intereses. No hay varias partes, sino distintas personas que concurren con sus aportes a la formación de un patrimonio social”⁵. Mientras tanto, en el caso de las entidades financieras, estas instituciones se sujetan a lo que la ley determina es decir, su objeto es regulado, además de ser exclusivo. Al momento de crearse una firma bancaria, el objeto social lo determina la ley, siendo la iniciativa de los particulares regulada en todo por la Superintendencia.

El Artículo 99 del Código de Comercio reza: “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Con lo que se corroboran las afirmaciones antes realizadas, respecto al límite para el ejercicio de la voluntad de los particulares.

Realizando un sano ejercicio de hermenéutica jurídica, se puede concordar la norma citada anteriormente, con la preceptiva contenida en el Artículo 110, más exactamente en su numeral 4 del estatuto mercantil⁶, que por su parte reza: La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará el objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél.

La capacidad jurídica de una institución

financiera depende directamente de lo que dice la ley que, para efectos de su creación, se expide; no le es permitido realizar actividades que no se hayan enumerado en el objeto de la entidad, con excepción, claro está, de actos que se relacionen o sean conexos.

El objeto social es exclusivo, cada una de las entidades financieras sólo puede hacer lo que le permite la ley sin extralimitarse de lo señalado, es decir, no le es dable actuar en campos de acción de otras entidades. Por Ejemplo: Una entidad administradora de fondos de cesantías no puede realizar operaciones de préstamo pues su objeto no se lo permite, al no corresponder a las funciones de la especulación crediticia.

La diferencia entre una y otra entidad financiera es definida por el objeto social, el de un establecimiento de crédito es captar y colocar recursos del público en forma habitual y masiva, para lo que le está autorizado disponer de ciertos porcentajes, los cuales se exponen a las fluctuaciones del mercado. Esta actividad especial genera –objetivamente– el derecho de las operaciones bancarias, su mayor expresión se evidencia en la regulación de distintos negocios jurídicos, los cuales constituyen operaciones de crédito realizadas profesional y masivamente.

Ahora bien, se puede enunciar como establecimientos de crédito, según la ley, a los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras. A grandes rasgos, el papel que desarrollan es el de personas jurídicas que con autorización del Estado captan, aprovechan, manejan e invierten de manera profesional y habitual los fondos del ahorro privado.

Una corporación financiera no maneja cuentas corrientes, sino que capta a través de los depósitos en cuentas de ahorro y CDT, de igual forma que las sociedades de servicios financieros no implican captación y colocación de recursos, pues al tratarse de servicios financieros, los servicios se retribuyen con honorarios y comisiones. Estas entidades agrupan:

5 Artículo 2 del Decreto 4327 de 2005.

6 Artículo 20.- Son mercantiles para todos los efectos legales:6°) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;7°) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

1. Las sociedades financieras
2. Las sociedades administradoras de cesantías creadas por la ley 50/90
3. Sociedades administradoras de pensiones creadas por la ley 100/93, y
4. Almacenes generales de depósito

Generalmente, las obligaciones son de medio; actualmente, los servicios de las sociedades administradoras de pensiones y cesantías se pueden prestar bajo una misma estructura jurídica, o sea, la que es común a las mismas entidades.

Tratándose de los fondos voluntarios, el supuesto de hecho es diferente, dado que las pensiones son otro producto financiero que pueden administrar estas entidades; las sociedades financieras, las sociedades de capitalización o entidades aseguradoras en el caso en cuestión manejan fondos obligatorios de pensiones, mas no los voluntarios.

3.2.1 Los sistemas financieros

Antes de 1923, no había una ley que regulara la actividad financiera. Las normas que se referían a ella le permitían al banco verificar actividades de los más diversos géneros; se tenía una banca múltiple. En 1923 se contrató la misión Kemmerer que trabajó la ley 45 de 1923, retomó las normas dispersas y las acompasó en un solo cuerpo normativo, pero mantuvo el mismo esquema de banca múltiple, es decir, sólo existían bancos que podían trabajar a través de secciones, una comercial, otra hipotecaria, de ahorros y secciones fiduciarias.

Todo esto bajo la anterior Constitución Política (1886), cuyo Artículo 120 consagraba las facultades que le asistían al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, en los 14, 17 y 21¹⁰, se señalaban las funciones precisas del ejecutivo al momento de intervenir en materia financiera.

En la década de los años 60's, el Estado consideró necesario motivar la creación de empresas, promoviendo la fundación de las Corporaciones Financieras, para facilitar el nacimiento, transformación, fusión y expansión de empresas. Todas las actividades de las corporaciones financieras estaban ligadas al funcionamiento de una empresa: en su objeto social se preveía que, si la persona que acudía no era dueño o parte de una empresa¹¹ no le estaba permitido disfrutar de las facilidades del crédito.

De manera gradual se puede apreciar, como se fomenta un sistema de banca especializada. En la década de los años 70's, el gobierno consideró que era necesario fomentar la vivienda, naciendo las corporaciones de ahorro y vivienda, se crea el sistema UPAC y se expide el Decreto 410 de 1971: El Código de Comercio, con lo que se satisface una necesidad legislativa de enorme importancia; aparecen las sociedades fiduciarias sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy financiera). Posteriormente, en las décadas siguientes 80's y 90's hacen su aparición las compañías de financiamiento comercial, pues las necesidades de consumo no eran atendidas cabalmente por la banca tradicional; incursiona con inusitada fuerza el *contrato de leasing*.

También en la década de los 90's el gobierno somete a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, las Compañías de Financiamiento Comercial, es decir de leasing, las cuales dejan de ser sociedades comerciales comunes para convertirse en instituciones financieras. La ley 50 de 1990 crea las sociedades administradoras de cesantías. De esta suerte, el panorama se transforma, se evidencia una ampliación.

La ley 45 de 1990 deroga la ley 45 de 1923, estableciendo que los bancos y establecimientos de crédito sólo podrían captar y colocar recursos del público en el mercado; todo aquello que no estuviera previsto, debía ser realizado mediante la creación de empresas filiales con

7 MONROY, M. Introducción al Derecho, Temis, Bogotá, 2003, p. 243.

8 NEIRA ARCHILA, Luis Carlos, Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades, Editorial Temis, 2006, P. 27.

9 Decreto 410 de 1971.

la especificidad de sus funciones. Así de 12 sociedades fiduciarias que habían en 1990, se incrementó a 60 o más sociedades fiduciarias.

La ley autorizó efectuar inversiones en sociedades de servicios financieros de diferente operatividad, reconociendo de esta manera el carácter parcelado formalmente y generando una banca especializada, que en el fondo es una verdadera banca única, solo que con múltiples funciones.

La consecuencia no se hizo esperar: había inseguridad jurídica. Se necesitaba recoger en un solo cuerpo normativo la regulación referida a un sistema financiero completo, de modo que se autorizó la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 1730 de 1990, el cual fue incorporado a la ley 45 de 1990, siendo todas las normas que regulaban la actividad de cada ente incluyendo las de las corporaciones de ahorro y vivienda, incluso normas sobre el UPAC.

Luego, con la Constitución Política de 1991, en su artículo 335¹² que se refiere a los límites de intervención del gobierno en materia financiera y en desarrollo de éste, se expide la Ley 35 de 1993 que fijó los principios a los cuales se encuentra sujeto el ejecutivo en materia financiera, bursátil y aseguradora.

Las sociedades de leasing pasan a ser entidades de servicios financieros. Antes no podían captar recursos del público para financiar los costos causados, ahora llegan a ser compañías de financiamiento comercial. En Colombia, el objeto social de este tipo de sociedades es bicefálico, es decir su actividad mercantil se ejerce en dos vías: Financiar consumo y Realizar operaciones de leasing. Luego, se expide otro Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 663/93. Este permitió un acoplamiento más sencillo con su precedente lo que permite

mantener seguridad jurídica en el régimen que regula este sector.

Seguidamente, se expide la ley 510 de 1999, la cual nos dice que las entidades financieras son comerciales sólo que su régimen concursal es diferente al de los demás comerciantes, lo que obedece al papel que cumplen las entidades bancarias. A estas no se les aplica la ley 550; en rigor, este tipo de procesos se denomina “toma de posesión”.

Para 1999, la toma de posesión se encaminaba a administrar o liquidar la entidad bancaria insolvente. En cualquiera de las dos condiciones, las causales eran las mismas, le correspondía al superintendente, en su criterio, determinar si se daba la situación más propensa para administrar o para liquidar, lo que no dejaba de ser un tanto personalista y por tanto no desprovisto de cierta inequitatividad.

La ley 510 establecía un período de prueba, consistente en dos meses prorrogables hasta por otros dos, en los que la toma de posesión buscaba la recuperación de la entidad realizándose una gestión completamente administrativa. Precluido el mencionado término, se iniciaba la tarea de liquidar la entidad.

La ley 795 de 2003, contiene la última reforma del sector financiero: autorizó a los bancos para realizar operaciones de leasing habitacional, lo que antes era una operación financiera que podían realizar –en exclusiva– las Compañías de Financiamiento Comercial y a partir de este momento, los bancos.

Creó también la figura del *defensor del cliente financiero*, que no es más que una figura de papel, porque las decisiones no tienen carácter vinculante, salvo que en la reglamentación de cada entidad se establezca lo contrario. Además,

10 **Artículo 120.**- Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: -14. Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes; - 17. Organizar el Banco Nacional, y ejercer la inspección necesaria sobre los Bancos de emisión y demás establecimientos de crédito, conforme a las leyes; - 21. Ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

11 El Código de Comercio define la empresa: Art. 25.- Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

incorporó la figura de la exclusión de activos y pasivos relacionados con la “toma de posesión”, para evitar que una entidad sea objeto de la misma. Más o menos es la filosofía que se puso en práctica cuando crearon el Banco Cafetero, trasladaron los activos y pasivos provenientes de las captaciones de dinero del público, dándole oxígeno a las operaciones realizadas. Esta ley también reguló todo el régimen de sanciones de la Superfinanciera.

La Ley 964/05 establece la posibilidad de fusionar las dos superintendencias: la Bancaria y la de Valores, o la de crear una nueva, tal y como ocurrió. Hoy se creó la Superintendencia Financiera, regida por todos los decretos y leyes que tenían vigencia. La Superfinanciera tiene su antecedente remoto en 1923, se trata de entes adscritos a un ministerio con la finalidad de ejercer la inspección, control y vigilancia de las entidades del sector financiero; imparten instrucciones con carácter obligatorio, por eso profieren Actos Administrativos, que se deben cumplir hasta que no se disponga lo contrario.

Debido al crecido número de Actos Administrativos que fueron expedidos, se hizo necesario sistematizar las normas, se decidió recoger en un solo texto lo jurídico y en otro lo contable, se expedieron dos circulares:

- La circular Básica jurídica: 07 de 1996
- La circular Básica contable: 100 de 1995

A partir de esto la Superintendencia puede sancionar a cualquier entidad que sea objeto de su control por omisión o violación a las circulares.

CONCLUSIONES

En algunos países, la costumbre tiene mayor jerarquía que la norma positiva, a tal punto que ésta se vuelve secundaria en la aplicación de aquella. Pero al no ser éste el caso de Colombia, es necesario un estudio sistemático de estas prácticas, para que su utilización no

afecte a terceras personas, ni al sistema jurídico preestablecido.

La normatividad positiva le da fortaleza a prácticas que no están reguladas por una ley, toda vez que su ejercicio no atente contra éste sistema, y que realizadas de manera uniforme, reiterada, vigente, obligatoria y publica, en un porcentaje establecido por la misma ley, alcancen la calidad de costumbres mercantiles, brindándoles seguridad a quienes la utilizan no sólo en el ámbito común, sino también en el judicial.

La actividad inmobiliaria, el primero de los ámbitos mercantiles en los que se desarrolló esta investigación, se encuentra conformado por numerosas personas naturales y agencias inmobiliarias, las cuales son personas jurídicas que se obligan frente a otra persona de manera continua (en cuanto a los contratos de arrendamiento), a cambio de una remuneración por la promoción de los actos y operaciones realizadas por su cuenta; así mismo sirve de intermediario (en cuanto a los contratos de compraventa de bienes inmuebles) entre el vendedor y comprador con el objeto de realizar el negocio de venta.

Entre las funciones que realizan están:

- La administración de bienes inmuebles con el fin de ser arrendados.
- La intermediación comercial entre arrendadores y arrendatarios para celebrar un contrato de arrendamiento.
- La función de corretaje, en cuanto se dedica a poner en contacto al vendedor y comprador de un buen inmueble. Estas funciones se pueden establecer como las principales que desarrolla una agencia inmobiliaria sin perjuicio de otras que realizan de manera distinta, individual y especial en cada una de las agencias.

La administración de bienes para ser arrendados por parte de una agencia, implica la celebración

12 Art. 335.- Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

de un contrato de administración, en el cual se debe expresar con claridad y precisión las obligaciones de las partes y la remuneración que recibe la agencia en caso de lograr arrendar el bien inmueble. La naturaleza de este contrato es de tipo particular, debido que implica representación; la agencia entra a ocupar el lugar de un intermediario y es quien arrienda directamente el bien inmueble.

La intermediación que pueden asumir las agencias en un momento determinado en cuanto al arrendatario y al arrendador se traduce en que estos celebren el contrato de arrendamiento. Este es el contrato en virtud del cual las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por este goce un precio determinado y a restituirla en el término igualmente establecido.

El segundo ámbito de esta investigación se constituye por el sector financiero que antes de la Constitución Política de 1991 no había norma que definiera el servicio de la banca. A partir de ella queda claro que la actividad financiera es de interés público y que no se desarrolla por concesión sino por autorización del Estado. Aquí prima el interés público, por ello la autonomía negocial tiene serias limitaciones.

Cuando una entidad financiera quiere negar un servicio a un cliente, la negativa debe estar sustentada en una causal objetiva y deben informarlo. Eso sirve tanto para la captación, colocación y servicios diferentes a estos del sector financiero y bursátil.

Las Operaciones activas de crédito o de intermediación financiera son todas aquellas operaciones a través de las cuales la actividad financiera se coloca en posición de acreedor real o potencial, o sea que no sólo implican la entrega efectiva de recursos sino que también implica la posibilidad de efectuar desembolso de recursos. Estas Operaciones activas de Crédito incluyen: Mutuo, Apertura de crédito, Apertura de créditos especiales (Créditos documentarios o cartas de crédito), Descuento. Operaciones de reporto o repos, factoring, leasing (no es en estricto sentido pero se le da tal tratamiento), avales – garantías y operaciones interbancarias.

Las enunciadas operaciones se caracterizan porque todas ellas conforman la CARTERA DE CRÉDITOS de las entidades financieras. No hay un concepto jurídico de cartera de créditos sino que simplemente son todos los créditos a favor de la entidad financiera provenientes de la celebración de operaciones activas de crédito.

La falta de seguridad jurídica evidente en los vacíos normativos de las actividad inmobiliaria y financiera, es la razón que lleva a esta investigación a la identificación de prácticas en dichos ámbitos, que en la actualidad se estén efectuando por los agentes inmobiliarios y entidades financieras, quienes son los sujetos principales en el desarrollo de los contratos de arrendamiento de bienes raíces con fines habitacionales y comerciales; los de operaciones de ahorro y de crédito, de captación de recursos, operaciones de depósito, arrendamiento financiero, financiamiento comercial y de operaciones de leasing respectivamente, y que desempeñan su actividad dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Es así como se identifican a partir de un estudio exploratorio once (11) prácticas susceptibles de ser certificadas como costumbres mercantiles que debían reunir los requisitos establecidos por el Código de Comercio, requisitos que constituyeron las variables a medir y que se verificaron en el desarrollo y análisis de esta investigación; estas prácticas son:

SECTOR INMOBILIARIO:

- Comisión por intermediación en la compra venta de bienes inmuebles urbanos.
- Comisión por administración del contrato de arrendamiento de un inmueble.
- Comisión por intermediación en el arrendamiento de inmuebles cuando el inmueble no se entrega en administración.
- Pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles.
- Comisión por mercadeo para arrendar un bien inmueble.
- ¿Quién paga los gastos de registro en la compra venta de inmuebles?, son cancelados por el comprador.

SECTOR FINANCIERO:

- Cuenta corriente saldada y cancelada
- Significado de la palabra “contragarantía”.
- Los seguros en los contratos de leasing
- Las acciones contra el Proveedor en el contrato de leasing.
- Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional.

Tratándose de las seis prácticas estudiadas en el sector inmobiliario, se pudo establecer que dos de éstas no alcanzaron los requisitos establecidos por la cámara de comercio y por la ley para gozar del estatus de costumbres mercantiles. Estas son:

- Comisión por intermediación en el arrendamiento de bienes inmuebles cuando el inmueble no se entrega en administración: Desde el comienzo de la investigación, ésta práctica fue un poco confusa, debido a que no todas las agencias inmobiliarias la practican. Algunas se dedican sólo al arrendamiento de inmuebles que tienen bajo su propia administración, y las agencias inmobiliarias que la utilizan, lo hacen de diversas formas, como por ejemplo, recibir por comisión en el arrendamiento de inmuebles, aún cuando no haya sido entregado en administración al agente inmobiliario, el valor total del primer canon de arriendo, o en su defecto, una comisión sobre el valor correspondiente al 10% del canon de arrendamiento del bien inmueble convenido en el contrato, por término de un año.
- Pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles: La normatividad civil, establece que el pago de arriendos de bienes inmuebles, se debe realizar mensualmente, pero deja un vacío al no establecer los días del mes en que se debe cancelar la obligación. Anteriormente, las agencias inmobiliarias que tenían un bien inmueble en administración, cancelaban al propietario el canon de arriendo mes adelantado, hoy en día, se cancela mes vencido, pero además, ya no se cancela sólo los cinco primeros días de cada mes, sino que se ha extendido

en muchas agencias inmobiliarias a los primeros diez días. Es por ésta razón que el estudio de la práctica no alcanzó el 70% en cada variable aplicable, tal y como lo exige el comité jurídico de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Es importante, además, tener en cuenta, que dentro del primer canon de arriendo, algunas agencias cobran el 20% del valor de mercadeo, más un 60% por gastos de papeleo, que anteriormente se conocía con el nombre de depósito y que fue prohibido por la legislación civil.

La mayoría de prácticas llevan en el medio comercial más de veinte años de existencia, y se generan por la necesidad de cubrir aquellas falencias o vacíos que la ley positiva deja, ya que las prácticas mercantiles al ser certificadas por las Cámaras de Comercio como costumbres mercantiles, adquieren fuerza de ley. El mismo código civil remite a ellas al momento de la aplicación de una ley positiva incoada.

Con respecto a las prácticas comerciales que alcanzan el porcentaje del 70% en cada variable exigido por el Comité Jurídico de la Cámara de Comercio para adquirir el estatus de costumbres mercantiles, no se puede asegurar que serán aprobadas como tales, ya que es necesaria la evaluación de estos resultados por los funcionarios a cargo en la Cámara de Comercio de la ciudad de Barranquilla. Al final es ésta entidad la que decide la autenticidad y la conveniencia según las prácticas del mercado y los principios generales del derecho, que un uso mercantil sea certificado como costumbre comercial.

Estas prácticas son:

- Comisión por intermediación en la compra venta de bienes inmuebles urbanos, práctica que se viene generando hace más de 20 años en la ciudad de Barranquilla y se cancela por comisión al agente intermediario en el contrato de compra venta con un 3 % sobre el valor del inmueble objeto del contrato. Aunque muchas agencias aseguraron que ese porcentaje varía de un 3% a un 5% según si el inmueble está ubicado en la zona urbana o en la zona rural, este monto es cancelado

por el propietario del inmueble. Aunque no todas las agencias inmobiliarias se dedican a la compra y venta de inmuebles, la mayoría conoce cómo se desarrolla ésta actividad y cuándo se ejercen prácticas mercantiles en su perfeccionamiento.

- ¿Quién paga los gastos de registro en la compra venta de un bien inmueble?, son cancelados por el comprador: Como se hizo mención en el espacio establecido para ésta práctica, la norma positiva establece cómo se debe dividir la cancelación de los gastos ocasionados por la compra y venta de bienes inmuebles, pero ésta misma, no establece, quién debe cancelar los gastos de registro del bien inmueble que ha cambiado de titular, en la oficina de instrumentos públicos. Es por ésta razón que se escogió la práctica que hace referencia a que este pago sea cancelado por el comprador, que al final es la persona más interesada y más beneficiada con el registro del bien en instrumentos públicos, por cuestiones de titularidad del mismo.
- Comisión por administración en el contrato de arrendamiento de bien inmueble urbano. Esta comisión es una de las más uniformes, ya que la mayoría de variables se manifestó en un porcentaje del 100% en su aplicación, y consiste en que la agencia inmobiliaria que tiene bajo su administración un bien inmueble que ha sido arrendado, recibe de comisión por dicha administración un 10% sobre el valor del canon mensual de arrendamiento. Es importante mencionar que la mayoría de agencias para garantizar el pago mensual del canon de arriendo al propietario del inmueble, sugieren la compra de un seguro que se cobra de forma mensual en un porcentaje de 2% sobre el valor del canon, para que en caso de incumplimiento por parte del arrendatario, éste no afecte al propietario del inmueble y se logre efectuar el oportuno pago al titular del bien.
- Comisión por valor de mercadeo. Esta comisión se aplica por una sola vez, en un porcentaje del 20% sobre el valor del canon del primer mes de arriendo y en muchas

ocasiones cuando el propietario decide retirar el bien inmueble de la administración por parte de una agencia inmobiliaria sin que se haya logrado perfeccionar un contrato de arrendamiento, algunas agencias inmobiliarias, no cobran un valor de mercadeo como tal, sino que realizan una sumatoria de todos los gastos ocasionados por la publicidad del inmueble solamente, ya que el mercadeo abarca no solo la publicidad del bien, sino entre otras cosas el ofrecimiento constante del inmueble por parte de los mismos agentes y la información suministrada a los interesados o posibles arrendatarios. Además existen algunas entidades que no cobran éste valor, ya que sólo publican el inmueble en un diario local de amplia circulación o simplemente alguien interesado en el arriendo del inmueble, logra el contrato antes de estar disponible la publicación.

En el caso de las cinco prácticas identificadas y evaluadas en el sector financiero los resultados fueron los siguientes:

La práctica Cuenta corriente saldada y cancelada se constató que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 410 de 1971 (uniformidad, reiteración, obligatoriedad, vigencia y publicidad), razón por la cual es susceptible de certificarse, ya que arrojó un porcentaje igual o superior al 70% de respuestas afirmativas, lo que quiere decir que dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, los Bancos sí entienden los conceptos de Cuenta Corriente Cancelada como la terminación unilateral por el banco, de una cuenta corriente; con ocasión del mal manejo de las cuentas, giros de cheques sin provisión, incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato y cuando la cuenta ha sido utilizada para actividades ilegales. Así mismo de las exploraciones realizadas a las entidades objeto de estudio se infiere que éstas coinciden en el concepto de cuenta corriente saldada como la terminación unilateral, por el banco o por el cliente o de común acuerdo, por causas diferentes a las indicadas para la cuenta corriente cancelada.

En segundo lugar, la práctica contragarantía, según la lectura de los porcentajes arrojados se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 410 de 1971, de lo cual se deduce que es susceptible de certificación debido a que alcanzó un porcentaje igual o superior al 70% de respuestas afirmativas, por lo que se concluye, que dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, los Bancos, y las Sociedades Importadoras utilizan la expresión contragarantía, para referirse dentro de las operaciones de emisión de carta de crédito, a la entrega por parte del “tomador” (Comprador-Importador) al emisor (banco), de un pagaré en blanco con carta de instrucciones, para que sea usado como título ejecutivo para el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador.

Con relación a la práctica del uso de seguros en los contratos de leasing; se observó que al igual que las anteriores, reúne los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 410 de 1971 y por lo tanto es susceptible de certificación. Los resultados revelaron que dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, los Bancos, Corporaciones financieras y CIA de Financiamiento Comercial, exigen para la realización del contrato de leasing una póliza de seguro que ampare a la Compañía de Financiamiento Comercial -en este caso beneficiario-, para los posibles daños que sufran los bienes dados en leasing.

Siguiendo la misma línea de este contrato atípico tenemos que el estudio de la práctica relacionada con las acciones contra el proveedor en los contratos de leasing, el resultado arrojado es que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 410 de 1971 y por ende es susceptible de certificación. De lo que se infiere, que dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, los Bancos, Corporaciones financieras y CIA de Financiamiento Comercial, reconocen que el arrendatario siempre está facultado para ejercitar acciones legales contra el proveedor (vendedor), derivadas de los derechos que confiere la compraventa, o cuando se presentan defectos en la cosa objeto del contrato de leasing.

Finalmente, en lo referente a la práctica de reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, se obtuvo un resultado diferente a las anteriores prácticas por cuanto en este caso el porcentaje arrojado fue inferior al 70% de respuestas afirmativas, no logrando cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 410 de 1971 para poder certificarse. De conformidad con lo expuesto con antelación, concluimos que dentro de la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, la normatividad internacional aplicable al manejo del crédito documentario adoptada por la Cámara de Comercio Internacional, no es conocida por las entidades involucradas en este proyecto de investigación.

Estos resultados y conclusiones se presentaron a consideración del comité jurídico de la Cámara de Comercio para que éste finalmente determinara cuales prácticas deben ser certificadas como costumbre mercantil dentro de su jurisdicción. Siendo así como a partir de esta investigación se certificaron dos costumbres mediante Resolución No. 9 de enero 26 de 2010 a saber:

1. En Barranquilla, cuando un agente o corredor inmobiliario sirve de intermediario para la celebración de un contrato de compraventa de inmueble urbano cobra una comisión al propietario del inmueble, consistente en un porcentaje del 3% sobre el precio de venta.
2. En la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, se entiende que la expresión contragarantía utilizada en las operaciones de emisión de carta de crédito, hace referencia a la entrega por parte del tomador (comprador -importador) al emisor (banco) de un pagaré en blanco con carta de instrucciones, para que sea usado como título ejecutivo para el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador.

BIBLIOGRAFÍA

1. Decreto 063 de 1977.
2. DECRETO 410 DE 1971
3. DECRETO 1730 DE 1990
4. DECRETO 663 DE 1993
5. LEY 45 DE 1923
6. LEY 50 DE 1990
7. LEY 35 DE 1993
8. LEY 45 DE 1990
9. LEY 446 DE JULIO 7 DE 1.998
10. LEY 510 DE 1999
11. LEY 794 DE ENERO 8 DE 2.003
12. BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Ed. Harla, México, 1997.
13. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales, T.I y T.II, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004 y 2005.
14. CASTAÑO, José Ignacio. El contrato de arrendamiento de inmuebles y el nuevo proceso de restitución. Ed., 1 Temis. Editorial.
15. GAVIRIA, Enrique, Lecciones de Derecho Comercial. 2ª Ed., Biblioteca Jurídica. Editorial.
16. GONZÁLEZ, José Alonso. Lecciones Inmobiliarias, Fondo Editorial Universidad Eafit. Editorial.
17. GIORGI, George, Teoria General de las Obligaciones, Ed. Leyer, Bogotá, 2009.
18. GÓMEZ, César, De Los Principales Contratos Civiles. 3ª Ed., Temis. Editorial.
19. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto, Introducción al Derecho, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2003.
20. MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón, Principios de Derecho Comercial, Bogotá, 2004.
21. MEDELLÍN, Carlos, Lecciones de Derecho Romano, Ed. Temis, Bogotá, 2000
22. MONROY CABRA, Marco Gerardo, Introducción al Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 2003.
23. MORA, Juan Carlos. Derecho Urbano. 4ª Ed. Leyer. Editorial.
24. NEIRA ARCHILA, Luis Carlos, Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades, Editorial Temis, 2006.
25. PINZÓN, José Gabino, Introducción al Derecho Mercantil, Bogotá, Editorial Temis, 1985.
26. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 2007.
27. VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Parte General y Personas, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
28. VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, De Las Obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 2006.
29. VIVANTE, Cesare, Derecho Mercantil, T. I, II y III, Ed. Porrúa Hermanos, Buenos Aires, 1957.
30. LEY 820 DE JULIO 10 DE 2003

Empresa y Sociedad

