

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LAS UTILIDADES SOCIETARIAS: El caso bancario; más que cuánto, cómo y en qué

Versión escrita de la intervención del Superintendente Bancario de Colombia, Jorge Pinzón Sánchez, en la XL Convención Bancaria y de Entidades Financieras- ASOBANCARIA

Cartagena de Indias, 16 de junio de 2005

Agradezco la invitación a esta Convención Bancaria, y atendiendo la amable sugerencia de la Asociación, expondré a ustedes algunas reflexiones, desde la perspectiva del supervisor bancario, acerca de la responsabilidad social empresarial, referida particularmente a los banqueros y a la banca. Se trata de un asunto que sin duda es relevante en el contexto del examen de “La Banca como Instrumento de Desarrollo”, y de ahí que mañana vaya a referirse a él la Vicepresidenta Económica de la Asociación y que para ese mismo día se haya previsto un panel sobre el particular con la participación de banqueros extranjeros.

Las utilidades generadas el año pasado en Colombia por las empresas del sector bancario sirven para ordenar tales reflexiones, pues el somero examen de algunas percepciones y juicios de valor acerca de tales rendimientos, permite inferir qué tipo de exigencias y expectativas cívicas existen en nuestro medio respecto de la función social de los bancos, concepto éste que debe precisarse para establecer cuál es la relación de dicha función con el beneficio privado que se materializa en las utilidades y, en especial, en los dividendos decretados a los accionistas. De la forma en que se entienda dicha relación dependen en buena parte el sentido y alcance dados a la responsabilidad social de los empresarios y de las empresas bancarias, la cual, más que con cuánto es su monto, antes y después de impuestos, tiene que ver con en qué y cómo se obtienen dichas utilidades con ocasión del ejercicio de la actividad bancaria; y con cuál es la incidencia del en qué y del cómo respecto del desarrollo de la sociedad.

En qué se obtienen las utilidades bancarias es una cuestión relacionada con el grado de profundidad del sistema bancario; y cómo se obtienen, se relaciona con la eficiencia del mismo. El BID, en su Informe del año 2005 sobre Progreso económico y social en América Latina¹, ha concluido que el crédito en toda la región es escaso y costoso, situación que obedece a un conjunto de causas de diversa índole, muchas de las cuales escapan del control de los banqueros. Pero algunas de ellas sí están al alcance de las decisiones de los controlantes y administradores de la banca; y esa circunstancia explica y justifica que la gestión

¹ Desencadenar el Crédito- Cómo ampliar y estabilizar la Banca. BID, Washington, 2005

de un negocio de tanta importancia para el progreso económico y social, así como las actuaciones estatales relacionadas con él, tenga una gran visibilidad social y esté sujeta a evaluaciones desde diversos puntos de vista.

Y hay que poner de relieve que cuando dicha evaluación se refiere a la responsabilidad social de la banca, que es el objeto de este documento, la misma no se contrae al indispensable examen de las cifras que miden sus resultados, junto al cual se exponen argumentos (“opiniones”) de toda índole y con diferentes sustentos (encuestas, etc.) no todos racionales, y cuando lo son, no todos los juicios basados en ellos obedecen o son reductibles a una racionalidad estrictamente económica. La univocidad de las cifras no implica que los argumentos que se apoyen en ellas sean coincidentes; y a ello hay que añadir que la argumentación referente al examen de la responsabilidad social empresarial incluye cuestiones de carácter normativo, en especial aunque no exclusivamente de tipo jurídico, que en el caso de la actividad financiera están presentes siempre dada la regulación que le es connatural. Además, con ello se introducen en el planteamiento de la cuestión normas que incluyen principios y reglas formados con conceptos “abiertos” a su determinación e interpretación jurídica (como el bien común, la función social, el interés público, la buena fe, la equidad) y que se toman en consideración en las expectativas y exigencias sociales que sirven de base para la formulación de juicios de valor acerca de la legitimidad del ejercicio del poder empresarial y de su control por parte del Estado.

I- Contexto de la Actividad Empresarial: beneficio privado y función social.

A. Las Motivaciones individuales.

Al observar la forma en que se comportan los seres humanos en la vida de los negocios, Adam Smith señalaba que “No es de la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero que nosotros esperamos nuestra comida, sino de la consideración de éstos de sus propios intereses. Nosotros apelamos, no a su humanitarismo sino a su amor propio, y nunca les hablamos de nuestras necesidades sino de las ventajas de ellos”. Habría que agregar que quien compra carne, cerveza o pan, o que quien pide prestado, a su vez, también persigue la satisfacción de un interés propio a través de su relación con el carnicero, el cervecero, el panadero o con el banquero; y que el reconocimiento social expreso de la existencia y de la admisibilidad de la motivación consistente en la búsqueda de beneficios individuales, y específicamente de beneficios puramente económicos, se encuentra en la base misma del funcionamiento de las empresas y de los principios y reglas de tipo jurídico y de jerarquía legal aplicables a la organización privada de dicha actividad. De ahí que en una economía de mercado, en la que la obtención privada de beneficios económicos es el incentivo más adecuado para la asunción de los riesgos propios de una empresa, dicha obtención sea un objetivo protegido por el derecho y, como tal, lícito. En efecto, la iniciativa económica privada que se manifiesta en la actividad contractual y en las

empresas está garantizada expresamente en la Constitución Política vigente, en términos a los que en seguida se hará alusión, independientemente de si la forma jurídica de organización de las mismas conduce al reparto individual de utilidades, como en las sociedades, o de si el beneficio económico de los directamente interesados tiene otras formas de expresión patrimonial, como ocurre en las cooperativas y en las cajas de compensación.

B. Límites valorativos de la garantía constitucional: el bien común y la función social.

Ahora bien, dicha garantía constitucional no es absoluta, y la delimitación del alcance de la libertad contractual en consideración del bien común y de la iniciativa económica privada en atención a la función social asignada a la empresa, le corresponde a las leyes; y por eso hay que entender que las obligaciones a que se refiere la Constitución como consecuencia de dicha función social son de tipo legal². En el caso de la actividad financiera, la misma Constitución la califica como de “interés público”, somete su ejercicio a la previa autorización estatal, y prevé que la ley “regulará la forma de intervención del gobierno... y promoverá la democratización del crédito”³.

Pero, tal y como lo advierte Sen, el capitalismo, como cualquier otro sistema económico, involucra un sistema de valores que influye en la conducta individual⁴, de manera que la búsqueda del beneficio económico particular en cada caso puede concurrir o no en mayor o menor medida con otras motivaciones, como pueden ser ese “amor propio” mencionado por Smith, el sentido del deber kantiano, el deseo de salvar el pellejo o el alma, o cualquier otro motivo que para cada cual sea suficientemente importante como para involucrarlo en una decisión susceptible de ser evaluada desde el punto de vista financiero, y expuesta también a juicios de valor, no sólo de tipo financiero, y formulados por terceros. Tales juicios son relevantes cuando se formulan en atención a la mayor o menor correspondencia de la acción evaluada frente a los sistemas de valores que recogen exigencias y expectativas de la sociedad respecto de la conducta de sus

² “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...(-)La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social, que implica obligaciones. El Estado...estimulará el desarrollo empresarial...(-)La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”, Constitución Política, Art. 333. Y de manera general, en la Constitución se establece que “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

³ Constitución Política, Art. 335

⁴ “Tampoco es correcto extraer la conclusión de que el éxito del capitalismo como sistema económico depende sólo de la conducta interesada y no de un complejo y sofisticado sistema de valores que tiene otros muchos ingredientes, entre los cuales se encuentran la formalidad, la confianza y la honradez empresarial...Todo sistema económico exige una conducta ética, y el capitalismo no es una excepción. Y los valores pueden influir de manera considerable en la conducta de los individuos”. Sen, Amartya, Desarrollo y Libertad, Trad. E. Rabasco y L. Toharía. Ed. Planeta, Bogotá, p. 334.

miembros; y su relevancia estriba en que, como lo señala Giddens, la estabilidad misma de las relaciones sociales está directamente relacionada con las creencias individuales en que sus respectivas acciones son legítimas⁵. Y ello ocurre independientemente de si es por cálculo, por temor o por convicción que se decide actuar en forma legítima; y abstracción hecha de si la conducta en cuestión es legal o no, como quiera que el entramado institucional de una sociedad no es sólo de tipo jurídico, tal y como ha sido puesto de relieve por North al destacar la importancia y persistencia de las restricciones informales de origen cultural, y entre los cuales incluye en forma expresa los valores⁶.

C. Exigencias sociales acerca de la legitimidad del ejercicio del poder empresarial y de su control por parte del Estado.

1. El marco jurídico aplicable a la iniciativa económica privada.

La Constitución vigente conserva los conceptos de bien común y de función social⁷ –cuya historia y tradición institucional en Colombia, que se remontan respectivamente a 1886 y 1936, no es necesario recordar aquí– en el contexto propio de un Estado Social de Derecho, que expresamente promueve la realización efectiva de derechos económico-sociales de carácter programático, o “de segunda generación”, los cuales, según refiere el ex constituyente Esguerra Portocarrero, más que a elegir, conceden el derecho a exigir⁸; además, a esta clase de derechos se les reconocen conexiones con derechos fundamentales de rango constitucional. En este contexto, por ejemplo, la Corte Constitucional ha dicho que, en su relación con la banca, se involucran los derechos fundamentales de los usuarios al reconocimiento a la personalidad jurídica, de igualdad de trato, a la iniciativa privada y a la libertad económica; y en atención a ellos ha señalado que el ejercicio de la autonomía contractual de la banca debe ser “razonable, proporcional y adecuada a los fines que persigue, sin comprometer la integridad de los derechos constitucionales de los usuarios... y/o principios fundamentales de mayor entidad”, por la cual el ejercicio de la facultad unilateral de celebrar o no o de terminar un contrato de depósito bancario requiere de la existencia de causales objetivas y razonables que justifiquen tal decisión, como pueden serlo las que protejan el sistema de riesgos como el de lavado de activos, protección que corresponde al cumplimiento de un deber legal de los banqueros, señalando de paso que la banca, “...por ser de interés público,... se orienta a la búsqueda del

⁵ “Las formas más estables de relación social son aquéllas en las cuales las actitudes subjetivas de los individuos que participan en ellas están orientadas por la creencia en un orden legítimo”. Giddens, Anthony, *Capitalismo y la Moderna Teoría Social*, Ed. Idea, Barcelona 1998, p.256

⁶ North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Nueva Cork, 1990, ps.36-37

⁷ Ver nota 3.

⁸ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección Constitucional del Ciudadano*, Ed. Legis, Bogotá, 2004, p.7

bienestar general”, que involucra riesgos sociales que exigen “...asegurar la confianza pública en el servicio”, y que el interés público “..se concreta en la garantía de un trato igual en el acceso a los servicios financieros”⁹.

La alusión expresa de los textos constitucionales al bien común y a la función social de la empresa, representa entonces un reconocimiento institucional, de tipo jurídico, de la existencia de exigencias y expectativas sociales referentes a la legitimidad del ejercicio del poder empresarial y a su control por parte el Estado; y la correspondencia con tales exigencias y expectativas, además de expresarse en las leyes que delimitan la libertad contractual y la iniciativa económica privada, también debe manifestarse al interior del campo de juego enmarcado o permitido por tales leyes, y que apuntan al razonable cumplimiento de objetivos sociales de cooperación y de reciprocidad. Así como es censurable socialmente una ley contraria al bien común, también lo es el contrato que se realiza o ejecuta en fraude a la ley. En otras palabras, la constitución y el funcionamiento de las sociedades comerciales, cualquiera que sea su objeto, al igual que los contratos que se celebren y ejecuten para desarrollar dicho objeto, también están subordinados a los principios y valores que orientan los límites legales en cuestión.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, a propósito del cobro de intereses por parte de las instituciones financieras con sujeción a los máximos de orden legal, ha señalado cómo las reglas del juego incluyen la denominada “libertad de configuración” del contrato, que permite que en ejercicio de la autonomía contractual se modelen los efectos del mismo, con sujeción a “..las disposiciones legales de carácter imperativo que sustraen de la voluntad de las partes algunos aspectos del contrato, para que prevalezcan principios generales, como el respeto al orden público, la moral o las buenas costumbres”¹⁰; y se apoya en la noción de orden público económico expuesta por la Corte Constitucional en su sentencia C-083/99, según la cual “En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. En el sistema económico colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población.(-)Las leyes de naturaleza penal, y dentro ellas (sic) la norma sobre prohibición de la usura,...tienen carácter de orden público”¹¹.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-468-03, exp.T-515421.

¹⁰ Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil, julio 5/2000, rad. 1276, C-P. César Hoyos Salazar

¹¹ Idem , p. 29

En dicho Estado Social de Derecho la protección estatal frente a los abusos del poder económico y la corrección de las fallas del mercado, en un contexto de solidaridad y de prevalencia del interés general, tienen la importancia que revestían para el Estado de Derecho la protección jurídica del ciudadano frente a los abusos del poder estatal y la garantía de un marco general de libertades. La Corte Constitucional ha dicho que el término “social” “...no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”¹²; que “ El principio de solidaridad social ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad (C.P.art.1) (-) La decisión de elevar a rango constitucional el principio de solidaridad social tuvo su origen en el repudio a la injusticia social y en la convicción de que su gradual eliminación compromete a la sociedad entera y al Estado”¹³; y que, en consecuencia, “El estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación, propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público”¹⁴.

2. La responsabilidad social empresarial y la función social de la empresa.

La conducta empresarial está sujeta entonces a una apreciación institucional que se establece con base en juicios de valor que no son exclusivamente de tipo económico y que se formulan dotando de contenido y de consecuencias de tipo normativo conceptos “abiertos” que se incluyen en las reglas con una finalidad orientadora o directiva, como es el caso, precisamente, del bien común y de la función social. Y es en ese contexto que cabe preguntarse si la aceptación de la eficiencia de la actividad económica privada orientada por fines de lucro es suficiente para considerar que la responsabilidad social del empresario se cumple cuando éste obtiene la mayor utilidad posible. La cuestión consiste en determinar si dicha eficiencia basta por sí misma para legitimar ante la sociedad la obtención de un beneficio privado; si la apropiación privada de un beneficio reporta a la sociedad un beneficio adecuado o, si me permiten la expresión, “equitativo”; y si dada dicha eficiencia, la rentabilidad que obtenga el accionista en forma legal es suficiente beneficio para la sociedad, en especial si se tiene en cuenta que los particulares pueden hacer todo lo que no se les prohíbe expresamente.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-406, junio 5-92, M.P.Ciro Angarita Barón

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-533, sep. 23/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-505, ag. 28/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Cuando los economistas examinan la relación entre precios y costos, básica para establecer el equilibrio a largo plazo en los mercados competitivos, entre los costos de producción incluyen los salarios y remuneraciones de los empleados y administradores, así como los beneficios de los propietarios. Así las cosas, cuando el precio es superior a su costo, y la diferencia o margen entre los dos, asumiendo, se repite, que el costo incluye salarios y dividendos, sólo tiene algunos límites legales expuestos, es entonces legal y legítimo obtener cualquier margen entre precio y costo? Es decir, para obtener el mayor beneficio posible para el accionista o para el administrador, o para ambos, es legal y legítimo cobrar cualquier precio?

Por supuesto que usar la expresión “legitimidad” requiere la cautela que exige Posada Carbó al criticar el cuestionamiento radical de la legitimidad del Estado colombiano¹⁵, que, en su opinión, produce frecuentes manifestaciones de auto-deslegitimación con “...preocupante impacto en la gobernabilidad”. En el Estado –según afirma Posada siguiendo la opinión de Barker- “...la finalidad central de las acciones legitimadoras no es convencer a los súbditos o ciudadanos sino a los mismos gobernantes de su propia autoridad”¹⁶; en cambio, en el caso empresarial sí se trata de un convencimiento dirigido a la opinión pública acerca de si un determinado empresario o sector retribuye adecuadamente a la sociedad la apropiación del beneficio privado que esa misma sociedad le permite y garantiza.

En el contexto de este documento, de lo que se trata es de precisar si la responsabilidad jurídica es equivalente a la responsabilidad social; y si son distintas, de establecer cuál es el fundamento de ésta última y cuáles las consecuencias de no actuar “responsablemente” desde el punto de vista social. En otras palabras, se pregunta si la responsabilidad “social” es o no una consecuencia o manifestación de la función “social” de la empresa.

II. Qué se entiende por responsabilidad social empresarial.

Para delinear el alcance de estos comentarios acerca de la responsabilidad social empresarial, o corporativa, como la denominan los anglosajones en el caso de las sociedades anónimas (“corporations”), se toman aquí como punto de referencia algunos sugestivos términos y conceptos acuñados por el profesor John Parkinson, de la Universidad de Bristol¹⁷, quien parte del supuesto de que a través de ella en la sociedad se busca o controlar o legitimar el poder empresarial, y quien, de acuerdo con Brudney, propone como criterio de materialización de dicha responsabilidad el “Incurrir en costos no compensables al llevar a cabo acciones socialmente deseables y legalmente no obligatorias”. Planteada así la discusión, la

¹⁵ Posada Carbó, Eduardo. “Ilegitimidad” del Estado en Colombia- Sobre los abusos de un concepto

¹⁶ Idem, p. 27

¹⁷ Corporate Power and Responsibility- Issues in the Theory of Company Law, Parkinson, John E., Clarendon Press, Oxford, Nueva York, 1993

motivación individual que lleva al empresario a incurrir en dicho costo, ¿filantropía o mercadeo?, ¿sensibilidad o cálculo?, ¿deber o utilidad?, no importa, y la cuestión básica estriba en que para atender una expectativa o exigencia cívica o social, un empresario esté dispuesto a actuar de una manera no exigida por la ley, independientemente de los costos derivados de dicha acción.

Las inquietudes acerca de la responsabilidad social empresarial y que se traducen en actuaciones a cargo del Estado, se definen con base en el marco institucional jurídico aplicable a la actividad empresarial, tanto al asignar las funciones públicas que tienen injerencia en ella, como al aplicar los principios y reglas que enmarcan dicha actividad en los casos concretos, lo cual implica la formulación de juicios de valor a través del sentido y alcance dados a los ya referidos conceptos “abiertos”, tales como el bien común y la función social. De lo que aquí se trata es de examinar qué clase de acciones o abstenciones no obligatorias puedan ser entendidas como “socialmente deseables” por los propios empresarios y observadas por ellos con ocasión del desarrollo de su actividad, toda vez que la percepción y la presión social acerca de la atención de esas expectativas o “deseos” se relacionan en forma directa con la continuidad de la aceptación o con la crítica o el rechazo a la legitimidad de los beneficios y del margen de acción jurídicamente protegidos.

A. Formas de manifestación de la responsabilidad social empresarial.

En atención a percepciones distintas acerca del papel de los negocios en la vida de la sociedad, Parkinson propone dos “tipos” de manifestaciones de la responsabilidad social corporativa. La primera clase o tipo es la que él denomina “responsabilidad relacional”, que consiste en la promoción del bienestar de grupos de interés directamente afectados por la actividad de la empresa, como es el caso de los empleados, de los consumidores de sus productos y servicios, de sus vecinos; la segunda expresión es el denominado “activismo social”, que consiste en la realización de conductas consideradas beneficiosas para la sociedad o para grupos de interés ajenos al ámbito ordinario de operación de la empresa, y cuyo ejemplo clásico tiene que ver con las donaciones de caridad.

1. “Responsabilidad relacional”: efectos y objetivos.

Cuando se llevan a cabo actos propios de la llamada responsabilidad relacional, según Parkinson se pueden encontrar dos grandes clases de efectos: o cambios en los objetivos o fines corporativos propiamente dichos; o la imposición de autolimitaciones a los medios usados para obtener tales fines, distintas de las de origen legal, pues ya se dijo que no se trata de conductas legalmente obligatorias, y diferentes de las restricciones de carácter práctico, como lo es la simple falta de recursos suficientes para hacer algo. Y al tener en cuenta el bienestar de grupos directamente afectados o relacionados con la actividad de la empresa, un empresario puede actuar de acuerdo con uno de dos objetivos: o se es “prudente”, y se sacrifican utilidades a corto plazo para obtener beneficios a largo plazo, caso en el cual es muy discutible el costo no compensable al que alude Brudney, pues

se confía en su futuro resarcimiento; o se es “desinteresado”, y se actúa independientemente de la rentabilidad y en consideración sólo de la relevancia social de los intereses de terceros.

El ejemplo más claro de responsabilidad relacional se encuentra en la adopción de estándares en materia de protección ambiental; la magnitud creciente de los riesgos reputacionales vinculados a la imputación de daños ambientales, incluso “legales”, explica por qué en esos casos se presenta una efectiva complementación de la coercitividad legal por parte de la presión social. La evaluación de riesgos ambientales “prudente” es acorde con la preocupación global por un desarrollo económico sostenible, asunto de clara relación con la responsabilidad social, no sólo con la del deudor, sino con la del acreedor financiero que le suministra recursos. No son fáciles ni la búsqueda del equilibrio entre las inversiones a largo plazo que requiere dicho desarrollo sostenible y los retornos a corto plazo propios de los mercados financieros, ni el ajuste local a estándares ambientales propios de países desarrollados, que están contaminados y son contaminantes por cuenta, sobre todo, de la obtención de su desarrollo sin ninguna restricción de esta índole. Pero una política voluntaria en esta materia por parte de la banca expresada en la manera como administra sus activos, incluyendo los riesgos de sus deudores, permite tener acceso a oportunidades de cofinanciación o de inversión de bancos multilaterales; así, por ejemplo, la Corporación Financiera Internacional (CFI) y la Corporación Andina de Fomento (CAF) tienen en cuenta en sus relaciones con la banca local que las entidades financieras cuenten con políticas ambientales y con programas dirigidos a los riesgos ambientales, de los cuales ya se conoce el caso local de un banco obligado a limpiar un terreno recibido en pago¹⁸.

2. El “activismo social”.

La responsabilidad corporativa asume la forma del activismo social cuando se traduce en conductas positivas, más que en simples abstenciones o restricciones, consideradas por el agente como verdaderos deberes independientemente de sus efectos positivos eventuales, tales como una ventaja fiscal o la percepción social favorable. Dicha independencia no excluye la consideración de tales ventajas, susceptibles también de generar rendimientos o de prevenir pérdidas a largo plazo, por lo cual nuevamente se pone en tela de juicio el costo no compensable propuesto por Brudney; pero tiene la ventaja de plantear con realismo la combinación de motivaciones y de efectos previsibles que pueden ser tenidos en consideración por un empresario. Y un ejemplo muy pertinente – y que pone de relieve la difícil diferenciación o mezcla que en la práctica ofrecen los tipos de responsabilidad propuestos por Parkinson- se encuentra en un caso que el suscrito, entre otras oportunidades, también refirió en la penúltima convención bancaria, tiene que ver con la forma en que se sustenta la política adoptada por la

¹⁸ Mercier Francois y Zenklusen Oliver, “Environmental Management Systems and risk reduction in developing economies”, en Sustainable Business Investor- Worldwide, Issue 2, 2002

British Petroleum Company respecto del control de las emisiones de CO2. En palabras de su director ejecutivo John Browne, tales políticas obedecen a que “Nosotros tenemos el cumplimiento de la ley como un mínimo y después vemos más allá de eso”.¹⁹.

3. Beneficio privado y función social: identidad o jerarquización complementaria?

La relación entre el beneficio privado del accionista y la función social de la empresa es la que subyace al planteamiento de Parkinson. En efecto, aquí sólo caben dos puntos de vista posibles: o se predica la identidad de dicho beneficio privado y de la función social, en un acto de confianza en la sabiduría de la “mano invisible” y de desconfianza en las fallas o abusos en que incurre el Estado, susceptible de captura por diversas clases de grupos de interés, cuando mediante las decisiones burocráticas pretende corregir las fallas o abusos del mercado; o se postula que entre los dos hay una relación jerárquica y complementaria, orientada a establecer un equilibrio razonable entre el desempeño económico de la empresa y los efectos sociales del mismo.

El segundo punto de vista permite hablar de responsabilidad social corporativa en forma acorde con el marco institucional aplicable a la actividad empresarial en el país. Dicha jerarquización y complementación se sintetiza en el reconocimiento y protección de la utilidad privada como un mecanismo de promoción del interés público; el beneficio privado no es un fin en sí mismo, sino un medio, el más eficiente, de promover empresas que generen lícitamente empleos y riquezas. En esa perspectiva, se parte de la base de que las leyes societarias sólo o preeminentemente regulan los intereses de los accionistas, administradores y acreedores; y se acepta que las expectativas y exigencias sociales que inciden en la actividad empresarial implican la participación en las decisiones empresariales de otros grupos de interés relevantes, o la presión de éstos sobre las mismas. Los medios formales o informales de dicha participación o presión, así como su mayor o menor injerencia, dependen de cada marco institucional: en algunos casos, como ocurre respecto de los trabajadores en Alemania a través de la cogestión, hay medios formales de organización de su participación en la administración de las empresas; en otros, como en los Estados Unidos, los consumidores se convierten en grupos de presión más o menos informales pero con una fuerte

¹⁹ “Las personas que trabajan en BP son ciertamente personas de negocios, pero también son personas de creencias y convicciones, individuos preocupados por la calidad de vida para ellos y sus niños, cuando ellos pasan por la puerta de su trabajo cada mañana, ellos no dejan atrás sus convicciones ni su sentido de responsabilidad y lo mismo aplica para nuestros consumidores, su elección determina nuestro éxito como compañía y ellos si tienen creencias y convicciones, el ambiente global es un tema que nos concierne a todos en nuestros varios roles y capacidades, **es un momento para cambio y para repensar sobre responsabilidad corporativa.** Primero nosotros monitoreamos y controlamos nuestro propio control de emisiones de hidróxido de carbono, ninguna legislación nos ha obligado a nosotros a dar este paso, nosotros lo hacemos porque creemos que es la cosa correcta para hacer” Browne, J 1997, 'Climate Change Speech', Stanford University, 19 May. Disponible en: <http://dieoff.org/page106.htm>

influencia sobre la acción gubernamental, como cuando el Departamento de Justicia de ese país acogió una idea de Ralph Nader acerca del folleto de difusión pública destinado a los consumidores y dirigido con el objeto de detectar prácticas ilegales, no sólo de grandes compañías, que describe acuerdos de fijación de precios y otras prácticas restrictivas.

No obstante lo anterior, un equivocado énfasis en los objetivos que se identifiquen con el cumplimiento de la función social de la empresa en desmedro del beneficio privado, conduce a varios problemas. Un excesivo entusiasmo en el activismo social y en el “altruismo” gerencial puede generar una fundada desconfianza en los inversionistas y distraer a compasivos y sensibles administradores de sus áridos deberes principales, que al final siempre se cuantifican con base en un estado de resultados. Se debe tener en cuenta también que la distribución social de la riqueza no se lleva a cabo institucionalmente a través de la actividad productiva privada; ésa es una tarea formal de los Estados nacionales, con la cual puede concurrir, con diversos tipos de incentivos formales e informales, la iniciativa de individuos bondadosos, excéntricos o simplemente sin herederos.

Desde el punto de vista de la relación del Estado con la empresa, es importante mantener la diferenciación de los roles propios de cada uno. Así como el poder empresarial puede instrumentalizar a su acomodo las actividades en que intervenga, riesgo implícito en la orientación interesada de las investigaciones científicas y tecnológicas financiadas por empresarios privados, por ejemplo, por empresas farmacéuticas vinculadas a proyectos universitarios, también el Estado puede apoderarse de las grandes empresas al concebirlas como simples instrumentos del interés público definido a su acomodo por el gobierno de turno, riesgo implícito en la famosa noción de Rathenau de la “empresa en sí”, surgida en un momento muy particular de la historia de Alemania, como fue la primera posguerra del siglo pasado, y de ahí que existan opiniones divididas acerca de si el socialismo propio de dicha noción era ideológicamente próximo al marxismo o al nazismo²⁰.

Resulta entonces que la posición según la cual la función social consiste simplemente en buscar las máximas utilidades posibles dentro de la ley, y que para cumplir con ella las empresas sólo deben contribuir al crecimiento de la riqueza de la sociedad, tiene una virtud, consistente en enfocar con mayor precisión el ámbito de la responsabilidad social y en destacar un elemento esencial de la empresa, que es el que explica por qué en nuestro sistema constitucional es considerada como la base del desarrollo. La referencia a la

²⁰ Según la famosa afirmación de Rathenau “ la gran empresa ya no es sólo una organización de intereses de derecho privado, sino más bien, como fenómeno singular o complejo, un factor de la economía nacional, perteneciente a la colectividad, que conserva aún, justificadamente o no, los rasgos del derecho privado de la empresa capitalista, mientras que, desde hace tiempo y en medida creciente se ha puesto al servicio de intereses públicos y se ha dado una nueva razón de ser”. Citado por Esteban Velasco, Gaudencio, en *El poder de decisión en las sociedades anónimas- derecho europeo y reforma del derecho español* Ed Civitas- Fund. Universidad –Empresa, Madrid, 1982, p.126.

utilidad relaciona directamente el tema de la responsabilidad social empresarial con el cumplimiento cuantificable del objeto “social”, en el sentido del derecho societario, de la respectiva empresa, que es tanto el medio de obtención de dicha utilidad como la expresión por excelencia de su función social. Este planteamiento es acorde con el hecho legal consistente en que el deber principal de los administradores de las empresas, de acuerdo con la ley, consiste, precisamente, en “...realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social”²¹; pero dicho desarrollo adecuado exige su sujeción integral al ordenamiento jurídico, asunto cuya verificación no se agota con la simple obtención de la máxima utilidad en cualquier cosa y de cualquier manera, y de ahí que los juicios de valor acerca del cumplimiento de la función social de la empresa no se limiten a la cuantificación del dividendo o de la valorización de las acciones.

Así las cosas, al confrontar la noción de responsabilidad social propuesta por Parkinson en sus diversos tipos con el marco institucional aplicable en Colombia a la banca, antes de preguntarse acerca del alcance del “activismo social” de los banqueros, conviene comenzar con referirse a la función social que le es propia en el ámbito del desarrollo adecuado de su objeto social.

III. La responsabilidad social empresarial y el sector financiero.

El monto de las utilidades de la banca puede ser relacionado con cifras correspondientes a muy diversos factores, como, por ejemplo, con las pérdidas que el sector sufrió durante la pasada crisis²²; o en ellas se puede distinguir entre los dividendos decretados y la parte que no se distribuye y va a las reservas²³. Y se puede advertir, como lo hace Cabrera Galvis, que “Ante todo debe evitarse una actitud maniquea frente a las utilidades. En el esquema de economía capitalista es esencial que las empresas produzcan ganancias para remunerar el capital invertido...Además en el caso específico de los bancos, las regulaciones y la necesidad de mantener la confianza del público exigen continuos aumentos del patrimonio, que no sería factible si no se produjeran utilidades”²⁴. Sin embargo, y como lo describe Caballero Argáez, “La imagen de la banca ante los colombianos es muy mala. La publicación de los resultados de los bancos genera, cada mes, una oleada de opinión en su contra y en la de sus accionistas. Las gentes no consideran ‘justo’ que los bancos obtengan ganancias. Mucho menos, que éstas sean elevadas. Es un sentimiento anclado en la Edad Media.(-) Contar en la actualidad con un sistema financiero sólido y confiable para los usuarios y los ahorradores en las entidades, poco importa al público. A pesar de que los

²¹ Ley 222 de 1995, art. 23

²² En su informe semanal del 7 de marzo del 2005, titulado “Los bancos al cierre del 2004”, ANIF, señalaba que “...las utilidades acumuladas durante los años recientes apenas compensan las pérdidas acumuladas durante los años de crisis”, ANIF, Informe Semanal, no.772, p.1

²³ “...parte de ellas se reserva para cubrir pérdidas pasadas y constituir reservas (obligatorias y voluntarias), para hacerle frente a malas coyunturas económicas futuras, sin que sus principales acreedores (los depositantes) se vean afectados financieramente.” Asobancaria, La Semana Económica, Bogotá, no. 501, abril 15 de 2005, p.1

²⁴ Cabrera Galvis, Mauricio, “Las utilidades de la Banca”, en Portafolio, mayo 23 del 2005

depósitos estén más seguros. La consideración colectiva es que los bancos hacen sus utilidades a costa de ahorradores y deudores y que no cumplen una función 'social', es decir, que los márgenes de intermediación son muy altos"²⁵.

La "consideración colectiva" así descrita involucra entonces conceptos como los entrecomillados por el autorizado comentarista que acaba de citarse; se trata, según ya se dijo, de expresiones propias de juicios de valor que pueden formularse con base en el marco jurídico aplicable en Colombia a la iniciativa económica privada, y los cuales, a propósito de un análisis acerca de la responsabilidad social de la banca, pueden ser considerados como la expresión de exigencias y expectativas sociales acerca de la legitimidad del ejercicio de su poder empresarial y de su control por parte del Estado. Es, pues, importante tratar de identificar qué es lo que da origen a esa clase de consideraciones colectivas críticas y, en ellas, establecer qué es lo que depende de las decisiones al alcance de los banqueros. Y para ello, más que a cuánto han ascendido las utilidades del sector antes y después de impuestos y qué rentabilidad representan para los accionistas, las preguntas pertinentes pueden orientarse hacia dos ángulos de la cuestión: en qué se han obtenido tales utilidades, dada la posibilidad de orientar la actividad bancaria hacia diversas clases de créditos, hacia inversiones y a la obtención de comisiones como contraprestación de diversas clases de servicios; y a cómo se han obtenido tales rendimientos, interrogante que se refiere a la eficiencia del sector, así como al uso de la libertad contractual por parte de la banca al relacionarse con los usuarios y clientes.

A. Las utilidades de la banca antes y después de impuestos: cuánto?

El ánimo de lucro, esto es, la búsqueda privada de un beneficio o utilidad de carácter económico repartible entre los asociados a título de beneficio o dividendo en proporción a sus respectivos aportes, también de tipo económico, es un elemento esencial del contrato de sociedad comercial, de acuerdo con su definición legal, cualquiera que sea la empresa o actividad, lícita y real, que constituya su objeto social²⁶. Dicho beneficio económico es la causa final y la condición de posibilidad fundamental de existencia de la sociedad comercial; y la importancia de la protección del derecho al dividendo se resalta al examinar las reglas imperativas orientadas a su reparto forzoso, pues se asume que hay una clase de accionistas que, más que apostarle a la valorización de su acción o a especular con ella, buscan que la misma genere rendimientos que no sean capitalizados, sino entregados en proporción a las acciones pagadas²⁷. Y es en la obtención de dicho rendimiento que debe centrarse o enfocarse la actividad de

²⁵ Caballero Argáez, Carlos, "Las utilidades de los Bancos", en *El Tiempo*, abril 23, 2005, p.1-23

²⁶ Código Civil 1501, y Código de Comercio Art. 98: "Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social".

²⁷ Asunto ya advertido desde el siglo XVII por don José de la Vega, quien distinguía entre accionistas "príncipes", "mercaderes" y "jugadores".cfr. Garrigues, Joaquín, "Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima", en *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, ps. 59 y ss.

los administradores de las empresas, quienes ante todos los accionistas asumen la responsabilidad jurídica propia de sus deberes legales profesionales de diligencia y lealtad²⁸, a los cuales, en el caso de los administradores de las instituciones financieras, hay que adicionar deberes legales específicos, establecidos en el estatuto orgánico del sistema financiero (en adelante, “EOSF”), en atención al interés público propio de la actividad bancaria²⁹.

1. Visibilidad y cuantificación de las utilidades bancarias

La banca colombiana, como se muestra en la tabla 1, tiene un comportamiento heterogéneo en cuanto a su política de distribución de dividendos y de constitución de reservas, que en lo que se refiere a las ocasionales se han convertido en un factor de gran importancia desde el punto de vista patrimonial que el supervisor debe examinar con especial atención, dada la naturaleza y disponibilidad de esa clase de utilidad.

Tabla No. 1. Distribución de dividendos.

ENTIDAD	PAGO	%	RESERVA	%	TOTAL
BCO BOGOTÁ	224.478	76,05%	70.687	23,95%	295.165
BCO OCCIDENTE	99.349	73,15%	36.463	26,85%	135.812
BCO BBVA COLOMBIA	3.598	3,42%	101.678	96,58%	105.276
BANCOLOMBIA	216.837	50,33%	213.970	49,67%	430.807
BCO COLPATRIA			68.555	100,00%	68.555
BCO DAVIVIENDA	43.500	25,97%	124.019	74,03%	167.519
BCO SANTANDER	20.626	19,22%	86.714	80,78%	107.340

Fuente: Superintendencia de Valores

La rentabilidad para los accionistas, luego del impacto negativo de la crisis de 1998, arroja un ROE promedio del 25.22% a diciembre del 2004 . Una de las dificultades que afrontan los banqueros a la hora de presentar su balance social a consideración de la asamblea general de la opinión pública, consiste en su enorme visibilidad social, derivada del interés público involucrado en la actividad bancaria. Como lo señalara la Asociación Bancaria, mientras que todas las entidades financieras divulgan mensualmente sus estados financieros, “ Esto no ocurre con la misma periodicidad en otros sectores de la economía, salvo una pequeña muestra de empresas del sector real que transmite información trimestral a la Superintendencia de Valores. Es de amplio conocimiento que el sector financiero generó \$2.9 billones de utilidades en 2004, pero pocos hablan de que un pequeño grupo de empresas del sector real (98) obtuvo resultados por \$3.3 billones”³⁰. Y, en efecto, contrastar así no más aquéllos \$2.9 billones, frente a \$1.8

²⁸ Ley 222 de 1995, artículo 23.

²⁹ EOSF, Art.72

³⁰ Asobancaria, La Semana Económica, citada, p.1

billones registrados por la banca un año atrás, con esos \$3.3 billones que corresponden a un 44% más que en el 2003, no es muy diciente; por eso, analistas como Cabrera Galvis han señalado que, si en vez de los activos, se toma el capital invertido en los bancos para comparar la rentabilidad de los bancos con las del sector real, se tiene que frente a un capital invertido promedio de \$12.6 billones de pesos en el 2004, las utilidades obtenidas arrojan una rentabilidad superior al 20% después de impuestos y, en su opinión, “Es difícil encontrar otro sector empresarial que en su conjunto obtenga rentabilidades de este orden, el cual se ubica muy por encima de la tasa de retorno promedio del capital en Colombia”³¹.

2. Las utilidades y su contribución fiscal.

La generación de utilidades reporta un beneficio social a través de los impuestos que se pagan al Estado en cumplimiento de la obligación legal tributaria, originada en el deber constitucional consistente en “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.”³² La Asociación Bancaria ha señalado que en 2002 y 2003 el 52% de las utilidades antes de impuestos se destinó al pago de diversas clases de tributos; y que en el impuesto de renta en el año 2004, el sistema financiero contribuyó con un porcentaje superior al 12% del total recaudado³³.

Tabla No. 2.

% Impuesto de Renta Sector Financiero / Recaudo Total Renta					
REGLON	2000	2001	2002	2003	2004
Patrimonio bruto	34%	35%	36%	36%	37%
Pasivo	38%	38%	38%	38%	40%
Patrimonio líquido	29%	30%	33%	33%	33%
Ingresos netos	13%	13%	14%	12%	12%
Costos	5%	4%	5%	5%	5%
Deducciones	24%	25%	24%	21%	22%
Renta líquida	16%	15%	20%	17%	18%
Perdida líquida	24%	17%	18%	13%	10%
Renta líquida gravable	11%	18%	23%	19%	17%
Rentas exentas	6%	6%	9%	20%	25%
Imp. Renta gravable	11%	12%	15%	12%	13%
Impuesto a cargo	11%	13%	15%	13%	13%
Retenciones	11%	10%	11%	10%	10%
Saldo a pagar	8%	15%	18%	13%	14%
Saldo a favor	11%	9%	8%	8%	8%
Sobretasa	N.A.	N.A.	N.A.	12%	12%

Fuente: Agregado de Declaraciones de Renta. Oficina de Estudios Económicos —DIAN. *Datos preliminares para 2004. Sector Financiero agregado total.

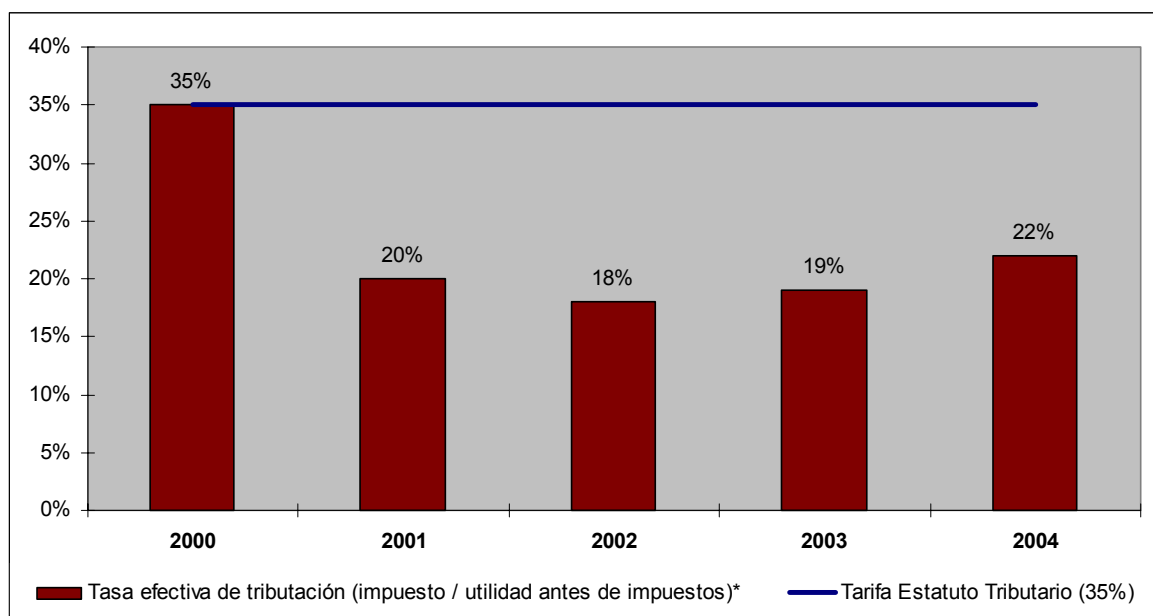
³¹ Cabrera Galvis, Mauricio, Art. Citado.

³² Constitución Política, Art.95

³³ Asociación Bancaria, « La semana económica », no. 501, abril 15 de 2005, p. 2

Al respecto, hay que observar, como lo muestra la tabla 2, que debido a las rentas exentas de la banca, que ascienden a un 25% del total de las rentas exentas, su renta líquida del 18% del total genera un saldo a pagar que equivale al 14% del recaudo total de la renta; y señalar que, en parte por esta razón, la tasa efectiva de tributación del sector financiero en su conjunto, incluyendo en ella la del sector asegurador, desde el 2001 ha sido inferior a la tarifa legal del 35%, lo cual se evidencia en la gráfica 1. Naturalmente esta situación no es exclusiva del sistema financiero, pues son ampliamente conocidas las múltiples exenciones y demás beneficios que existen en nuestro sistema tributario, que favorecen también al sector real, y a las cuales no tienen acceso las personas naturales.

Gráfica No. 1. Tasa efectiva de tributación del sector financiero



Fuente: Agregado de Declaraciones de Renta. Oficina de Estudios Económicos —DIAN. *Datos preliminares para 2004. Sector Financiero agregado total.

Las cifras correspondientes al impuesto de renta de sólo los establecimientos de crédito arrojan un porcentaje del 5.7% del recaudo nacional, que de todas maneras es bastante significativo; y es sabido que en el catálogo de otros impuestos que afectan al sector, relacionados en la tabla 3, y que incluyen tributos que no dependen del gobierno nacional, como es el caso del impuesto de industria y comercio. En la misma tabla se aprecia el impacto del gravamen a las transacciones financieras, cuyo inconveniente efecto de desintermediación puede apreciarse al examinar las cifras referentes a las operaciones de compensación de cheques y de preferencia por la liquidez.

Tabla No. 3. Impuestos de Establecimientos de Crédito

NOMBRE CUENTA	Dic-02	Dic-03	Dic-04
IMPUESTOS	\$ 432.528,52	\$ 427.423,09	\$ 441.420,69
REGISTRO Y ANOTACION	\$ 4.085,51	\$ 2.929,34	\$ 4.871,30
INDUSTRIA Y COMERCIO	\$ 76.326,73	\$ 94.628,15	\$ 105.308,80
PREDIAL	\$ 18.362,18	\$ 17.952,36	\$ 16.763,60
VEHICULOS	\$ 414,50	\$ 476,49	\$ 606,49
TIMBRE	\$ 4.437,03	\$ 4.972,01	\$ 5.189,70
PARA LA ESTABILIZACION DE CARTERA	\$ 23.805,89	\$ 1.217,71	\$ 177,38
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	\$ 127.461,01	\$ 134.853,76	\$ 163.098,08
SOBRETASAS Y OTROS	\$ 177.635,76	\$ 170.393,26	\$ 145.405,36
AJUSTE POR INFLACION	\$ -	\$ -	\$ -
IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS	\$ 429.613,12	\$ 603.746,43	\$ 875.377,41
TOTAL TRIBUTACION	\$ 862.141,64	\$ 1.031.169,52	\$ 1.316.798,10

Fuente: Superintendencia Bancaria

Una de las contribuciones a cargo del sistema financiero es cobrada para el funcionamiento de la Superintendencia Bancaria, y ascendió el año anterior a casi \$40 mil millones de pesos. Dicha contribución, sumada al pago a Fogafin de la prima correspondiente al seguro de depósitos, representa emolumentos que deben ser retribuidos a la sociedad atendiendo la expectativa legítima del cumplimiento eficaz de las funciones legales a cargo de ambas agencias estatales, con la consecuente confianza pública en la solidez de los establecimientos y en la seguridad de los depósitos.

B. Qué hace la banca para obtener sus utilidades.

Las utilidades se obtienen en desarrollo del objeto social de los establecimientos de crédito, el cual sólo puede adelantarse con el permiso especial y bajo la supervisión del Estado. De acuerdo con la ley³⁴, la función principal de tales establecimientos, como su nombre lo indica, consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones de crédito. El carácter “principal” de su actividad crediticia radica en la importancia que tiene para la economía su papel en la transformación de plazos, riesgos y cuantías a través de la intermediación; y de ahí que en el ya citado informe del BID, “...un banco se define como un institución cuyas principales operaciones consisten en recibir depósitos del público y otorgar préstamos”³⁵. Y es del cumplimiento de esa función que se desprende su relevancia para el desarrollo, entendido éste, siguiendo a Sen³⁶, como un proceso de expansión de las libertades reales de los individuos, y no como un simple crecimiento del PIB, siendo evidente que el acceso al crédito coadyuva dicho proceso.

³⁴ EOSF, Art. 2.

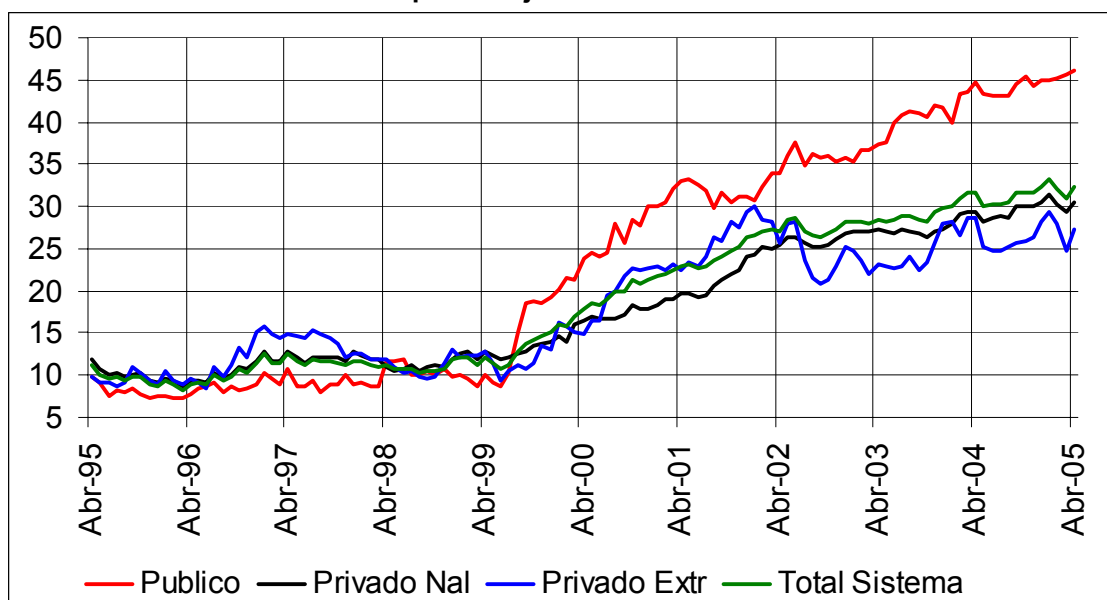
³⁵ BID, informe citado, p. 3

³⁶ Sen, Amartya, ob. cit. p. 19.

1. La actividad crediticia y las inversiones.

Sin embargo, la comparación entre la cartera y las inversiones de dichos establecimientos permite preguntarse, a propósito de la función social de la banca, si en la realidad los préstamos mantienen su protagonismo, independientemente de la anotada “primacía” funcional y legal, indudablemente afectada por la crisis de 1998 que, como es propio de tales fenómenos, generó una contracción de la demanda y de la oferta de crédito. Las inversiones de la banca han aumentado y su participación crece a expensas del crédito; aunque cabría una descripción menos técnica del asunto por parte de un observador escéptico acerca de las diferencias entre los riesgos de crédito y de mercado, y que afirme que la banca sí sigue prestando, pero al Gobierno, situación examinada en detalle en el reciente simposio sobre el mercado de capitales realizado en Medellín, y sobre la cual no hay que extenderse aquí. Sí hay que notar que el examen de las cifras de bancos controlados por el Estado, como se evidencia en la gráfica 2, no muestra una excepción frente a dicha tendencia, lo cual representa un argumento *ad hominem* frente al plausible interés gubernamental de incentivar prudentemente el crédito bancario.

Gráfica No. 2. Inversiones como porcentaje de los activos.

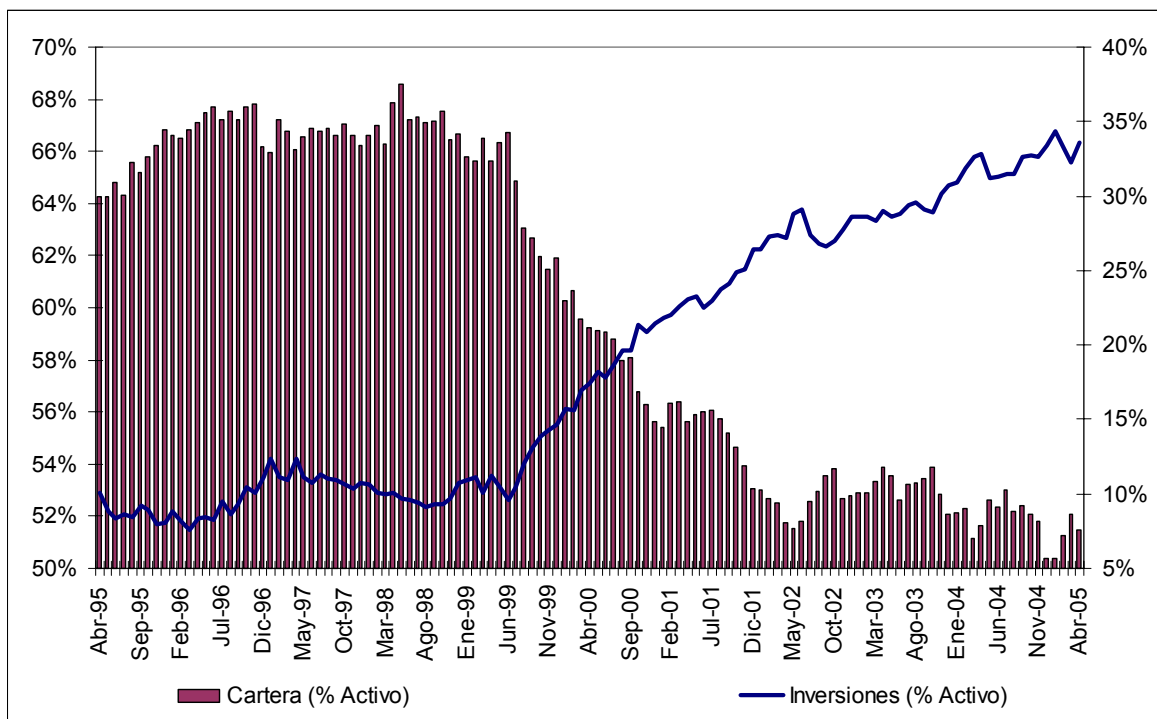


Fuente: Superintendencia Bancaria.

La proporción que representan la cartera y las inversiones en relación con los activos totales de los bancos, respectivamente desciende y asciende, como se muestra en la Gráfica No. 3: entre abril de 1998 y abril de este año, la cartera ha pasado, de casi un 70% a un poco más del 50% en abril de este año; y las inversiones han pasado del 10% a casi el 35% de dicho total. Si se compara su incidencia en el total de los ingresos de los bancos, como se evidencia en la gráfica 4, resulta que desde 1997 los ingresos provenientes de la cartera de crédito han descendido en forma constante, mientras que los correspondientes a la tesorería de las entidades se han incrementado, en forma también constante, de

modo que los primeros han pasado en ese lapso de tiempo, de más del 75% al 38.4%, mientras que los segundos, que representaban menos del 25% corresponden ahora al 60.3% del total de los ingresos. Tal y como lo observaba la Asociación Bancaria, “En términos de la variación anual de las utilidades en 2004 (\$1.1 billones), la principal contribución se originó en la administración del portafolio de inversiones, seguido del margen de intermediación y los productos derivados. El aporte de las comisiones netas fue marginal”³⁷.

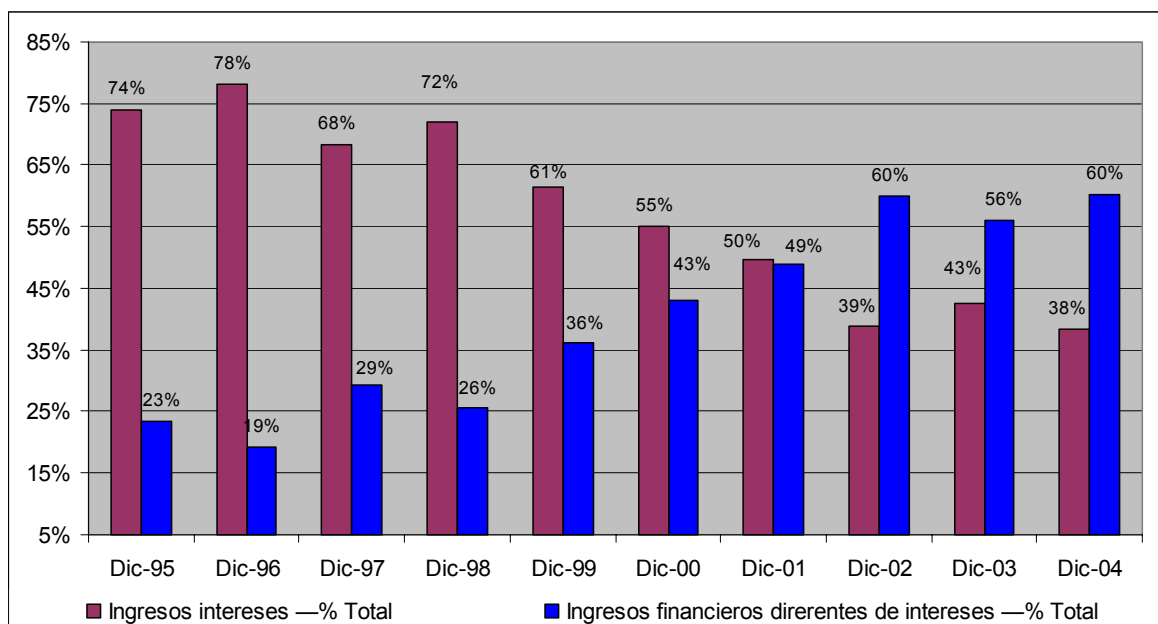
Gráfica No. 3. Participación de la cartera y las Inversiones en el activo.



Fuente: Superintendencia Bancaria.

³⁷ Asociación Bancaria, « La semana económica », no. 501, abril 15 de 2005, p. 3

Gráfica No. 4. Participación de los ingresos por intereses y de los ingresos financieros diferentes de intereses.

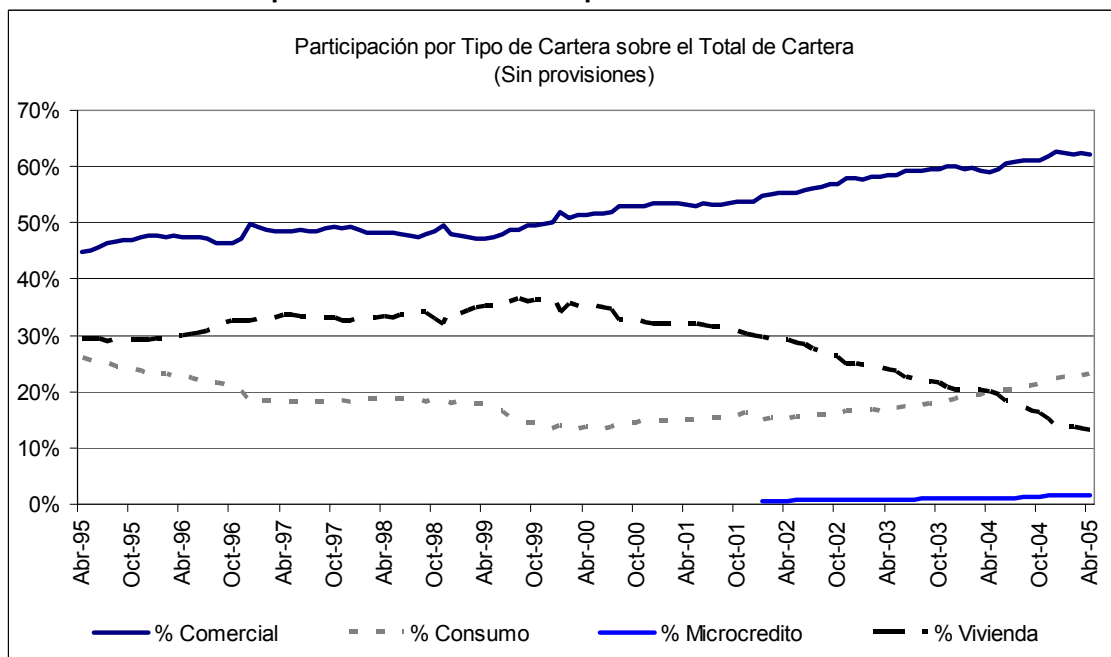


Fuente: Superintendencia Bancaria.

2. El crédito de vivienda.

Dada su indiscutible importancia social, sin perder de vista la pasada crisis y la conveniencia de revisar la estructura legal y el funcionamiento de la financiación bancaria de la adquisición de vivienda, para efectos de este documento es necesario señalar la caída de la participación de la cartera hipotecaria en el total de cartera desde principios de 2000, como otro de los asuntos que subyacen en los interrogantes acerca de la función social de la banca, si bien dicha situación tiene su origen en un conjunto de causas concurrentes que deben ser atendidas a partir de una revisión del marco institucional existente, dentro del cual tanto los usuarios como los propios bancos encuentran serias restricciones. Como se aprecia en la gráfica 5, desde 1995 hasta finales de 1999 la participación de dicho tipo de cartera creció desde un 29% hasta niveles del 36% y desde entonces ha caído al 13% del total de cartera de los bancos. Adicionalmente, las tasas nominales anuales de crecimiento de la cartera de vivienda actualmente son negativas, cercanas al 25%.

Gráfica No. 5. Participación de los distintos tipos de cartera.



Fuente: Superintendencia Bancaria

De acuerdo con datos del ICAV, el sector del crédito hipotecario, no ha mostrado un desempeño de acuerdo con el crecimiento del sector inmobiliario; tal y como se muestra en la gráfica 6, la proporción entre licencias de construcción y créditos aprobados pasó de un promedio del 36% en el periodo 1991 a 1995 al 12% en la actualidad y aunque los desembolsos aumentaron, son inferiores a las amortizaciones explicado en parte por el prepago de obligaciones. La cartera ha descendido en términos reales de 1999 a la fecha en un 50%, a pesar de que la capacidad de endeudamiento ha aumentado. Finalmente, la cartera de vivienda como proporción del total del activo de los bancos hipotecarios, ha bajado del 50% en 1996 al 21,2% actual.

Gráfica No. 6.



Fuente: ICAV.

3. La bancarización como expresión de la función social de la banca.

Cuando se habla de la relación entre la banca y el desarrollo, tema de esta Convención bancaria, siempre se pone de presente que una economía de mercado no es posible sin un sistema bancario organizado, que la estabilidad del mismo es indispensable para propiciar un crecimiento económico sostenido y que de un mayor nivel de “bancarización”, entendiendo por tal el grado en que los habitantes de un país hacen uso de los productos y servicios financieros ofrecidos por las entidades bancarias³⁸, se sigue un mayor crecimiento de la economía y una mayor calidad de vida de los habitantes a cuya mayor libertad propende el desarrollo de la sociedad. Por eso la bancarización es expresión de la función social de las empresas bancarias, cubriendo con ella no sólo la prestación de servicios tales como los cajeros automáticos, sino el otorgamiento de créditos, que, según se dijo, es la función legalmente principal de la banca y con la que usualmente asocia el ciudadano común la expresión, también legal, de establecimiento “de crédito”.

La bancarización implica el reto de establecer relaciones entre la banca, uno de los sectores más formales de la economía, con sectores ojalá cada vez más amplios de la población informal, sin demeritar los estándares que se aplican a la actividad bancaria en atención al interés público que ella envuelve, y a través de un acercamiento recíproco que rompa barreras de confianza, información y hasta

³⁸ Diccionario de Economía y Negocios, Espasa-siglo XXI, Madrid, 1999, p.45

de tipo cultural, como las magistralmente descritas por Eduardo Caballero Calderón a propósito del crédito agrícola, al decir que “Los campesinos son personajes kafkianos, perdidos en un mundo de leyes urbanas que no comprenden. *El Proceso...* es lo que escribiría un campesino, si supiera escribir, para contar sus desventuras cuando se presenta una y cien veces a una agencia de la Caja Agraria con el ingenuo propósito de solicitar un préstamo”³⁹.

Para referirse al acceso al crédito es interesante observar cifras diferentes a las asociadas al tradicional indicador de profundidad financiera (crédito / PIB), el cual, vale la pena mencionar, es bastante desalentador para toda Latinoamérica (28%), región que en este respecto, de acuerdo con el ya citado informe del 2005 del BID, se encuentra por debajo del Medio Este y África del Norte (43%)⁴⁰. Así, como se aprecia en la gráfica 7, el examen de la relación entre colocaciones y captaciones con el criterio de localización de la asignación y origen de los recursos, muestra que tres de las ciudades más grandes, concretamente, Medellín, Cali y Barranquilla, tienen una relación superior al 100%, llegando incluso en el caso de ésta última a cerca del 160%, lo cual significa que dichas ciudades absorben recursos de crédito en niveles superiores al ahorro local. Por el contrario, la gran mayoría de ciudades “intermedias” presentan niveles de ahorro superior a sus colocaciones; así, municipios como Yopal, Arauca y Riohacha presentan las relaciones más bajas entre colocaciones y captaciones.

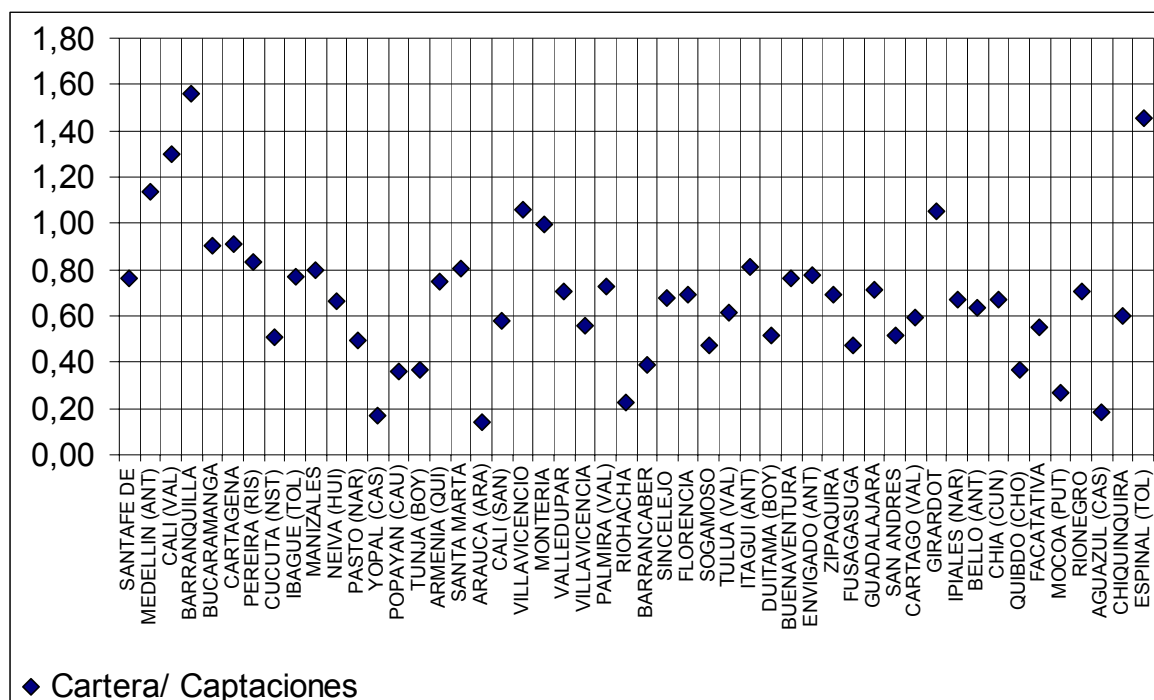
Un economista podría argumentar que la financiación del crédito otorgado en las principales ciudades con las captaciones efectuadas en las más pequeñas, implica una asignación más eficiente de recursos. En efecto, la función propia del sistema financiero consiste en canalizar los recursos de los agentes con superávit hacia quienes no los tienen y los necesitan para la inversión y el consumo, de manera que ambas partes se benefician con la gestión del intermediario. Esto significa, en teoría, que los ahorradores de los municipios pequeños pueden recibir mejores rendimientos en sus depósitos, mientras que las ciudades más grandes tienen mayor acceso a los recursos necesarios para su desarrollo. En el contexto propio de la responsabilidad social cabe preguntarse si en la práctica en los municipios alejados de los principales centros urbanos del país y con una presencia limitada, tanto de la banca como de muchas agencias estatales - lo cual incide en la ausencia de la banca y en los costos de instalación y funcionamiento de sus

³⁹. Caballero Calderón, Eduardo, “Kafka y los campesinos”, en Los Campesinos. Instituto Colombiano de Cultura, Ministerio de Educación nacional, Bogotá. El pasado domingo, en un artículo titulado “La desfinanciación del agro”, el expresidente Alfonso López Michelsen decía que “Es un verdadero milagro de dónde se financia el sector agropecuario en Colombia, y la dolorosa respuesta es la de que, entre más pobre el labriego, más caro el interés, cuando, por la falta de liquidez y las urgencias del cultivo, hay que obtener a toda prisa los recursos para que no se pierda la cosecha y pagar hasta el 30 por ciento de interés a un particular en vista de que el papeleo y los trámites burocráticos toman semanas y el reino vegetal avanza implacablemente en términos de días.(-) ... Si el Gobierno Nacional y los banqueros aspiran a hallar una estrategia que permita adoptar un sistema financiero acorde con las necesidades del país rural, deberán tener una visión empresarial y de administración de riesgos que conlleven la innovación y nos encaminen al liderazgo rural, con el correspondiente buen manejo de nuestros recursos naturales”, en *El Tiempo*, junio 12, 2005, ps. 1-25 y 1-26

⁴⁰ BID. Ob. cit.

sucursales y agencias- la oferta limitada de servicios bancarios conduce a tasas de captación no muy atractivas; y, sobre todo, cabe preguntarse si esa situación satisface las expectativas cívicas acerca de la función social de la banca frente a los municipios más pequeños.

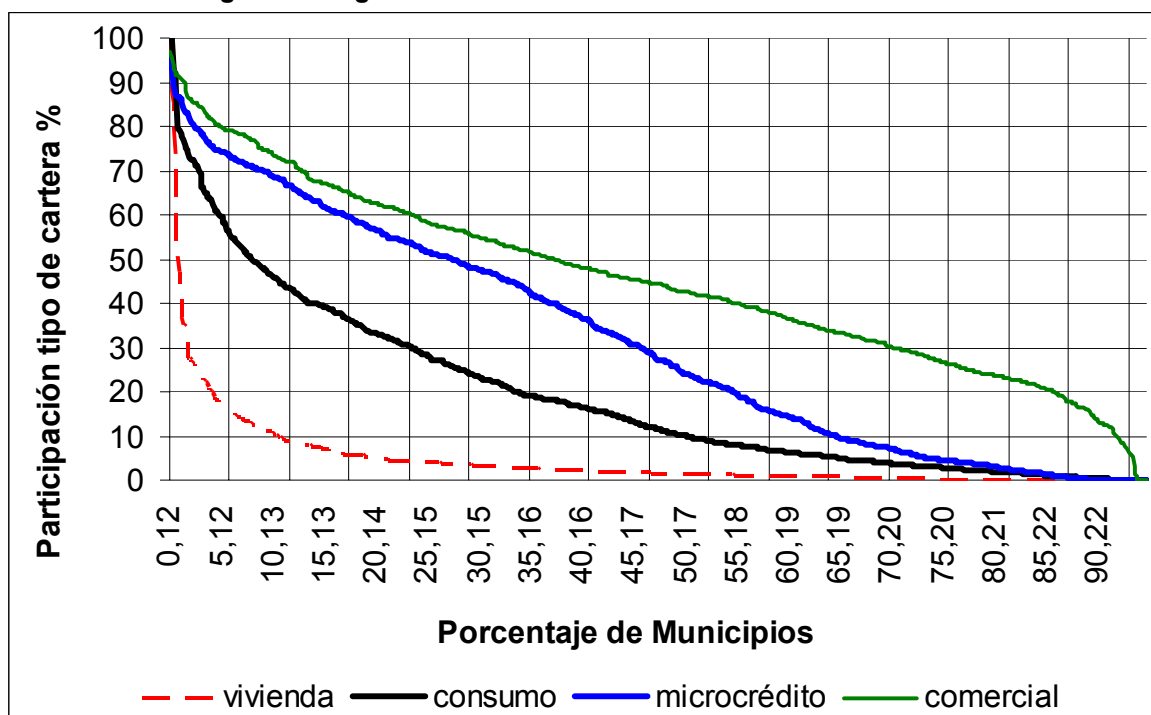
Gráfica No. 7. Asignación regional de crédito



Fuente: Superintendencia Bancaria

Otro indicador regional en cuanto a bancarización y microcrédito, mostrado en el gráfico 8, señala que para aproximadamente el 25% de los municipios, el microcrédito representa cerca del 50% de la cartera de créditos. Este dato es muy llamativo pues aunque a nivel nacional la cartera del microcrédito representa sólo el 1,7% del total de las colocaciones, para un número significativo de municipios pequeños la cartera en ellos colocada es realmente importante. Sin embargo, el dato arroja una conclusión menos positiva, pues la tasa de microcrédito es la segunda más alta, colindante con el límite de la usura en muchos casos. Si se traza una línea de tendencia entre la tasa del microcrédito y los montos desembolsados, se encuentra que ésta es positiva, a diferencia de lo que ocurre en todos los demás tipos de cartera, lo cual aconseja examinar y establecer alternativas institucionales a la financiación bancaria del microcrédito, pues dicha tendencia simplemente demuestra que se trata de un sector que termina expuesto a la usura y, por esa vía, doblemente castigado por los problemas de la informalidad.

Gráfica No. 8. Asignación regional de crédito



Fuente: Superintendencia Bancaria

C. Cómo se han obtenido las utilidades de la banca?.

Una vez establecido en qué se obtienen las utilidades del sector, la siguiente pregunta desde el punto de vista de la responsabilidad social de la banca tiene que ver con cómo se llega a ellas, cuestión que se refiere al examen de la eficiencia del sector, por una parte, y al del comportamiento contractual de los banqueros al interior de las reglas de juego aplicables a su actividad.

1. La eficiencia del sector y la libertad de precios y tarifas de la banca.

Es un hecho notorio que el sector bancario está inmerso en diversas clases de operaciones de reorganización empresarial, algunas ya perfeccionadas, otras en curso y otras anunciadas públicamente, situación que restringe los pronunciamientos públicos del supervisor al respecto. Sólo hay que anotar que en esta materia existe un marco legal especial, con reglas que señalan taxativamente las causales que permiten objetar tales decisiones empresariales, una de ellas consistente en la posibilidad resultante de mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios o impedir, rastrear o restringir la libre competencia “..en los mercados en que participe”, ámbito difícil de precisar en cada caso, y cuando a juicio del supervisor no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlos, entendiéndose que ello no ocurre cuando la entidad resultante de la reorganización no atiende el 25% , otra vez la ambigüedad, de “los

mercados correspondientes”⁴¹. En este contexto, hay que decir que el fortalecimiento patrimonial que se derive de las integraciones que se perfeccionen siempre es positivo, en especial en un mercado cada vez más internacionalizado, en cuanto a competidores transnacionales, y a estándares regulatorios de alcance mundial, como los acuerdos de Basilea; pero queda pendiente de verse si con esa clase de operaciones, además de la economía de costos que esperan alcanzar las empresas, también se obtiene una mayor eficiencia en lo que se refiere a efectos favorables para depositantes y prestatarios como consecuencia de la reducción del margen de intermediación. Y ello porque la eficiencia del sistema local deja que desear, incluso cuando se compara con los márgenes financieros de la región entre 1988 y el 2002, que de por sí es un punto de referencia bajo.

Dentro de los límites de la usura y, en general, de las restricciones legales máximas a las tasas de interés, un banquero, para aumentar sus ganancias, puede cobrar libremente cualquier tasa de interés como retribución por un préstamo; también, y para reducir costos, puede reconocer la tasa de interés más baja posible como retribución por un depósito, o no reconocerla; también puede fijar libremente la comisión que cobre por cualquier servicio que preste; y en cuarto lugar, y no menos importante, puede cobrar en forma diferenciada a cada contraparte un precio distinto. Esa amplia libertad contractual tiene restricciones de tipo económico, es decir, inherentes al negocio financiero: así, por ejemplo, el aumento de las tasas de colocación puede implicar una selección adversa desde el punto de vista del riesgo de crédito; y la disminución de las tasas de captación o el aumento de las de colocación, si existiera disciplina de mercado, podría desplazar los depositantes y prestatarios hacia los competidores.

Pero más allá de esas restricciones, que obedecen al propio interés del banquero, o de las restricciones que establezca el Estado para proteger la solidez del sistema, por ejemplo al exigir cargos de capital y provisiones que permitan respaldar la asunción de los riesgos inherentes a la banca, en el contexto propio de la responsabilidad social empresarial la pregunta se refiere a la existencia o no de exigencias o expectativas cívicas que cuestionen el uso de la libertad empresarial y contractual dentro de la ancha manga de la ley, y que puedan conducir a una de dos cosas: o a una autolimitación de los propios empresarios, o a una presión social dirigida a cambiar los sistemas de control institucional del ejercicio del poder empresarial actualmente existentes.

2. El alcance de la intervención gubernamental.

Planteadas así las cosas, es necesario precisar el alcance del marco legal y reglamentario dentro del cual pueden actuar libremente los banqueros, particularmente en lo que se refiere a la toma de decisiones en materia de crédito, a la determinación de las tasas de interés y de las comisiones que cobran por sus préstamos y servicios, así como respecto de sus procesos de reorganización empresarial. Los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello para lo cual

⁴¹ EOSF, Art. 58.

están expresamente facultados, y las leyes marco, como las que regulan la actividad financiera, implican la posibilidad de que el legislador deje un campo amplio de acción al Gobierno en atención a los objetivos de la intervención. En el sistema vigente, las facultades o funciones de intervención previstas en el artículo 48 del EOSF hacen énfasis en las condiciones patrimoniales y de solvencia de la banca, de divulgación de la información acerca de las condiciones financieras de las entidades, de ampliación de mecanismos de regulación prudencial, en fin, están orientadas a proteger la confianza en la solidez del sistema y en la seguridad de los depósitos, asunto que en sí mismo es de interés público y que por supuesto beneficia a los usuarios y clientes del sistema.

2.a. Orientación del crédito.

En cuanto a la posibilidad de orientar los recursos del sistema financiero hacia determinados sectores de la población, cuando existan fallas de mercado o con el propósito de democratizar el crédito, la facultad concedida por ley (EOSF, art. 50) al Gobierno Nacional en esa materia, en las detalladas condiciones y limitaciones en ella previstas, no incluye la posibilidad de señalar las tasas máximas de interés a cobrar o establecer los plazos de las operaciones que se dirijan. Está previsto entonces el mencionado marco legal “de libertad de configuración” del contenido de los contratos de crédito, sujeto a los límites expresos existentes en materia de usura y de préstamos de vivienda, marco que no prohíbe a los banqueros el cobro del interés máximo permitido por la ley y al cual está sujeto el Gobierno. Ese es el contexto institucional formal dentro del cual se llevan a cabo convenios entre el Gobierno y la banca, como el anunciado en la Convención⁴² en materia de préstamos de vivienda, o el ya celebrado sobre microcrédito.

2.b. Democratización del crédito.

La previsión constitucional referente a la promoción de la democratización del crédito ha sido precisada por la ley (EOSF, art. 49) en tres objetivos, a saber: la fijación de límites máximos de crédito o de concentración de riesgos para cada persona, en forma directa o indirecta; la posibilidad de dictar normas con el fin de evitar prácticas discriminatorias en el otorgamiento de crédito, relacionadas con cuestiones tales como el sexo, la religión, la filiación política o la raza, dejando a salvo la discreción de la administración de los bancos de seleccionar y asumir libremente riesgos crediticios, señalando expresamente la posibilidad de considerar para esa decisión las situaciones “vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante”; y con ese mismo propósito, el Gobierno puede definir y prohibir la exigencia de reciprocidades que impidan “injustificadamente” el acceso al crédito o a los demás servicios financieros”, regla que no impide, por ejemplo, la existencia de tasas

⁴² En la sesión de clausura de la Convención se anunció públicamente el convenio sobre financiación de vivienda; en la exposición oral del día anterior se describió la propuesta gubernamental y la respuesta del sector.

preferenciales de crédito en atención a reciprocidades en depósitos y servicios demandados.

Ese último supuesto normativo es el que corresponde al contexto institucional con base en el cual la Superintendencia Bancaria, en ejercicio de sus facultades de inspección, que son distintas y subordinadas jerárquicamente a la función reglamentaria del Gobierno, mediante la circular 14 del 2002, recordada mediante la circular 23 del año pasado, cuya expedición se hizo pública, precisamente, en la pasada convención bancaria, ha señalado que los reportes de información provenientes de las bases de datos en ningún caso pueden llegar a ser “los únicos elementos de juicio que las entidades vigiladas deben considerar para tomar decisiones sobre otorgamientos de crédito”⁴³.

Pues bien, de acuerdo con una encuesta hecha pública por el periódico La República del pasado lunes, realizada por el BID y el Banco Mundial en instituciones financieras de diversos países, la dependencia de los bancos colombianos respecto de los datos suministrados por las centrales de riesgo, “..es la más alta de la región latinoamericana (-)...en nuestro país el 84 por ciento de los bancos descalifican a los clientes sobre la base de la información negativa que allí aparece, el promedio de la región es 45 por ciento”, siendo la información crediticia más importante que el colateral (90%), que la situación financiera (70%), que el historial del banco (casi el 40%)⁴⁴. Un abogado, pegado de la letra de la citada circular, diría que se cumple con ella, pues al fin y al cabo los porcentajes citados demuestran que no es “el único” elemento de juicio considerado para negar un crédito; queda abierta, claro, la pregunta acerca de si semejante planteamiento, contrario al sentido de la circular en cuestión, responde o no a las expectativas de los usuarios y clientes respecto de la forma de analizar una solicitud crediticia razonable, y si los datos de las centrales también tienen el mismo peso a la hora de decidir favorablemente acerca de un préstamo. Tal situación, unida a los errores en la información y a la demora en la corrección de los mismos, sin duda contribuye a la equivocada y costosa prevención que existe en varios sectores contra las centrales de riesgo, cuya necesidad, por cierto, ha sido puesta de relieve públicamente de relieve por la Superintendencia en varias oportunidades.

3. Protección de la competencia y del consumidor.

Tratándose de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, situación que no tenían las administradoras de tarjetas de crédito en el momento de iniciación y clausura de la conocida investigación de la Superintendencia de Industria y

⁴³ “Los reportes originados en tales centrales de riesgo son un instrumento adicional que, junto con la información financiera reportada por los solicitantes, por las calificadoras de riesgo cuando existen calificaciones o por cualquier otra fuente que resulte pertinente, le permitan a las entidades hacer una adecuada evaluación de la capacidad de pago esperada del deudor y por lo tanto, a partir del respectivo análisis, asumir o no riesgos con el otorgamiento de crédito”. SBC, circular externa 004 de 2002

⁴⁴ “Crédito depende cada vez más de centrales de riesgo”, La República, junio 14 del 2005, p.8a

Comercio que en seguida se mencionará, el artículo 98 del EOSF prohíbe los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas cuyo efecto u objeto afecte negativamente la libre competencia entre el sistema financiero, facultando a la Superintendencia a ordenar en cada caso a los empresarios abstenerse de realizar tales conductas y para imponer las sanciones del caso; permite que la Superintendencia ordene la suspensión de prácticas de competencia desleal; establece que los bancos deben actuar diligentemente al prestar servicios a sus clientes, de modo que éstos "...reciban la atención debida en desarrollo de las relaciones contractuales"; y prohíbe que los bancos, al celebrar operaciones "convengan", lo cual es más amplio que "imponer", "... cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante".

Esta disposición supone entonces un marco amplio de libertad contractual, de modo que la forma de comportarse al interior del mismo es un asunto que depende exclusivamente de los contratantes. También depende del banquero cumplir con la norma que exige que sus programas publicitarios se ajusten a la realidad jurídica y económica de los servicios promovidos, y que su propaganda comercial no sea desleal (EOSF, Art. 99). En atención a la posibilidad legal expresa de controlar la promoción comercial mediante incentivos, el Gobierno, mediante el decreto 2204 de 1998, estableció que los costos de tales promociones no pueden traducirse en mayores cargas o menores rendimientos para los clientes o usuarios del producto o servicio promocionado. La norma legal que sirve de fundamento para dicho decreto, el numeral 2 del artículo 99 el EOSF, fue examinada por la Corte Constitucional, y en un ejemplo concreto de la aplicación de los criterios de interpretación de la Constitución económica que se han mencionado en este escrito, en el fallo C-332 del año 2000, reiterado mediante sentencia C-384 del 13 de mayo del 2003, se señaló que "...Los límites constitucionales a la libertad económica y a la libre competencia que por razón de la prevalencia del bien común, del interés público y de la protección de los usuarios financieros, justifican que se prohíba a las instituciones financieras y aseguradoras, transferir el valor de la propaganda comercial por incentivos al ahorrador o usuario del producto o servicio" .

3.a. El caso de las comisiones.

Las comisiones que la banca cobra por los diversos servicios que presta que representan el 24% del margen neto de intereses, y su fijación también está amparada por la libertad de tarifas . Ha estado en el tapete de la opinión pública la conocida investigación iniciada en junio del año pasado por la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por sociedades administradoras de tarjetas de crédito, que son controladas por los establecimientos bancarios, en relación con la posible violación de la norma legal que desde 1959 prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios, inspirada en el principio constitucional de protección de la libre competencia, que constituye el marco general de la libertad contractual que se reconoce individualmente a cada

competidor. Dicha investigación fue clausurada el 31 de marzo de este año como consecuencia de la garantía de suspensión de la conductas investigadas, aceptada por la Superintendencia competente y ofrecida por las administradoras de las tarjetas, sus administradores y los bancos. Dicha garantía consiste en la adopción de un nuevo mecanismo de fijación de comisiones que permita determinar objetivamente las llamadas tarifas de intercambio, que permita que los bancos adquirentes compitan entre sí ante los diferentes establecimientos de comercio, de manera que cada uno de éstos pueda acordar libremente comisiones sobre las transacciones que adquiera, por cuantías mayores, menores o equivalentes a las tarifas interbancarias de intercambio que establezcan independientemente las administradoras, las cuales se abstendrán de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio.

La garantía que dio lugar a la clausura de la investigación incluye un esquema de seguimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio que permita corroborar el cumplimiento de lo ofrecido, no sólo respecto de la forma en que se comporten las administradoras, sino también en cuanto a la forma en que los bancos fijen sus comisiones. El esquema de seguimiento de la garantía en cuestión, que cubre a los bancos controlantes de las administradoras, dará lugar a examinar de manera detallada al interior de un sector la claridad de un proceso de formación de precios cuya cuantía no tiene tope legal, por lo cual el efecto final sobre el tarjetahabiente del nuevo sistema ofrecido por los garantes está por verse. Pero es necesario reiterar que el control estatal de las prácticas colusorias y anticompetitivas en general no es un control de precios, de manera que en el marco de una conducta competitiva los bancos conservan la facultad de determinar libremente el precio de sus servicios, como lo demuestra el hecho de que, en vísperas de la semana santa que acaba de pasar y en medio de la escaramuza entre establecimientos de comercio, banqueros y administradores de tarjetas, varios bancos ofrecieron unilateralmente una reducción en la tasa de los créditos de consumo.

4. El respeto y la buena fe en el comportamiento contractual: algunos casos ilustrativos del contrapunto entre la banca y su clientela.

En ese contexto de prohibiciones legales expresas y de autorizaciones legales amplias, y de facultades gubernamentales de intervención y delegadas de supervisión subordinadas a dicho marco normativo, queda un amplio margen de acción para las entidades bancarias, que se lleva a cabo a través de miles de contratos que se celebran y ejecutan diariamente con la clientela y con los usuarios. Dada la magnitud de dichas operaciones, el número de las quejas, y de las que entre éstas resultan favorables a la clientela, el sector suele sostener que no existen fallas generalizadas en materia de servicio.

Con base en la clase de consultas y quejas que llegan diariamente a la Superintendencia, se puede ilustrar el tipo de contrapunto que puede darse entre los banqueros y sus usuarios en el marco institucional de libertad contractual en el que no existen normas que permitan al Gobierno o a la Superintendencia

intervenir las tarifas bancarias, según lo señaló desde 1968 la Corte Suprema de Justicia⁴⁵; en el que la norma legal que en 1996 otorgaba facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Bancaria fue declarada inexecutable en el 2000⁴⁶; y en el que, de acuerdo con el Consejo de Estado, es clara y tajante la distinción entre las funciones de policía administrativa a cargo de la Superintendencia, por un lado, y las funciones judiciales, por el otro, respecto de las controversias entre particulares acerca del alcance y sentido de un contrato, de su cumplimiento y de las restituciones e indemnizaciones a que pueda haber lugar⁴⁷. En el mismo sentido, en el numeral segundo del artículo 98 del EOSF se hace referencia a las acciones judiciales de clase de los perjudicados por actos restrictivos de la competencia y constitutivos de competencia desleal.

Así, por ejemplo, la Superintendencia ha contestado una consulta señalando que existen diferencias entre los derechos y las obligaciones propios del contrato de depósito y los servicios adicionales o conexos al mismo, para distinguir entre el cobro de comisiones por concepto de éstos últimos, como la utilización de cajeros automáticos dispensadores de dinero, que es perfectamente legal, de la insólita pretensión de cobrar por cumplir con la obligación esencial de restituir su dinero al acreedor depositante⁴⁸. Ante el hecho del desembolso de créditos acompañados de la entrega de tarjetas de crédito no solicitadas, y cuya devolución el banquero dijo no aceptar sino hasta la cancelación del crédito, cobrando entre tanto la cuota de manejo, fue necesario señalar que “.. la expedición de tarjetas crédito... no puede(n) ser impuesta(s) a los clientes, sino que deben ser aceptadas por su propia voluntad, por ende no puede condicionarse la aprobación de un crédito o su desembolso a la obtención indispensable de tal producto, puesto que ello se traduciría en un abuso de posición dominante..”⁴⁹. También se respondió otra consulta expresando que se rechazan, por exorbitantes, cláusulas exonerativas de responsabilidad impuestas por los bancos, en los contratos referentes a operaciones electrónicas, “...trasladando a los clientes las consecuencias de los perjuicios causados por fallas imputables a su personal o a la seguridad del software”⁵⁰.

La Superintendencia atendió una consulta referente a una cláusula de un pagaré preestipulado, según la cual, “ Acepto (amos) también cualquier reajuste de la deuda que pueda surgir por error, que haya cometido LA CORPORACION en los cálculos efectuados y que dan origen a la forma de pago a que me(nos) he(mos) acogido. Así mismo acepto(amos) también cualquier reajuste en la liquidación de los gastos legales, que pueda surgir por error que haya cometido LA CORPORACION, obligándome (nos) a pagar todo reajuste de inmediato y a partir

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, sala plena, sentencia de exequibilidad del 2 de mayo de 1968, MP. Guillermo Ospina Fernández

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1641 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero

⁴⁷ Consejo de Estado sección 4, sentencia e junio 12 de 1975, exp. 2945, CP Miguel Lleras Pizarro; sentencia de septiembre 12 de 1980.

⁴⁸ SBC, consulta del 26 de enero de 2005, 2004062721-001

⁴⁹ SBC, consulta del 8 de noviembre del 2004, 2004051292-001

⁵⁰ SBC, consulta del 29 de marzo del 2004, 20040120441

de la fecha en que dicho error sea detectado”. Se contestó que dicha cláusula era abusiva, “...en la medida en que en forma expresa y anticipada la entidad vigilada, haciendo uso de su posición dominante, está obligando a los usuarios a aceptar los efectos de sus propios yerros”⁵¹; y hay que agregar que el abuso que acaba de mencionarse se llevó a cabo a través de la imposición de una cláusula clarísima, carente de las ambigüedades que, de acuerdo con los criterios consagrados en el Código Civil se interpretan en contra de quien las redacta con el objeto de proteger al adherente⁵², finalidad que inspiró a la Corte Constitucional, cuando a través de una tutela señaló que “En relación con las obligaciones que emanan de los contratos bancarios si algo debe saber el usuario, sin ninguna duda en forma expresa, diáfana y clara, es cuánto debe y por qué concepto, máxime si la entidad financiera emite comunicados contradictorios e ininteligibles.(-) ...Si los clientes de las entidades no pueden preguntar sobre las condiciones exactas de sus créditos ¿qué tipo de peticiones pueden entonces hacerse a los bancos y corporaciones de crédito? Se pregunta esta Corte”⁵³, tutela ésta que fue recordada por la Superintendencia al absolver dicha consulta.

Casos como los de las consultas que se han expuesto, por obvios y, además, por presentarse en el contexto de la contratación masiva, desde el punto de vista de la supervisión administrativa permiten detectar problemas de carácter general; pero hay que decir que ello no satisface las expectativas de los usuarios y clientes en los casos en que sus quejas son razonables y envuelven cuestiones propias de los jueces, cuyas competencias no pueden ser ejercidas por la Superintendencia, escenario que desplaza entonces la definición de los problemas a las instancias judiciales, máxime si la defensoría del cliente es en la mayoría de los casos una institución eminentemente pastoral, dada la ausencia de poder vinculante de su evaluación de los casos frente al banquero, la cual tendría un favorable efecto en la percepción de la banca por parte del cliente, en especial si la Asociación considera que los casos problemáticos son marginales y que en ellos muchas veces quien tiene la razón es la entidad.

5. Los escenarios litigiosos y la confianza de usuarios y clientes.

En este orden de ideas, y dejando de lado la cuestión referente al fraude a la ley y al abuso del derecho, que son al fin y al cabo conductas ilegales, hay que notar que en el derecho vigente la exigencia jurídica consistente en celebrar y ejecutar los contratos de buena fe, permite la imposición judicial de obligaciones adicionales a las expresamente pactadas por las partes, en atención a la naturaleza del respectivo contrato de acuerdo con la ley, la costumbre o la equidad natural⁵⁴, como, por ejemplo, una obligación de información adecuada. A esta posibilidad, amparada por la ley, de extender judicialmente el alcance obligatorio de un contrato por razones de equidad, es necesario añadir, en los mismos

⁵¹ SBC, consult el 23 de marzo del 2004, 2004007513-3

⁵² Código Civil, arts. 1618 y ss,

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-1085 de 2002, exp. T-645771, MP Jaime Araújo Rentería

⁵⁴ Código de Comercio, Art. 871

términos expuestos por el suscrito en la penúltima Convención Bancaria, la importancia de observar los deberes de lealtad y corrección en el ámbito precontractual y contractual. En efecto, el incumplimiento de tales deberes, "... además de atacar la confianza que sirve de base para la contratación, configura un claro evento del que la jurisprudencia civil ha llamado abuso de posición dominante...(-) Tales situaciones, además de sus implicaciones civiles, tienen connotaciones administrativas frente al supervisor bancario...; además, en la medida en que previenen al cliente en contra de la entidad bancaria, tienen un efecto institucional que coadyuva la nefasta 'cultura de no pago'. Siempre que existe una relación contractual, las partes están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, y deben comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe, a la cual se opone el abuso. En ... fallo... de la Corte Suprema de Justicia – del 19 de octubre de 1994, exp.3072 - del cual fue ponente uno de los más respetables y reconocidos juristas del país, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, quien fuera Superintendente Bancario Delegado – y proferido, por cierto, en contra de una institución financiera -, se señala el carácter general del repudio jurídico al abuso en los siguientes términos: "La condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea el ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten, extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país, como lo indica en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su Art. 95...(-). La moral social predominante en una comunidad, reconoce en la solidaridad de las personas una de las directrices medulares de su organización política (Art. 1 de la Carta) y se inspira, por lo tanto, en los postulados de la buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva 'la prevalencia del interés general' "55.

En esa misma Convención se señaló que "La confianza de la clientela, que se expresa en la ausencia de corridas de depósitos y en la relación estable del cliente, supone una valoración social favorable del profesional de la banca. Históricamente, no sólo en Colombia, y en franca competencia con los funcionarios públicos, los políticos y los abogados, los banqueros han sido objeto de una desconfianza cuyas raíces culturales en nuestro medio, específicamente religiosas, han sido destacadas por el profesor Salomón Kalmanovitz ,-en ese momento- codirector del Banco de la República, en su reciente estudio sobre las instituciones colombianas en el siglo XX⁵⁶. Pues bien, la reivindicación de su

⁵⁵ Asobancaria- Convención Bancaria, "La confianza es la clave", Cartagena, 2003. Intervención del Superintendente Bancario, 'La confianza es mutua', ps. 20 - 21

⁵⁶ "Todavía hay un rezago de la actitud anti-reforma protestante que caracterizó tanto al país durante el siglo pasado y una identificación entre capitalismo y protestantismo. El dinero se ve como 'el estiércol del diablo' y a los banqueros que lo manejan bien como personajes siniestros. Se considera a la ganancia privada como un robo. 'Las Instituciones colombianas en el siglo XX', Kalmanovitz, Salomón, en Ensayos sobre Colombia y América Latina-Libro en memoria de Nicolás Botero- BBVA, Madrid, 2002, p.28

importante papel en la vida económica le corresponde en primera instancia a los banqueros, y para ello el comportamiento respetuoso con el cliente es esencial...(-) ...es deber indelegable de la entidad mantener con el consumidor una relación contractual confiable, con o sin Defensor del Cliente, y de ello forma parte la prevención de litigios innecesarios. Las explicaciones resbalosas o etéreas⁵⁷, y la estrategia pleitista y dilatoria ante el consumidor aislado, de la cual forma parte el cálculo del costo-beneficio que representa cada reclamo individual, y que se expresa en la práctica reiterada de acudir a las audiencias de conciliación a través de representantes legales ad-hoc abogados, en vez de hacerlo como quisiera la ley, mediante personas dispuestas a negociar, no contribuyen a la mejor imagen del banquero, y además de corroer la confianza en él, y de exponerlo a incurrir en responsabilidades administrativas y civiles, abona inmejorablemente el terreno para la interposición de acciones colectivas. Hay casos, inclusive, en los cuales se hace gala de cierto humor negro, digno de mejor causa, que es pésimamente recibido por la clientela, como ocurre con las reclamaciones por sustracciones irregulares en los cajeros automáticos⁵⁸.”. ⁵⁹

La estabilidad y la reciprocidad de la relación con los clientes se ponen en peligro cuando la prevención entre los contratantes afecta la confianza que posibilita la asunción de los riesgos que cada uno asume en busca de su propio beneficio. En el varias veces citado informe del BID, se indica que “Debido a las características de los contratos financieros, la solidez de las instituciones resulta fundamental para respaldar mercados financieros profundos y estables. Cuando la capacidad para cumplir los contratos de crédito es imperfecta, las personas se ven tentadas de no cumplir las condiciones de los préstamos. Los mercados financieros impersonales y de gran tamaño no sólo requieren un marco jurídico apropiado, sino también el adecuado cumplimiento de los derechos y responsabilidades de cada una de las partes que intervienen en el contrato. De otra manera, los contratos financieros pueden dejar de ser factibles”⁶⁰.

⁵⁷ “Los banqueros se entienden entre sí hablando una jerga particular, como los químicos; y el profano no iniciado en estos misterios, suele ser su víctima”. Voltaire. Diccionario Filosófico, palabra “Banco”, trad. A. Valiente, Daimon, Madrid, 1976, Tomo I, p.238

⁵⁸ No cabe duda de la frecuencia de los casos en los cuales hay culpa del cliente, o de los numerosos intentos de fraude que se encubren en la reclamación, de beodos que quisieran que su fiesta la pagara el banco. Pero qué pensar de un caso real como el que fue reseñado recientemente en la prensa, referente a un cliente de más de 15 años de un banco que reclamó por una sustracción irregular por valor de cerca de 15 millones de pesos, ... mediante más de 30 retiros efectuados en un poco más de dos semanas, que finalmente dio lugar, a título de ‘deferencia comercial’, y juego de 6 meses de reclamos, a la oferta de reintegro de 5 millones de pesos; y ello no obstante que la entidad inicialmente contestó que no respondía por suma alguna como quiera que ‘las transacciones reclamadas resultan exitosas, ingeniosa respuesta que dio lugar a que, con la misma ironía, el cliente observara que es ‘Obvio que de no haber resultado exitosas dichas transacciones, no me hubiera sido robado el dinero y yo no estaría reclamando’. El Tiempo, 24 de mayo de 2003, sección I, p. 20.

⁵⁹ Asobancaria- Convención Bancaria, “La confianza es la clave”, Cartagena, 1994. Intervención del Superintendente Bancario, ‘La confianza es mutua’, ps. 20 - 21

⁶⁰ BID, Informe citado, , parte I, cap. 2, p.26

En un conocido estudio que propone una medida y una descripción de los procedimientos de lanzamiento de arrendatarios y de cobro ejecutivo de cheques, se concluye que los que en él se denominan los países de orientación jurídica “civilista”, muestran un mayor “formalismo” judicial, el cual se asocia, entre otras cosas, con una mayor duración esperada de los procesos; respecto del cobro de cheques, Colombia, agrupada con los países que en el estudio se denominan “de origen legal francés”, aparece en el estudio con el proceso más largo de dicho grupo (527 días)⁶¹. No es del caso examinar aquí algunas consecuencias de las inevitables simplificaciones y generalizaciones históricas, conceptuales y metodológicas de algunas de las categorías usadas en el importante estudio citado, en el cual, por cierto, se advierte acerca de los problemas derivados de los “transplantes” legales; ni es pertinente profundizar en la concepción que sus autores, en éste y en otros trabajos, han divulgado de tiempo atrás respecto de los sistemas jurídicos de protección de acreedores y de derechos de propiedad, y que ha influido notablemente en las evaluaciones de este aspecto del marco institucional que llevan a cabo entidades como el Banco Mundial y el BID⁶².

Es, en todo caso, un hecho que entre las causas determinantes del deterioro del crédito hipotecario se encuentran, tanto la desconfianza del cliente en el sistema de financiación y su costo, como la inseguridad jurídica que afronta el banquero, unidas a los elevados costos que implica la cobranza o la ejecución de una garantía, de manera que en nuestro medio es clara la necesidad de agilizar los procedimientos judiciales y de descongestionar la justicia, y es evidente que su funcionamiento actual incide en los costos del crédito. Fue en atención a ello que en el pasado foro sobre “La estructura del sistema financiero en Colombia: ¿cómo llegamos aquí y a dónde vamos?”, organizado por el Ministerio de Hacienda, la Asociación y el Banco Mundial, el suscrito expresó que, independientemente de cómo lleguen a reorganizarse la estructura institucional del sector y su supervisión, desde el punto de vista de la Superintendencia es necesario que la regulación legal de la actividad contractual de las instituciones sujetas a la vigilancia estatal sobre el sector financiero, provisional y asegurador, así como la de algunos procedimientos judiciales y extrajudiciales individuales originados en ella, se revise con propósitos de flexibilización, certeza, adaptación a prácticas internacionales y protección de usuarios y clientes.

A ello hay que añadir, en el contexto propio de este documento, que para tener buen suceso en la propuesta, adopción y aplicación de reformas del régimen contractual, de procedimientos judiciales y de mecanismos de solución alternativa de conflictos, es necesario que en el medio judicial y en la opinión se superen reticencias acerca del comportamiento contractual y procesal del acreedor, y en ello incide en forma importante la percepción referente al acreedor institucional

⁶¹ Djankov, S., LaPorta, R., López-de-Silanes, F. y Shleifer, A., “Courts: The Lex Mundi Project”, NBER Working Paper Series, WP 8890, Cambridge, 2002. Para Colombia este estudio contó con la colaboración de Brigard & Urrutia.

⁶² Cfr. Entre otros, Djankov, La Porta, López-de-Silanes, Shleifer y Vishny, Robert, “Legal determinants of external finance” y “Law and finance”, en *Journal of Finance* (1997) y *Journal of Political Economy* (1998), respectivamente.

socialmente más visible y más presente en los juzgados, como lo confirman los anaqueles organizados bajo los nombres de los bancos ejecutantes. Como anota un ex banquero y abogado de bancos, Leonel Moreno Guerrero, al comentar el ya citado artículo de Caballero Argáez acerca de las utilidades bancarias, “..la mala imagen de la banca no se debe sólo a la frustración de algunos deudores imposibilitados para pagar. El poder del dinero, como el de la fuerza, llevan fácilmente al abuso....Ciertamente la banca necesita mejorar su imagen, para ello deben empezar a reconocer cuando el cliente tiene la razón y no exigirles que demanden...”⁶³.

IV. El “activismo social” y los bancos: Las donaciones.

Las donaciones son, según se dijo, la forma clásica de activismo social, de acuerdo con los tipos de responsabilidad social propuestos por Parkinson, en especial en un país con problemas de pobreza y desigualdad como los que afectan a Colombia, en relación con los cuales existen ejemplos importantes del reconocimiento expreso y concreto de los mismos por parte del sector empresarial⁶⁴. Sin descartar ni demeritar su importancia, desde el punto de vista aquí planteado, las donaciones vienen después del cumplimiento de la función social de la banca en ejercicio de su objeto de interés público, que es de la cual debe surgir la apreciación colectiva de su importancia y legitimidad social, que no se obtiene a través de donaciones que nadie pide, que pocos agradecen, como suele suceder con la mayoría de los favores, y que se presta inclusive para evaluaciones adversas y hasta cínicas; incluso la propia publicidad puede resultar contraproducente cuando a través de ella se vende una imagen totalmente contraria a la experiencia real del usuario. Nadie, que se sepa, le pide a los banqueros que organicen rifas para amenizar la incómoda espera en las colas de las sucursales bancarias; se exige un mejor servicio y un trato respetuoso y claro a la hora de cobrar por dichos servicios.

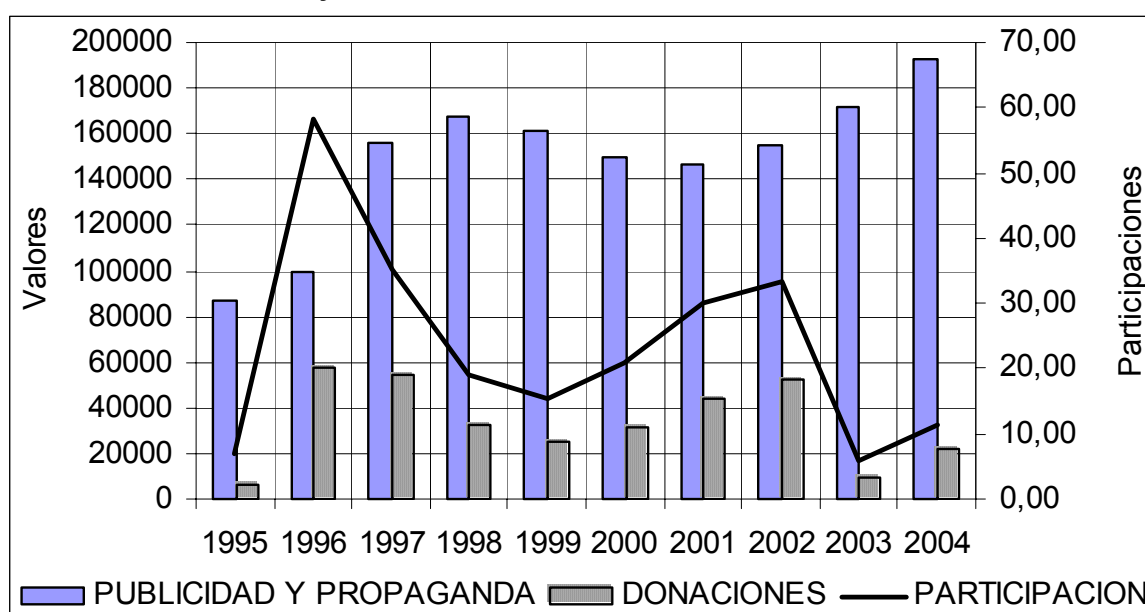
El contribuyente a quien su banquero de confianza traslada lícitamente el costo del cuatro por mil, parece tener claro que la atención de ciertas necesidades sociales, la corrección de las fallas del mercado y la redistribución del ingreso son tareas a cargo del Estado, que éste financia con impuestos y con deuda, fuentes de recursos a propósito de las cuales ya se mencionó el papel de la banca; y es quizás esa claridad la que explica por qué, mientras se oyen críticas relacionadas con la escasez del crédito y con el costo del mismo y de las comisiones bancarias, no se le reclama a la banca una mayor participación en bazares y bingos de beneficencia, ni se le reconocen públicamente sus contribuciones a causas tales

⁶³ “La imagen de la banca”, El Nuevo Siglo, abril 29 de 2005, p.13

⁶⁴ “Hay una mayor brecha en los ingresos económicos y se evidencia un grado de pobreza que debe modificarse. Nuestra empresa siempre ha creído que el sector privado tiene una responsabilidad social y debe tomar medidas para contrarrestar la inequidad. Nos enfocamos en la educación de las personas que trabajan con nosotros y de sus hijos. Desde 1961, los inversionistas de la empresa destinaron el 35% de su patrimonio para la creación de la Fundación Carvajal, que trabaja en vivienda, salud y educación, y promueve la microempresa” Alfredo Carvajal, presidente de Carvajal, entrevista en ‘De cara a la pobreza’, en Dinero, no. 230, mayo 27 de 2005, p. 40.

como los programas educativos de “Dividendo por Colombia”. Según información divulgada a fines de febrero de este año por la revista Semana, dichos programas educativos cobijaban a 26.000 niños, incluyendo 200 becas a niños desplazados en el 2004 y 355 en el 2005; el 40% del dinero recaudado provino del sector financiero, cerca de \$640 millones en el 2003 y \$1000 millones en el 2004, aclarando que “..por cada peso que donan los empleados, otro adicional es otorgado por la compañía”. El artículo concluía anunciando que en esta Convención Bancaria “...se hará el primer balance social del sector... se podrá saber a ciencia cierta qué tan grande es la mano amiga de la banca”⁶⁵, asunto al cual asumo que se hará alusión mañana en esta convención, y cuya importancia cualitativa es indudable.

Gráfica No. 9. Publicidad y donaciones

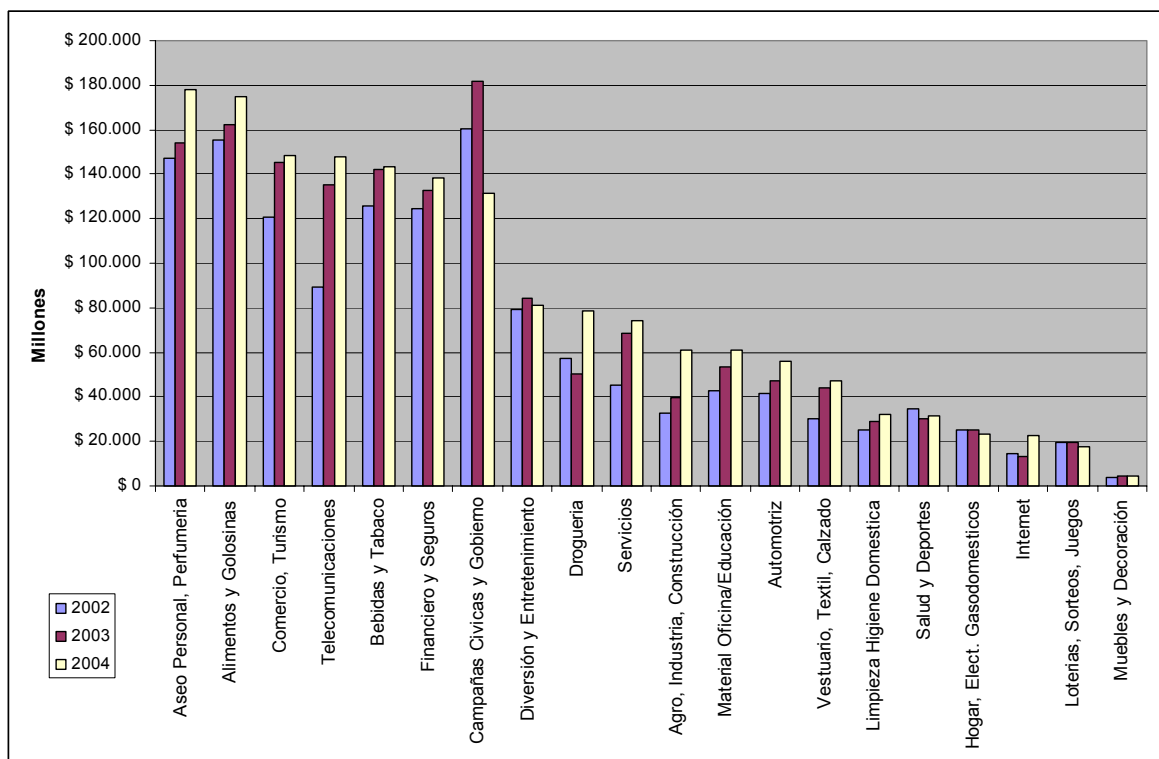


Fuente: Superintendencia Bancaria

Ahora bien, desde un punto de vista cuantitativo, se podría inferir que la banca le apuesta más a su imagen a través de sus campañas publicitarias institucionales, que cubren buena parte del presupuesto destinada a la publicidad, y que es cercano a los \$200 mil millones de pesos, cuantía que contrasta con el monto destinado a las donaciones, como se observa en la gráfica 9. Por razones de propaganda comercial, que incluyen la necesidad de sostener marcas en mercados con varios competidores, la banca gasta, algunos dicen “invierte”, en dicho rubro, como lo hacen los empresarios en general; en el caso bancario, la cuantía indicada, según se aprecia en la gráfica 10, es comparable a la que destinan otros sectores cuyo negocio no ha sido calificado legalmente de interés público, como ocurre con las bebidas y el tabaco, y que además hay que suponer necesitado de una imagen y de una técnica de mercadeo que pueda lidiar con los riesgos que su consumo implica para la salud.

⁶⁵ Revista Semana “Inversión social-la otra inversión de la banca”, febrero 24 del 2005.

Gráfica No. 10. Publicidad y donaciones



Fuente: IBOPE

No le corresponde pronunciarse a la Superintendencia acerca de si esa clase de gastos son o no adecuados, o de si los aciertos publicitarios sustituyen o enmiendan las fallas en el servicio; de lo que se trata aquí es de señalar que, desde el punto de vista de la “imagen corporativa” y de su relación con la apreciación de la responsabilidad social de la banca, el monto del presupuesto indicado, además de contrastar con lo que se destina a las donaciones, y ello sin medir el efecto favorable que resulta de las mismas gracias a sus consecuencias tributarias, representa el 4.3% del margen neto de interés, de manera que la evaluación de la publicidad por parte del banquero y de la sociedad sí es una cuestión relevante desde el punto de vista de la eficiencia del sistema bancario, esto es, respecto de cómo se hacen las utilidades del sector con ocasión del cumplimiento de su función social.

a. La posibilidad de realización de donaciones es restringida.

La Superintendencia Bancaria ha sostenido que la capacidad de las entidades financieras para realizar donaciones está restringida en atención a su objeto, circunstancia común a todas las sociedades comerciales, y al interés específico consistente en la protección de los ahorradores⁶⁶. Esa premisa mayor no las

⁶⁶ SBC, concepto de 4 de noviembre de 2003

excluye en forma absoluta, teniendo en cuenta que, de acuerdo con un concepto de la Superintendencia de Sociedades rendido en consideración a aquellas sociedades comerciales que no están sujetas legalmente a un régimen especial por razón de su objeto -circunstancia que no se predica de los bancos- hay normas societarias generales que confirman que los administradores pueden llevar a cabo transferencias a título gratuito, y que dichas normas permiten que las acciones readquiridas pueden ser destinadas a fines de beneficencia o recompensa; a lo cual se agrega el hecho de que legalmente se han concedido beneficios fiscales vinculados a donaciones que están al alcance de todos los contribuyentes sin excepción alguna, como consecuencia de una especie de extensión de la capacidad de todas las personas jurídicas contribuyentes⁶⁷. Ahora bien, la posibilidad de realizar actos gratuitos siempre está sujeta a su conveniencia caso a caso para la sociedad, pues ésta tiene su origen en un contrato oneroso celebrado con ánimo de lucro; y cuando dicha posibilidad no se deriva de una autorización legal general está sujeta además a su relación directa con el objeto social respectivo, dada la limitación legal de la capacidad societaria al desarrollo de su objeto⁶⁸. Dichas conveniencia y relación directa deben establecerse en cada caso, " por ejemplo, cuando se efectúan donaciones a los damnificados por una tragedia que afecta a los trabajadores de la sociedad o de la zona en que su actividad se adelanta de manera distinguible"⁶⁹; y esa situación no permite deducir una especie de vocación caritativa de las sociedades a partir del deber de solidaridad consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, como si la supremacía de las normas constitucionales impusiera el deber o facultara a los administradores de la banca para sustituir el desarrollo de una actividad lucrativa de interés público al cual están afectos los activos que le han sido confiados, por la participación en toda suerte de causas nobles.

En ese contexto, la Superintendencia Bancaria coincide con la mencionada Superintendencia en que la viabilidad de la celebración de donaciones por parte de una sociedad debe examinarse caso a caso y con un criterio restrictivo; y también considera pertinente distinguir entre las donaciones decididas por la asamblea general de accionistas y las decididas por los administradores, quienes en este caso, como en cualquier actuación que les sea imputable, responden del cumplimiento de sus deberes de diligencia y de lealtad. Además, y como lo señalara ácidamente The Economist, "Hay que recordar que la filantropía corporativa es caridad con el dinero ajeno... Cuando una compañía entrega parte de sus ganancias a una buena causa, sus gerentes no atienden sus caritativos instintos con sus propios recursos, sino a expensas de los dueños de la firma. Esa es una transacción moralmente dudosa"⁷⁰.

En cambio, con cargo a las utilidades líquidas repartibles, la asamblea general de accionistas, una vez enjugadas las pérdidas, hechas las apropiaciones forzosas

⁶⁷ Superintendencia de Sociedades, concepto 100-23468 del 23 de marzo de 1999.

⁶⁸ Código de Comercio, art.99

⁶⁹ Superintendencia de Sociedades, concepto 100-23468 del 23 de marzo de 1999

⁷⁰ The Economist, "El sindicato de ejecutivos preocupados", 2005.

de las reservas legales y estatutarias, y descontado el impuesto de renta, puede decidir la constitución de una reserva ocasional o voluntaria para donaciones, decisión ésta que, en los términos de ley, puede ser impugnada si el accionista, el revisor fiscal o el administrador impugnante encuentra que un acto gratuito de esa naturaleza excede los límites del contrato social. Tales reservas, por ser utilidades, pueden ser apropiadas con tal finalidad por los accionistas en la forma en que ellos libremente quieran hacerlo, pues al fin y al cabo son ellos los “dueños” de las mismas; y en ese contexto, los accionistas se protegen de distracciones por parte de los administradores, y se controla también el hecho de que, como bien lo saben los abogados civilistas, hay toda clase de donaciones, remuneratorias y gratuitas, y unas más gratuitas que otras.

La búsqueda de una percepción más favorable por parte de la comunidad, o la simple obtención del beneficio fiscal a través de un acto gratuito, son indiferentes desde el punto de vista de la responsabilidad social empresarial; y hay que reiterar que se considera que, dada la función social propia de la actividad bancaria, la percepción social está referida al adecuado cumplimiento de la misma. Ello no impide reconocer que los incentivos fiscales a las donaciones son uno de los estímulos más importantes para promover causas sociales, y señalar que cabe la identificación de sectores o asuntos, como se ha hecho a través del citado ejemplo de “Dividendo por Colombia”, en los que la suma de esfuerzos de los accionistas de varias entidades bancarias puede ser mucho más efectiva que los actos aislados, tanto desde el punto de vista de su visibilidad social como en relación con su impacto, como lo comprueban los conocidos casos estadounidenses de impulso al arte, la cultura y las humanidades⁷¹.

V. La importancia práctica de la responsabilidad social empresarial.

La responsabilidad es un concepto que necesariamente se relaciona con el poder y con la libertad. En el contexto de la responsabilidad social, a través de la cual – como aquí se dijo, siguiendo a Parkinson- se busca o controlar o legitimar el poder empresarial, la valoración social negativa acerca de la forma en que los banqueros ejercen su poder empresarial en un ámbito de libertad contractual, independientemente de los intereses diversos que confluyan en ella, puede dar lugar, según se ha sostenido en este documento, o a una autolimitación de los propios empresarios, o a una presión social dirigida a cambiar los sistemas de control institucional del ejercicio del poder empresarial actualmente existentes, que puede darse a pesar de que dicha autolimitación se produzca.

⁷¹ Por cada dólar, un individuo reduce impuestos entre 28 y 40 centavos; en el 2003, las donaciones para apoyar esas materias, que, entre otros, incluyen orquestas, centros de ejecución de artes, museos y teatros, ascendieron a us\$12.2 billones, para un promedio per cápita de us\$42, de los cuales el 50% correspondió a individuos, el 33% a fundaciones, y el 17% a corporaciones, tres cuartas partes de las cuales eran compañías “pequeñas”, es decir, de ingresos menores a us\$50 millones; el 90% de tales donativos fue para organizaciones locales, crf. National Endowment for the Arts, 2004

A. La institucionalización de las exigencias sociales.

Si se tiene en cuenta el mencionado caso de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por las sociedades administradoras de las tarjetas de crédito, se identifica el contexto que da lugar a reformas legislativas en curso, como las propuestas recientemente en el Congreso para regular el uso de las tarjetas débito en las transacciones con los establecimientos comerciales y el contrato de afiliación de los establecimientos de comercio al sistema de tarjetas crédito y débito⁷². Y en la lectura del articulado de tales proyectos, así como de sus exposiciones de motivos, en los cuales se incluyen reglas como las que señalan determinados topes porcentuales a las comisiones, se encuentra que el soporte básico es una argumentación de tipo normativo, con base en los conceptos “abiertos” ya mencionados.

Así, por ejemplo, en el proyecto correspondiente a las tarjetas débito, se expresa que el mismo busca “aplicar un criterio de equidad en las relaciones mercantiles en que están basadas las transacciones comerciales con tarjetas débito como forma de pago, ya que como lo demuestran las cifras en Colombia se cobran porcentajes muy altos... y...la inexistencia de legislación sobre la materia permite que siga esta práctica unilateral por parte de las entidades financieras que deben sin caer en el doble cobro, ajustar su retribución a la real obligación de pago de los usuarios por el servicio recibido con el fin de evitar la aplicación de prácticas restrictivas o excluyentes o conductas anticompetitivas que atenten contra el desarrollo equilibrado, justo e igualitario del comercio”. Y en el que regula el contrato de afiliación, se señala, entre otras cosas, que “...los contratos que se celebran para permitir el funcionamiento del sistema trascienden el ámbito de la esfera de lo privado por su injerencia en el desarrollo de la economía en general, por su impacto para el comercio y los consumidores; por ello las medidas o cargas que se adoptan en los acuerdos privados requieren regulación legal que proteja los bienes superiores.(-)...El porcentaje de las tasas de intermediación por el uso de las tarjetas crédito y débito han venido siendo establecidas, en forma unilateral por las Entidades Administradoras o las Entidades Financieras, de acuerdo con sus intereses, y sin límite alguno, debido a la ausencia de legislación que tipifique y regule...(-) No entiendo si son los altos índices de ineficiencia o el afán desmedido de lucro lo que hace que las tasas de intermediación por el uso de tarjetas en nuestro país lleguen a ser las más altas del continente...(-) Por ello y bajo los principios de la supremacía del interés general y del bien común, he presentado esta iniciativa...en búsqueda de que sea una Ley de la República la que precise y regule las relaciones... y no las imposiciones de las Entidades Financieras”.

⁷² Proyecto de Ley no. 224 de 2005-Senado, por el cual se regula el uso de las tarjetas débito en las transacciones con los establecimientos comerciales- Gaceta del Congreso 140, abril 1 del 2005, ps. 4 y ss; Proyecto de Ley 49 de 2004-Senado, Gaceta del Congreso 817, dic. 14 de 2004, ps.14 y ss; y Gaceta del Congreso, 418, agosto 9 de 2004, ps. 11 y ss.

En su momento, la sociedad renacentista europea consideró irrazonable la prohibición de origen religioso de la usura medieval y, por razones de tipo económico consistentes en la necesidad de crédito, admitió el préstamo con interés, acudiendo incluso a argumentos de teólogos que excluían de dicha prohibición operaciones comerciales⁷³; es interesante observar que una reacción análoga, pero en contra de un sistema permisivo, puede darse si en las actuales circunstancias en nuestro medio se juzgara irrazonable la libertad contractual financiera y se le introdujeran restricciones por vías diversas, desde la tributaria, hasta la de intervención en los contratos y en los precios, como la que se expresa en los proyectos citados. La organización de las sociedades anónimas y del sistema financiero, según lo afirma Roe al examinar el caso estadounidense, en buena medida refleja el arreglo institucional resultante de una decisión política, basada en intereses y juicios de valor diversos, consistente en controlar el poder de ciertos accionistas, tal y como se hizo durante el New Deal al mantener restricciones a la operación interestatal de las sucursales bancarias (McFadden Act de 1927, desmontada en 1994 mediante la Riegle-Neal Act), y separar la banca comercial de la banca de inversión (Glass- Steagall Act de 1933, abolida en 1999 mediante la Financial Services Modernization Act de 1999)⁷⁴; por eso Roe afirma que “Incluso J.P. Morgan, tan poderoso como llegó a ser, nunca controló una red nacional... de bancos comerciales”⁷⁵.

Las razones y los intereses subyacentes en la percepción negativa hacia la banca pueden ser objeto de discusión y crítica; pero lo cierto es que las conductas que en otros sectores de la economía pueden pasar desapercibidas son acremente criticadas en el banquero y concurren en ello toda clase de causas, desde el trasfondo religioso tantas veces mencionado, hasta motivaciones más complejas, como las que darían lugar a la “hostilidad creciente” contra el capitalismo señalada por Schumpeter⁷⁶, y frente a la cual consideraba insuficiente la refutación racional

⁷³ Pirenne, Henri, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, trad. S. Echavarría, 15ª reimpresión, FCE, Bogotá, 1977, p. 104

⁷⁴ Roe, Mark J. *Strong Managers, Weak Owners- The political roots of american corporate finance*. Princeton University Press, New Jersey, 1994, p.95

⁷⁵ *Idem*, p. 101

⁷⁶ Schumpeter, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Ed. Claridad, B.As., trad. A. Sánchez, 1946 Segunda parte, ¿Puede sobrevivir el capitalismo? ps. 79 y ss. La hostilidad a que alude Schumpeter proviene en su opinión de la mentalidad laica y racional propia del propio capitalismo. Al considerar algunos aspectos de lo que él denomina la “civilización” capitalista, señala que “...el capitalismo creó un espíritu crítico, el cual, después de haber destruido la autoridad moral de muchas otras instituciones, al final se vuelve contra las suyas propias”. Al describir la evolución capitalista y la superación del mundo feudal y gremial, Schumpeter destaca que “...junto a revoluciones industriales y agrarias hubo un cambio no menos revolucionario en la actitud general de la autoridad legislativa y de la opinión pública. Juntamente con la vieja organización económica desaparecieron los privilegios económicos y políticos que desempeñaban el papel principal en ella, y las exenciones tributarias y las prerrogativas políticas de la nobleza y el clero”. Pero resulta que, “El burgués descubre con estupefacción que la actividad racionalista no se detiene ante las credenciales de los reyes y papas, sino que sigue, para atacar la propiedad privada y todo el sistema de valores de la burguesía”. Además, la indiscutible defensa económica del sistema, es decir la argumentación basada en su eficiencia, no es la adecuada, porque “No basta con una refutación racional, ésta podrá rasgar la envoltura del ataque, pero nunca podrá

y la defensa basada en el éxito económico, hasta sentimientos morales de resentimiento como los descritos por Rawls⁷⁷, los cuales se agudizan en el contexto de una sociedad pobre y desigual, como la nuestra.

B. Las autolimitaciones del empresario.

La autolimitación empresarial puede prevenir e, incluso, contrarrestar las presiones colectivas a favor de cambios del marco institucional orientados a satisfacer las expectativas y exigencias acerca del cumplimiento adecuado de la función social de una banca con mayor profundidad y eficiencia. Al actuar en tal sentido, el empresario socialmente responsable no deja de obedecer a su propio interés, que es lo que también hace cuando, de acuerdo con Smith, vende o compra carne, o presta o pide prestado. Lo importante es que además de dicho interés, al autolimitarse el empresario tiene en cuenta, según Sen, ideas básicas de justicia o equidad que no son ajenas a los seres sociales y que contribuyen eficazmente a la organización del mercado⁷⁸; o, según MacIntyre, atiende la

alcanzar el poder propulsor, extrarracional, que se oculta detrás de aquélla”. Así las cosas, Schumpeter señala la existencia del “ambiente general de hostilidad creciente”, y propone como tesis que “El funcionamiento actual y venidero del sistema capitalista es tal que elimina la idea de su derrumbamiento bajo el peso del fracaso económico; pero su mismo éxito socava las instituciones sociales que le protegen, e inevitablemente crea condiciones, bajo las cuales no podrá vivir, y que tienden fuertemente a señalar al socialismo como su presunto heredero”.

⁷⁷ Rawls, John, Teoría de la Justicia, trad. M.D. González, 1ª ed. español, 1979, FCE, Madrid, p. 589. “...el resentimiento es un sentimiento moral. Si experimentamos resentimiento por el hecho de tener menos que otros, puede ser porque consideramos que su mejor situación es el resultado de instituciones injustas, o de un comportamiento personal indigno. Los que expresan resentimiento deben estar preparados para demostrar por qué ciertas instituciones son injustas, o cómo los han perjudicado los otros”

⁷⁸ Sen, Amartya, ob. cit. p. 314: “El interés personal es, desde luego, un motivo extraordinariamente importante, y muchos estudios sobre la organización social adolecen de no prestar suficiente atención a esta motivación básica. Y, sin embargo, también observamos –día sí, día no- que hay actos que reflejan valores que tienen claros componentes sociales y que nos llevan mucho más allá de los estrictos confines de la conducta egoísta. La aparición de normas sociales puede facilitarse tanto por medio de un razonamiento comunicativo como de una selección evolutiva de los modos de conducta...(-) La utilización de un razonamiento responsable y de ideas de la justicia está muy relacionada con el papel que desempeña la libertad individual. Eso no quiere decir que los individuos invoquen con firmeza sus ideas de la justicia o utilicen sus poderes de razonamiento socialmente sensible cuando tienen que decidir cómo van a ejercer su libertad. Pero el sentido de la justicia se encuentra entre los factores que *pueden* mover y *mueven* con frecuencia a los individuos. Los valores sociales pueden contribuir – y de hecho han contribuido- notablemente al éxito de algunos tipos de organización social, entre los cuales se encuentran el mecanismo del mercado, la política democrática, los derechos humanos y políticos elementales, la provisión de bienes públicos básicos y las instituciones que regulan la intervención y la protesta públicas. (-) Cada persona tiene una forma muy distinta de interpretar las ideas éticas, incluidas las de justicia social...Pero las ideas básicas de la justicia no son ajenas a los seres sociales, que se preocupan por sus propios intereses pero que también son capaces de pensar en los miembros de su familia, en sus vecinos, en sus conciudadanos y en otras personas del mundo. El experimento razonado en el que interviene el ‘espectador imparcial’ y que Adam Smith analizó de forma maravillosa...es una formalización de una idea informal –y general- que se nos ocurre a todos. No hay que crear artificialmente en la mente humana un espacio para la idea de la justicia o de la equidad por medio

existencia de un sustrato social más amplio que la relación mercantil, que involucra relaciones de reciprocidad no calculadas, sin las cuales no se da la cooperación social⁷⁹. Pues bien, esa autolimitación empresarial, independientemente de su motivación, constituye un reconocimiento de la complementación jerarquizada que existe entre el beneficio privado y la función social, que es en atención a la cual se permite y garantiza la apropiación de aquél, y que es de lo que dependen el sentido y la importancia de la preocupación acerca de la responsabilidad social de la banca.

de bombardeos o de arengas éticas. Ese espacio ya existe y es una cuestión de utilizar de una manera sistemática, convincente y eficaz los intereses generales de los individuos”.

⁷⁹ “Y del mismo modo que el carnicero, el cervecero y el panadero actúan generalmente de acuerdo a su propio interés, así lo hacen sus clientes. Pero si un cliente habitual entrara en la carnicería, se diera cuenta de que el carnicero está sufriendo un ataque al corazón y sólo dijera. “¡Huy!, según veo, hoy no está en condiciones de venderme carne “ y se dirigiera a continuación a la carnicería de enfrente, evidentemente eso dañaría *toda* la relación económica, aunque no haya hecho nada contrario a las reglas del mercado. En un caso no tan claro y menos cruel, incluso si el cliente reaccionara satisfaciendo únicamente los requisitos mínimos que le permitiesen defenderse de una acusación legal de irresponsabilidad (es decir, llama a una ambulancia y desaparece en el momento en que llegan los enfermeros, de todas maneras su relación con el carnicero se resentirá por haber eludido una mayor responsabilidad. Para que contribuyan al florecimiento general y no socaven y perturben como a menudo pasa, los vínculos comunitarios, las relaciones de mercado sólo pueden mantenerse si se hallan insertas en cierto tipo de relaciones no mercantiles, en relaciones de reciprocidad no calculada” MacIntyre, Alasdair, Animales Racionales y Dependientes- Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes, trad. B. de Murguía, Paidós, Barcelona, 2001, ps.138-139