

LA CONFIANZA ES MUTUA

JORGE PINZON SANCHEZ
Superintendente Bancario

Coincide esta Convención Bancaria con el octogésimo aniversario de la creación en 1923 de la Superintendencia Bancaria. Un lapso de ochenta años excede en muy poco la expectativa de vida en Colombia y es breve para amoldar y decantar instituciones, máxime en sociedades históricamente tan jóvenes como la nuestra, cuyo banco más antiguo fue fundado en 1871¹. Sin embargo, el oportuno lema escogido para esta Convención, “Confianza es la Clave”, suministra un adecuado hilo conductor para referirse a nuestra cambiante actividad bancaria en una perspectiva institucional, marco éste dentro del cual la confianza influye de manera fundamental en la creación y desarrollo de las organizaciones, entre ellas las de carácter público, como lo es la Superintendencia Bancaria, y las de carácter privado, como lo son las sociedades anónimas y demás formas de organización empresarial².

Dicho lema sugiere algunas breves consideraciones acerca del comportamiento empresarial de las personas vinculadas al sector en un sentido amplio, esto es, tanto a través de los bancos como de las autoridades públicas encargadas de su supervisión. Y es éste un momento propicio para referirse a la cuestión, pues en la hora presente la banca consolida su recuperación frente a una crisis cuyas características y magnitudes implican un replanteamiento de fondo del mismo, siendo la confianza mutua entre supervisor y supervisado, y entre el banco y su clientela, condición necesaria de estabilidad institucional.

A partir de la consideración de la confianza como un factor constitutivo del “capital social”, y teniendo en cuenta la forma en que la regulación jurídica, las exigencias cívicas y las motivaciones y comportamientos individuales se imbrican con ocasión de la actividad empresarial, las expectativas y exigencias recíprocas de confianza entre los banqueros y los funcionarios encargados de la supervisión bancaria, se examinan, a partir de algunas características de la regulación vigente, en relación con los siguientes puntos: el “gobierno corporativo” propio de la dirección y administración de las entidades bancarias; la fidedignidad de su información contable y financiera; el respeto al consumidor bancario; la función social y económica del crédito; la forma de regular y supervisar, así como la aplicación del régimen sancionatorio.

¹ Se trata del Banco de Bogotá; en 1872 se fundó el Banco Antioqueño y en 1875 el Banco de Colombia.

² Acerca de la diferencia e interrelación entre instituciones y organizaciones, véase North, Douglass C. Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, en especial págs. 4-5.

I. Introducción.

A. La confianza como parte del capital social.

La confianza es un factor constitutivo del denominado “capital social”, discutido concepto de cuño reciente³ que abarca las normas formales e informales que integran el marco institucional dentro del cual se produce la actividad económica⁴. Aunque algunos la consideran un principio jurídico⁵, la confianza es un supuesto necesario para la negociación, celebración y ejecución de los contratos a través de los cuales se desarrollan jurídicamente las empresas. El intercambio característico de la economía de mercado y las relaciones derivadas de él sólo son posibles si puede esperarse razonablemente que los pactos se cumplan; la buena fe, ella sí un principio jurídico, y como tal parte de las normas formales de la sociedad, impone el “deber de cumplir la palabra empeñada”, mandato éste con una evidente conexión sustancial con la confianza recíproca indispensable para la actividad crediticia.

Inspirar confianza al recibir depósitos, otorgar y merecer crédito, ser digno de fe; en todas esas expresiones existe un rescoldo semántico y normativo común, en el cual el déficit coactivo de la normatividad informal propia de la ética y la moral social es compensado por el derecho vigente, de manera que la eficacia y validez de ambas normativas, conservando sus diferencias y puntos de contacto, se refuerzan mutuamente. Así las cosas, en la base de legitimación de las empresas se amalgaman dos elementos: el soporte jurídico de la libertad de iniciativa económica de los empresarios, por una parte, y las expectativas éticas de la sociedad, por la otra; y a ello se suma el carácter complejo de las motivaciones relevantes en la actividad económica.

1. La regulación jurídica.

El ejercicio de la iniciativa económica privada se manifiesta en la organización y aprovechamiento lucrativo de una empresa, que es la base del desarrollo económico, en los términos de la constitución económica colombiana⁶. Esa función social de la empresa implica obligaciones legales para los empresarios y le impone al Estado, respecto de éstos, deberes acordes con la promoción de

³ Se le atribuye a James S. Coleman, en “Social Capital in the Creation of Human Capital”, American Journal of Sociology 94 (Supplement): S95-S120.

⁴ Véase, Social Capital, a Multifaceted Perspective, Dasgupta, Partha y Serageldin, Ismael, editores. World Bank, Washington, 2000.

⁵ Larenz, Karl, Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica. Trad. L. Díez-Picazo. Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 70.

⁶ Constitución Política de Colombia, art. 333.

la prosperidad general, que es uno de sus fines esenciales⁷, y con una concepción del desarrollo económico como la propuesta por Amartya Sen; más allá del simple crecimiento del producto interno bruto, Sen entiende el desarrollo económico como un proceso de expansión de las libertades de los individuos, en especial de la libertad de disfrutar de una buena calidad de vida, que no se confunde con la tantas veces retórica libertad de elegir⁸. En este sentido, las funciones económicas de la banca responden a necesidades sociales directamente relacionadas con la libertad de las personas⁹ que depositan sus fondos en los bancos en condiciones definidas de seguridad y rentabilidad, que se benefician de la inversión productiva y del consumo financiado con los préstamos bancarios, y que acuden al sistema de pagos naturalmente vinculado a las redes bancarias.

No sobra hacer énfasis en la importancia de la regulación jurídica local de la actividad empresarial, a pesar del debilitamiento de los Estados nacionales inherente a la globalización e internacionalización de las relaciones económicas. Mediante dicha regulación, que sigue siendo local sin perjuicio del mayor o menor grado de armonización regional e internacional que sea deseable y posible en cada sector, la intervención del Estado social de derecho, además de darle garantías, le impone límites a las empresas; y en lo que se refiere a la relación entre los consumidores y las empresas y entre éstas y el Estado, esos linderos tienen en la vida económica una importancia análoga a la que en el campo político representa el Estado de Derecho como sistema de protección del ciudadano frente a los abusos del poder público.

El mercado financiero no está, pues, a merced de “manos” o “fuerzas” supuestamente impersonales e invisibles; y no se trata solamente de amparar a los ahorradores y de balancear equitativamente la preponderancia de la organización empresarial frente al consumidor aislado, sino también de establecer los términos institucionales de la relación entre el poder empresarial y el poder público¹⁰; de ahí que la regulación y supervisión de la banca sea objeto de disposiciones constitucionales específicas, las cuales parten de la base de considerar expresamente la actividad financiera como de interés

⁷ Constitución Política de Colombia, art. 2.

⁸ Véase “Mercados y Libertades. Logros y limitaciones del mecanismo de mercado en el fomento de las libertades individuales”, Sen, Amartya. En: Bienestar, Justicia y Mercado. Trad. D. Salcedo, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, págs. 123 y ss; Desarrollo y Libertad. Trad. E. Tabasco y L. Toharía. Ed. Planeta, Bogotá, 2000 Introducción y caps. 1 a 5, págs. 15-182; “Ética de la empresa y desarrollo económico”, en Construir Confianza, Cortina, Adela. Ed. Trotta, Barcelona, 2003, págs. 39-40.

⁹ “Las relaciones Banca-Cliente”, Conill Sancho, Jesús. En La Dimensión Ética de las Instituciones y Mercados Financieros. Argandoña, Antonio, editor, Fundación BBV, Bilbao, 1995 ,pág.76.

¹⁰ “..., a veces, el diálogo de la economía, más que entre “libre iniciativa” y “planificación” se desarrolla entre planificación privada y planificación pública”. Ascarelli, Tullio, Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales. Trad. E. Verdera y L. Suárez-Llanos. Bosch Editores, Barcelona, 1970, pág. 87.

público¹¹. Y sin necesidad de revivir discusiones ya añejas acerca de los alcances y problemas de la noción del “servicio público”, propias de discusiones del derecho administrativo del primer tercio del siglo XX, la trascendencia colectiva de la creación secundaria de moneda a través de la intermediación financiera, permite sostener que está vigente la prohibición de la huelga en los servicios bancarios, sin que sea óbice para ello la ausencia de definición legislativa de la misma como un servicio público esencial.

2. Las exigencias cívicas.

Para contar a largo plazo con la estabilidad y previsibilidad suficientes para la asunción calculada de riesgos económicos a través de una organización estable, quienes crean y dirigen las empresas necesitan garantías jurídicas constitucionales y legales, que en últimas descansan en la legitimidad y eficacia del poder del Estado y en la confianza que éste les merezca. Pero los empresarios locales y extranjeros también deben contar con la aceptación de la sociedad. Y obtener y conservar dicho respaldo social en buena parte depende de la respuesta efectiva y consistente de los empresarios a una serie de exigencias y expectativas sociales mínimas. La actividad empresarial se lleva a cabo en un escenario regulado por el derecho; pero delimitado también por un horizonte de sentido que establece condiciones mínimas de legitimidad a partir de una normatividad no jurídica; se trata de una ética cuyo carácter “cívico” remite al conjunto de los ciudadanos, es decir, a los sujetos activos de una democracia participativa (la “polis” o “civitas”), y no simplemente a propietarios o contratantes de derecho privado individualmente considerados que participan en un mercado dado, como lo es el financiero. Y conviene recordar que desde un punto de vista etimológico, “ethos” y “mores” referían originariamente a costumbres o prácticas reiteradas, es decir, al modo habitual de comportamiento de las personas.

B. La actividad empresarial y las motivaciones y comportamientos individuales.

Es necesario entonces destacar la importancia de la conducta y de las motivaciones individuales propias del comportamiento empresarial. La personificación jurídica, como la de las sociedades anónimas, es un instrumento de imputación de derechos y obligaciones en un patrimonio distinto del que ostentan los seres humanos de carne y hueso que adoptan las decisiones y que llevan a cabo las acciones y omisiones de las cuales se derivan tales consecuencias jurídicas; y las analogías entre tales personas jurídicas y los

¹¹ Constitución Política de Colombia, arts. 335, 150 num.19 lit. d) y 189 num.24.

seres humanos no llegan al extremo de confundir los así llamados “órganos” y la “voluntad” sociales de aquéllas con los de éstos¹². En las diversas y numerosas clases de relaciones, internas y externas, que surgen de la actividad empresarial, es discernible un modo de actuar característico, moldeado por las personas con mayor influencia en las decisiones que se adoptan en la respectiva organización, conformada por una o por varias sociedades, titulares de diferentes patrimonios desde el punto de vista jurídico.

Son esos seres humanos, los mismos de quienes se presume un conocimiento de la ley sin que su ignorancia sirva de excusa, quienes tienen ánimo de lucro, necesidades, convicciones, valores y comportamientos acordes con tales motivaciones. Es de ellos, que son quienes en última instancia reciben y atesoran o gastan el dinero proveniente de los dividendos, honorarios y salarios derivados de su participación en la actividad bancaria, de quienes depende el modo de actuar habitual en un banco comercial con ocasión de todas y cada una de las clases de relaciones derivadas de tal actividad. Y hay que decir que entre las actuaciones en cuestión se crean afinidades e inercias, como quiera que los tan manidos “círculos viciosos” y “círculos virtuosos” en la actividad empresarial no se producen por generación espontánea; dependen de “vicios” y “virtudes”, esto es, de los hábitos de conducta que al interior de la respectiva organización empresarial predispongan para actuar en cierto sentido, con la trascendencia negativa o positiva que ellos puedan tener en la comunidad dada la visibilidad e importancia social, económica y política de las empresas¹³.

Por eso, al hablar del comportamiento jurídico o ético de una entidad bancaria, es apropiado referirse sin ambages al modo de actuar de los seres humanos que están en la trastienda. En las actividades económicas, las motivaciones y conductas de los seres humanos que las protagonizan no responden exclusivamente ni al afán de lucro ni al eventual temor a una sanción; es indiscutible que hay más razones relevantes. La creencia en la legitimidad de un orden dado¹⁴, al igual que la influencia de los valores en la conducta

¹² “¿Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?” (Edward, First Baron Thurlow 1731-1806). Cit. por King, Mervyn, Public Policy and the Corporation, Chapman and Hall, Londres, pág. 1.

¹³ “Aunque es verdad que las buenas costumbres en la empresa constituyen un bien por sí mismas, es todavía mejor, porque es expresión de la libertad, que quienes las asumen las valoren en lo que valen, las refuercen por entender que potencian la libertad real del mundo social, que se percaten de que los buenos hábitos constituyen un bien público”, “Las tres edades de la ética empresarial”, Cortina, Adela. En: Construir Confianza, en Cortina, Adela y otros. Ed. Trotta, Madrid, 2003, pág. 21.

¹⁴ Así por ejemplo, en su exposición acerca de Max Weber, Anthony Giddens puntualiza cómo “Las formas más estables de relación social son aquellas en las cuales las actitudes subjetivas de los individuos que participan en ellas están orientadas por la creencia en un orden legítimo”. En: Capitalismo y la Moderna Teoría Social, Giddens, Anthony, Idea Books, Barcelona, 1998, pág. 256.

individual¹⁵, son factores constitutivos de las relaciones sociales, inclusive de las de tipo económico; y la coactividad o coercibilidad propia del orden jurídico no puede darse sin el complemento¹⁶ de tales creencias, convicciones y motivos.

C. La confianza es mutua.

Un balance institucional de los derechos y responsabilidades del Estado y de los particulares vinculados a la actividad bancaria debe incluir, por una parte, el monto de los apoyos estatales y, por la otra, las capitalizaciones privadas y el monto de los impuestos implícitos y explícitos que afectan al sector, entre ellos el controvertido impuesto a las transacciones financieras¹⁷. Y en dicho balance aparecen las expectativas y exigencias recíprocas de confianza como la parte más importante de los aportes de capital social que los banqueros y funcionarios del Estado regulador y supervisor deben suscribir y pagar entre sí en virtud del nexo institucional que los vincula.

Tales expectativas y exigencias de confianza recíproca son especialmente notorias en los siguientes campos:

1. Desde la perspectiva propia del supervisor bancario:
 - a) En la dirección y administración de las entidades bancarias, la cual requiere de la existencia y eficacia de mecanismos de autocontrol, como son los principios y reglas del hoy llamado “gobierno corporativo”, que en esencia corresponde a los deberes legales de diligencia y lealtad de sus directores y administradores.
 - b) En la información financiera y contable de las empresas bancarias, la cual exige fidedignidad, es decir, la confiabilidad que los banqueros, como acreedores, reclaman en los balances de sus deudores. Sin ella, por cierto, no puede darse una adecuada “disciplina de mercado”, es

¹⁵ “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 (a pesar de las tentaciones que hay para comportarse en sentido contrario). 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”. En: Desarrollo y Libertad, Sen, Amartya, Trad. E. Tabasco y L. Toharía, Ed. Planeta S.A., 1ª. Reimp., Bogotá, 2000, págs. 316-317.

¹⁶ Facticidad y Validez, Habermas, Jürgen. Trad. Jiménez R. Ed. Trotta, Barcelona, 1998.

¹⁷ Véase “Sobre los efectos en bienestar de la represión financiera”, Arias, Andrés y otros. En: Ensayos sobre Colombia y América Latina, Libro en memoria de Nicolás Botero, BBVA, Madrid, 2002, págs. 223-242.

decir, la conducta que asumen los depositantes y los banqueros cuando los primeros, es decir, los acreedores de los banqueros, examinan la gestión bancaria y cuando los segundos evalúan el riesgo crediticio de sus deudores.

- c) En la contratación bancaria, como quiera que la buena fe que exige la ley impone respeto al consumidor bancario, tanto cliente como usuario, quien debe ser tratado en forma equitativa y como un “interlocutor válido”, contando con el derecho a obtener en forma oportuna la información adecuada acerca de los servicios bancarios. Este respeto, por cierto, no depende de la subsistencia constitucional de la recién creada defensoría del cliente financiero que tendrá la importancia que le quieran dar las entidades bancarias.

2. Desde la perspectiva propia del banquero:

- a) En la regulación y en la supervisión prudencial por parte del Estado, la cual debe ser equilibrada, motivada e imparcial, y cuyos inevitables cambios no deben ser intempestivos y deben consultar su previsible impacto económico, por lo menos en lo que se refiere al ejercicio de las competencias legales propias de las autoridades gubernamentales.
- b) En el régimen sancionatorio, que establece responsabilidades personales e institucionales como contrapartida a la mayor libertad reconocida a la actividad financiera, y en cuya aplicación los banqueros deben estar a cubierto de la arbitrariedad.

II. EXPECTATIVAS Y EXIGENCIAS DE CONFIANZA POR PARTE DEL SUPERVISOR

A. Dirección y administración diligente y leal de la empresa bancaria: el “gobierno corporativo”.

1. La estructura de capital y la constitución y organización de un establecimiento bancario.

En 1923 se introdujo en Colombia la sujeción de la formación de los establecimientos bancarios a la autorización estatal previa, sistema que rememora el clásico “octroi” propio de las primeras sociedades anónimas. Dicho requisito tiene como finalidad la protección del ahorrador; y se ha mantenido consistentemente hasta la fecha en atención al ya señalado interés general

involucrado en la actividad bancaria.

Con la autorización estatal se pretenden simultáneamente dos objetivos básicos de supervisión que conservan su vigencia: uno objetivo, que apunta a la suficiencia patrimonial y solvencia inicial de la sociedad¹⁸; y otro subjetivo, que busca asegurar la idoneidad de los accionistas fundadores¹⁹. Este último hoy comprende también el examen de la idoneidad de los eventuales interesados en adquirir acciones en circulación de sociedades bancarias ya constituidas²⁰. Conviene agregar que en la actualidad se ha demandado ante la Corte Constitucional la inexequibilidad de la disposición²¹ según la cual el Superintendente debe abstenerse de autorizar la participación de personas sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito, irregularidad cuya gravedad resalta aún más cuando se repara en los niveles de concentración de crédito.

La búsqueda simultánea de ambos objetivos implica una aparente paradoja desde el punto de vista del derecho societario ordinario, explicable y justificable en el caso de las sociedades anónimas bancarias, y que en la ley 45 de 1923 se calificaban como “por acciones”. Mediante la división de su capital en acciones se logra la limitación de responsabilidad indispensable para afrontar los riesgos propios de las empresas de gran magnitud, al igual que la fácil vinculación y sustitución de numerosos accionistas, en especial si se acude al mercado público de valores. Pero a diferencia de lo que ocurre en las anónimas en general, en el sector bancario la identidad y calidad del accionista significativo o “dueño” es relevante; y esa consideración tiene un significado institucional extrajurídico relacionado directamente con la confianza, como lo comprueba la eficacia normativa de las órdenes de capitalización, que no permiten ejecutar judicialmente obligaciones de aportes adicionales, pero cuya inobservancia puede llevar a la toma de posesión del establecimiento bancario, y no para sancionar a accionista o administrador alguno, sino para proteger al ahorrador y al crédito en general.

¹⁸ “Este artículo [el 74] exige a los bancos mantener una razonable proporción entre el capital y fondos de reserva y las obligaciones de aquéllas para con los depositantes y otros acreedores. (-) El capital y los fondos de reserva sirvan (sic) como un fondo de garantía para los depositantes y otros acreedores del banco y como prenda de buena fé por parte de los dueños de éste. En caso de quiebra del banco, los accionistas deben perder íntegramente su capital y sus fondos de reserva, antes que los depositantes y otros acreedores sufran alguna pérdida”. Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 14.

¹⁹ “Un medio de mantener en el país bancos sólidos y eficientes consiste en evitar que hombres poco honorables o incapaces ejecuten negocios bancarios. Este artículo [el 27] exige que el superintendente investigue y determine, antes de expedir la autorización para el establecimiento de un nuevo banco, si el público ha de quedar bien servido por tal institución”. Ibidem, pág. 10.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de octubre de 2002, rad.1444. En Boletín Jurídico 28-29, nov. 2002 -enero 2003, Superintendencia Bancaria, págs. 144 y ss.

²¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art. 53 num. 5 lit c).

En cuanto a la suficiencia patrimonial y solvencia de la sociedad para afrontar los requerimientos propios de la actividad, y, en especial, para asegurar la liquidez que exige la protección de los depositantes, desde la ley bancaria de 1923 se exigió un capital mínimo de entrada, se estableció una proporción entre el capital pagado y la reserva saneados y el total de obligaciones con el público, acompañado de reglas sobre límites a la concentración de créditos y en materia de encaje. Hoy, de acuerdo con criterios internacionales, se exige una relación de solvencia; y de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 795 del 2003, el capital mínimo de constitución debe ser mantenido por las entidades en funcionamiento, con excepción de los establecimientos de crédito.

Un análisis llevado a cabo por la Superintendencia Bancaria en 1998 demuestra que “si bien el sector financiero de los años veinte era pequeño, su nivel de solvencia era superior al actual y el capital era más líquido”²². Esta circunstancia impone una reflexión referente a las características y consecuencias de la reforma de 1990, mediante la cual, en medio de un contexto legal que ni entonces ni ahora ha afrontado con profundidad y coherencia la regulación de los denominados “grupos económicos” y la de la responsabilidad de sus controlantes, la banca que desarrollaba diversas actividades a través de secciones se reestructuró para convertirse en lo que hemos denominado aquí “el conglomerado mediante filiales, que puede considerarse una situación intermedia entre la multibanca y la banca especializada. De esta manera, el grupo financiero puede desarrollar las distintas operaciones pero en entidades jurídicas diferentes”²³. Se abandonó así el sistema previsto en la ley 45 de 1923, mediante el cual, de acuerdo con su exposición de motivos, “La misión reconoce el hecho de que existen diferentes clases de negocios bancarios; pero cree que sería mejor para Colombia tener pocos bancos fuertes, con facultades muy varias, que un gran número de pequeñas instituciones más o menos especializadas. Con tal fin recomienda que los bancos queden autorizados para tener secciones, con el objeto de hacer determinados ramos de negocios, especificados en este artículo”²⁴.

En la exposición de motivos de la ley 45 de 1990, el gobierno destacó entre los objetivos de la reforma las importantes necesidades de financiamiento de la economía, la conveniencia de integrar la actividad de los intermediarios financieros al mercado de capitales y la permisión de nuevas actividades a los bancos; todo ello condujo a un nuevo régimen de inversiones de capital, de tal

²² “La regulación y estructura del sector financiero: análisis comparativo de la década de los 20 frente a la década de los 90”, Superintendencia Bancaria de Colombia, Oficina de Estudios Económicos. En: Revista no. 34, junio de 1998, Superintendencia Bancaria, pág. 25.

²³ Ibidem, pág. 12.

²⁴ Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 14, art. 71.

manera que, según se dijo en dicha exposición, “se opta por un sistema de filiales, bajo el entendido de que éste constituye el mecanismo ideal para aislar a los bancos y en última instancia a sus depositantes, de los mayores riesgos que puede implicar el ejercicio de nuevas actividades financieras. Y se busca aislar a los bancos de las actividades de sus filiales, permitiéndoles al propio tiempo expandir sus actividades a nuevas operaciones, aumentando su rentabilidad y competitividad, pero limitándoles posibles pérdidas”.

Pero hay que advertir que ya en 1985, mediante la ley 117 se había creado el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) con el correspondiente seguro de depósitos; que se había regulado la oficialización de instituciones financieras, figura adicional a la nacionalización surgida de la legislación de emergencia de octubre de 1982; que algunas de las actividades filializadas, como es el caso de la fiducia, eran desarrolladas por los bancos previo cumplimiento de requisitos adicionales de capital; y que en el Código de Comercio de 1970²⁵ ya se había dispuesto que los depósitos bancarios no formaran parte de la masa de la liquidación de un establecimiento bancario. Ante esas circunstancias no resulta tan evidente la correspondencia lógica entre la búsqueda de especialización, la desregulación y la innovación financiera, por una parte, y el nuevo sistema de inversiones de capital, por la otra. Independientemente del examen de las ventajas o desventajas de la especialización derivada de la reforma, lo cierto es que dicha modificación atenuó la responsabilidad del controlante como consecuencia de la inversión indirecta de la sociedad matriz en la anónima filial. Y es menos claro ese aspecto de la reforma si se tiene en cuenta que la crisis financiera de 1982 puso en evidencia conflictos de interés no controlados al interior de los bancos.

El actual esquema de especialización a medias y filialización completa convive con un régimen general en el cual los grupos sólo existen jurídicamente para efectos de un simple registro y de una eventual consolidación contable. Hay sociedades bancarias, y otras sociedades vigiladas o no por el supervisor bancario o por otras superintendencias, que se relacionan entre sí por diversas razones, que en ocasiones actúan de acuerdo con directrices únicas, que tienen directores y accionistas significativos comunes; pero que no son tratadas para efectos de responsabilidad como un solo centro de interés. La dispersión operativa, la asimetría de información entre el grupo y el Estado, así como la fragmentación de la responsabilidad, debilitan la eficacia de la supervisión estatal, sin que se conozca a ciencia cierta por qué la innovación financiera requería de una disminución práctica de la responsabilidad y de la ampliación de un espacio propicio para prácticas anticompetitivas y operaciones que conllevan conflictos de interés, como quiera que las “murallas chinas”, cuando

²⁵ Código de Comercio, art. 1399.

no son de piedra, sino de papel, son puro cuento chino²⁶.

El examen de la composición accionaria de los bancos permite afirmar que la responsabilidad del controlante final está doble y hasta triplemente diluida, en la medida en que los accionistas de las sociedades por acciones bancarias son, a su vez, sociedades, en su inmensa mayoría anónimas, y en las cuales la mayoría de sus accionistas significativos, son, a la vez, sociedades. Esto significa, simple y llanamente, que se controla con todo vigor, y la superintendencia y la comunidad sí pueden tener una identificación clara de quiénes son los controlantes; pero se controla a una enorme distancia desde el punto de vista patrimonial, gracias al que en el derecho societario europeo ha sido denominado el “efecto antejo”, que permite controlar como si se participara directamente, en una proporción no necesariamente mayoritaria y con un riesgo limitado a través de la interposición de sociedades inversionistas entre el núcleo de control y la sociedad controlada²⁷.

La situación descrita, es de común ocurrencia en el mundo entero, es perfectamente legal, y en el anonimato formal derivado de la cadena de accionistas controlados, además de la limitación de responsabilidad indispensable para la gran empresa, se obtiene mayor confidencialidad, necesaria ante la grave amenaza de la extorsión y el secuestro. Las implicaciones de responsabilidad ya descritas ameritan un análisis que no es el objeto de estos comentarios; pero en lo que se refiere a una gestión bancaria confiable, es pertinente expresar aquí el propósito de la Superintendencia consistente en desarrollar, en el marco de sus funciones y en forma armónica y mancomunada con las demás autoridades de control, un sistema de supervisión integral de conglomerados, acorde con los requerimientos internacionales de Basilea y con la reciente disposición del artículo 81 de la ley 795 del 2003, que faculta a la Superintendencia, “con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, -para- establecer en qué casos las entidades

²⁶ “Han ocurrido muchos casos en que dos individuos o dos grupos de individuos han tenido el CONTROL de dos bancos. Tales individuos eran amigos, y cada banco hacía grandes préstamos al individuo del otro banco, asegurados con sus acciones. Cuando uno de los bancos se halló en dificultades y quebró, el otro banco se arruinó también”. Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 16.

²⁷ “Si el señor A tiene el 100 por 100 del capital de la sociedad B que, a su vez, tiene el 51 por 100 de la sociedad C, la cual tiene, a su vez, el 51 por 100 de la sociedad D, ocurrirá que el señor A dominará, a través de B y C, la junta de la sociedad D, incluso si en términos de equito su participación en D es sólo del 26.01 por 100. El no cobrará más que el 26.01 por 100 de los beneficios, estando el resto destinado a los accionistas externos de D y de C; pero nombrará a los administradores de B y C y, por medio suyo, dispondrá de la mayoría de votos de la junta de D.(-)...Controla desde lejos, pero el “efecto antejo” le permite controlar como si lo hiciera de cerca.(-) En este caso, se trata de un control minoritario: El señor A domina la junta aún teniendo, respecto de la misma, un riesgo cuanto menos limitado”, “El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas”, Galgano, Francesco. En: Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 74.

sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión”, función que deberá cumplirse en concordancia con el objetivo legal consistente en “velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial”²⁸.

La conformación societaria descrita pone de relieve la importancia de la diligencia y la lealtad con que los directores y administradores cumplan con sus deberes legales en la gestión de la empresa bancaria, es decir, en la asunción de riesgos en beneficio de los accionistas; pero en desarrollo de una actividad de interés general que implica la generación potencial de costos fiscales. La experiencia colombiana y de muchos otros países da cuenta de la magnitud de dichos costos. Durante la crisis de finales de los años noventa, los Establecimientos de Crédito registraron pérdidas por cerca de \$ 6.6 billones que fueron compensados con capitalizaciones por \$ 8 billones, de los cuales \$ 1.6 billones fueron aportados por los accionistas privados. Aunque una parte importante de estos costos y capitalizaciones se relaciona directamente con la debacle de la banca pública, la asunción estatal y social del riesgo moral implícito en la limitación de la responsabilidad y en la existencia de un seguro de depósitos²⁹, supone un alto grado de confianza por parte de las autoridades y del público en que los bancos son administrados en forma responsable. La ley 45 de 1923 exigió que los directores bancarios fueran accionistas, expresión del propósito de orientar su actuación como la propia de “dueños” interesados en una utilidad, por una parte, y de modo que la responsabilidad exigible fuera la de un buen administrador profesional, que es más amplia que la del accionista que sólo responde por el valor de su aporte³⁰.

²⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art. 235 num. 11 it. h).

²⁹ A mediados de 1985, época de creación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y del seguro de depósitos que éste administra, la prensa nacional publicó un artículo de John Kenneth Galbraith titulado “El salvamento de empresas: un socialismo disfrazado”, en el cual, examinando el caso de la crisis desatada por el Home State Savings Bank en Ohio, y del Old Court Savings and Loan Association en Maryland, señalaba cómo “..., si uno se encuentra en problemas pero es lo suficientemente grande, será rescatado y recapitalizado en una u otra forma por el Gobierno. La acción será defendida como una medida excepcional; no se utilizará la palabra socialismo. Dios nos libre, ya que los defensores del rescate por parte del Gobierno incluirán a algunos de los amigos más conocidos de la libre empresa”; y agregaba que “..., el seguro para los depósitos es uno de los motivos más obvios para la reciente irresponsabilidad de las operaciones bancarias, como sus depositantes se sienten asegurados por la posibilidad de un rescate público, los banqueros han casi seguramente llegado a ser más indiferentes, e inclusive descuidados, sobre las operaciones de préstamos que, por su naturaleza podrían arriesgar la confianza del depositante.” El Tiempo, junio 3 de 1985, pág. 2 D.

³⁰ “Todo director de un establecimiento bancario nacional, con excepción de los del Banco de la República, deberán ser accionistas (sic) de dicho establecimiento y poseer en él, por derecho propio, acciones por el valor requerido de los estatutos...”; “Todo director, una vez nombrado o elegido, prestará juramento, por el cual se obligue, mientras esté en ejercicio de sus funciones, a administrar diligentemente los negocios del establecimiento y a no violar a sabiendas, ni permitir que se violen, ninguna de las

2. Dirección y Administración de los establecimientos bancarios.

De acuerdo con la exposición de motivos de la ley 45 de 1923, *“No debe olvidarse que los bancos son instituciones casi públicas. Si un banco quiebra, los depositantes pierden su dinero y toda la comunidad sufre. Es deber del Gobierno velar porque los bancos estén administrados de manera honorable y eficiente”*, lo cual implica una supervisión administrativa de la forma en que los administradores de una sociedad bancaria cumplen con sus deberes legales de diligencia y lealtad. Tales deberes no siempre coinciden con las exigencias de los accionistas dominantes, bien sean formales, en asamblea o en junta, por ejemplo, o informales y más discretos, situación análoga a la que puede enfrentar el fiduciario, que es otro administrador profesional de un patrimonio ajeno, quien está legalmente obligado, en defensa del patrimonio objeto de su encargo, a protegerlo incluso del mismo constituyente³¹. No es del caso expandirse aquí en los denominadores comunes que existen, desde el punto de vista jurídico, entre el fiduciario y los administradores de las sociedades, como encargados que son ambos de gestiones de confianza; pero sí es útil señalar que en la exposición de motivos de la ley 45 de 1923, se decía que “los bancos son fidecomisarios de los fondos depositados en ellos, y el cumplimiento de tal fideicomiso exige que tales fondos sean invertidos acertada y seguramente”, lo cual implica que sean beneficiarios de su gestión, para continuar con la terminología fiduciaria, no sólo los accionistas, sino en primer lugar los depositantes.

En Colombia no se ha producido la famosa disociación entre propiedad y control que a mediados de los años 30 advirtieron Berle y Means en la gran corporación estadounidense, estructura que contemporáneamente se ha relacionado con las decisiones políticas referentes a la forma de organizar los intermediarios financieros³² y que está sujeta al debate derivado de los recientes escándalos contables y administrativos sintetizados en el caso Enron, los cuales envuelven también a los revisores fiscales y a los calificadores de riesgo. Por esa razón, la administración profesional de una empresa, incluso por parte de aquellos en quienes concurre la calidad de accionistas significativos, exige una consideración equilibrada de diversos intereses en juego, que incluyen, además del interés primordial de los accionistas considerados en su

disposiciones legales a él aplicables. Declarará también que es dueño de buena fé, y por derecho propio de las acciones exigidas por los estatutos, que figuren en su nombre en los libros del establecimiento”. Ley 45 de 1923 arts 91 y 92. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 57.

³¹ Código de Comercio, art. 1234 num. 4.

³² “Strong Managers, Weak Owners. The Political Roots of American Corporate Finance” Roe, J. Mark, Princeton University Press, 1996.

conjunto, los de los empleados, previstos expresamente en la sección 46 de la ley inglesa de compañías de 1980, reformada en 1985 (sección 309), los de los consumidores y los de la ciudadanía en sentido amplio, circunstancia evidente en el caso de los bancos cuando se piensa en la clientela bancaria y en la protección del crédito que compromete la tutela estatal³³.

El diagnóstico para el año 2002 en materia de gobierno corporativo, realizado por la Red Colombia Compite, auspiciada por Confecámaras, el Departamento de Planeación Nacional, el Ministerio de Comercio Exterior y McKinsey & Co., indica que la calificación general para las empresas colombianas fue de 6.45, tomando en cuenta indicadores tales como Juntas Directivas, Derechos de los Accionistas o Socios, Transparencia, Fluidez e Integridad de la Información y Responsabilidad Social de la Empresa. La calificación más baja fue la recibida por las Juntas Directivas, que obtuvieron un puntaje de 3.4 sobre 10, aspecto en el que vale la pena destacar que si bien un porcentaje relativamente importante de las empresas colombianas tienen juntas directivas con funciones concretas, como la formulación de estrategias corporativas para la empresa, el seguimiento de las labores de administración, la toma de decisiones y la dirección de la administración, el desarrollo de estándares éticos, de integridad financiera y auditoría y el llamado auto gobierno son muy deficientes (3.8/10 y 2/10). En el último caso, la evaluación de las juntas y sus miembros por parte de los accionistas o socios se dificulta en la medida en que las Juntas Directivas no radican responsabilidades concretas en cabeza de sus miembros y, por ende, el análisis y evaluación de su desempeño se restringe a su gestión final como cuerpo colegiado. Por otra parte, el estudio realizado el año anterior (2001) por Confecámaras y la Davis Global Advisors, indicó, en cuanto a la independencia de los miembros de las Juntas Directivas, elemento éste que facilita y promueve la inversión extranjera, que en la composición de las mismas es evidente el influjo de los intereses de las sociedades controlantes o pertenecientes a un mismo grupo empresarial.

La supervisión estatal de la gestión de los administradores no puede confundirse con una indebida intromisión en el gobierno de las empresas; pero sí permite exigir que el máximo nivel directivo de los bancos cumpla su función responsablemente; al fin y al cabo, era a los directivos a quienes en la ley bancaria de 1923 se les exigía reunirse en junta por lo menos una vez al mes, sancionando con vacancia su inasistencia por un período mayor de tres meses, y se les ordenaba la designación de un comité de crédito³⁴, orden legal de

³³ “Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima”, Galgano, Francesco. Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 68-73.

³⁴ “Los directores de todo establecimiento bancario tendrán una reunión ordinaria por lo menos una vez al mes. La Junta Directiva designará, mediante una resolución consignada en la actas, uno o más empleados encargados de preparar y someter a cada director en cada reunión ordinaria de la Junta, o a una comisión de ésta de no menos de tres miembros una relación escrita de todas las compras y ventas de seguridades, de

designación que implica, ni más ni menos, que en los directivos se radica la responsabilidad derivada de la elección y vigilancia del comité, con lo cual se busca que tales administradores efectivamente dirijan la actividad de la entidad, sin que esa función se confunda con la administración permanente propia de la gerencia y sin que impida la delegación de funciones y la concurrencia de diversos funcionarios y comités propios de la organización empresarial.

Por tratarse de una actividad de interés público, en la empresa bancaria, y sin que ello implique restricción alguna al lícito ánimo de lucro que las inspira, hay implicaciones específicas que demandan de sus administradores un mayor compromiso con el orden general. Tal es el caso de la prevención y represión del lavado de activos.

El régimen colombiano de prevención de lavado de activos ha desarrollado la mayor parte de las recomendaciones internacionales en esta materia. Tal fue la conclusión del proceso de “Evaluación Mutua” llevado a cabo el año anterior por el Grupo de Acción Financiera de América del Sur -GAFISUD- en el cual se advertía que *“Colombia cuenta con un completo sistema contra el lavado de activos que cumple básicamente con los patrones internacionales, está en fase consolidada y sigue progresando con proyectos para el perfeccionamiento del sistema.”*

Dicho progreso en la prevención y lucha contra el lavado de activos supone que el banquero, como profesional que desarrolla una actividad de interés público, asuma el compromiso de adoptar reglas que le permitan gestionar adecuadamente este riesgo, de forma que la aplicación de las mismas favorezca la lucha eficaz contra el lavado.

A este respecto, la Circular Externa 25 de 2003, mediante la cual hace tres días, y previo examen y discusión de la misma con el sector, se modificó el Capítulo 11, Título I de la Circular Básica Jurídica denominado “Reglas relativas

todos los descuentos, préstamos u otros anticipos, giros en descubierto, créditos flotantes, y prórrogas hechas desde la última reunión ordinaria de la Junta, con expresión de la garantía de tales deudas en la fecha de la reunión en que aquella relación se presente. El empleado o empleados encargados de la relación pueden omitir en ella descuentos, préstamos o anticipos, giros en descubierto, créditos flotantes y prórrogas por menos \$500. Tal relación debe contener también una lista del conjunto de los préstamos, descuentos, anticipos, giros en descubierto y créditos flotantes, de cada individuo, sociedad, compañía colectiva, corporación u otra persona, cuyas obligaciones para con el banco hayan sido aumentadas en \$ 500 o más desde la última reunión ordinaria de la Junta, con una descripción de las seguridades de tales deudas a favor del banco, a la fecha de la reunión en que la relación se presente. Copia de tal relación, junto con la lista de directores presentes en la reunión y autenticada bajo juramento por el oficial u oficiales encargados de preparar y someter aquella relación, será enlegajada en los archivos del establecimiento un día después de la reunión y será prueba de lo contenido en ella”. Ley 45 de 1923 art. 96. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 58.

a la prevención y control del lavado de activos”, contiene cambios en la forma como debe ser entendida y evaluada la responsabilidad de los órganos de administración del sistema financiero colombiano en la gestión de este riesgo y, por ende, en la forma como la Superintendencia Bancaria debe ejercer la supervisión sobre el cumplimiento de las normas que regulan la materia.

El SIPLA, que no es otra cosa que el conjunto de esas reglas internas que debe adoptar cada entidad vigilada para la prevención del lavado en función de su propio perfil de riesgo, contiene las reglas de conducta y procedimientos que deben seguir los administradores en la medición y control del mismo; y los responsables de diseñar un SIPLA y velar porque opere de manera eficiente son las juntas directivas y demás administradores de las entidades vigiladas.

Así, son los administradores quienes, en función del tipo de productos o servicios que ofrece la entidad respectiva, deberán establecer qué tipo de documentación se debe exigir durante el proceso de vinculación de un cliente, considerando para ello aspectos tales como el nivel de exposición del producto o servicio al riesgo de lavado, el nicho de mercado de la entidad o el tipo y características del cliente de que se trate. Ya no será el supervisor quien determine si para todos los casos en que, por ejemplo, se constituya un depósito a término en un establecimiento bancario, debe exigirse o no copia de una declaración de renta, pues es obvio que el administrador social, en su calidad de profesional de la actividad y responsable de la gestión del negocio y sus riesgos, está en mejor posición que el supervisor bancario para tomar una decisión de este tipo y para definir políticas acerca del principio del adecuado conocimiento de sus clientes.

Este régimen de mayor autorregulación viene acompañado de reglas de responsabilidad de los órganos de administración en el adecuado diseño del SIPLA que para ello adopten y, por ende, en su aplicación. Por ello, mediante la misma circular se han efectuado algunos ajustes al régimen de deberes que en materia de prevención del lavado de activos tienen los distintos órganos de administración y sobre los cuales la Superintendencia Bancaria evaluará su gestión. En efecto, la norma incluye una más expresa y ordenada enumeración de los deberes mínimos que tienen las juntas directivas en cuanto al diseño, aplicación y control del funcionamiento del SIPLA así como reglas de responsabilidad tales como la obligación de designar expresamente a los funcionarios que dentro de la estructura interna de la entidad están facultados para eximir clientes del diligenciamiento de formatos sobre transacciones en efectivo.

Otro aspecto de la actividad bancaria que supone la eficacia del gobierno corporativo, es el Sistema de Administración del Riesgo Crediticio –SARC-, pues ha de conducir a que sean las entidades financieras las que desarrollen

los mecanismos adecuados para medir y administrar los riesgos propios del otorgamiento y seguimiento del crédito. Las exigencias específicas en torno al planteamiento y aplicación de políticas crediticias estructuradas, así como al diseño de una organización administrativa que refleje una adecuada distribución de funciones y la atención al control de potenciales conflictos de interés, son esenciales a un buen gobierno corporativo.

B. Fidedignidad de la información.

Si la confianza es la clave, una de las claves de la confianza es la fidedignidad de la información, no sólo de la proveniente de los deudores, sino de la que suministran los bancos a la clientela y a las autoridades. Una de las primeras circulares expedidas por la Superintendencia Bancaria, en 1924, se refería a temas contables, como quiera que la ley bancaria de 1923 requería cinco informes anuales correspondientes a fechas no conocidas de antemano por los bancos³⁵; y el rigor legal en la materia se pone en evidencia en su Artículo 48, modificado por el Decreto 354 de 1941, de acuerdo con el cual, *“Todo director, gerente o empleado de cualquier establecimiento bancario que hubiere presentado a sabiendas un balance falso o disimulado con documentos o comprobantes fraudulentos sobre la verdadera situación de la empresa, será castigado con una multa de mil (\$ 1000) pesos que impondrá el Superintendente Bancario sin perjuicio de otras sanciones penales a que haya lugar”*.

Pues bien, un indicio de los problemas de fidedignidad y eficiencia de la información transmitida a esta Superintendencia se puede encontrar en la magnitud de la retransmisión de informes de obligatorio reporte, excluyendo naturalmente aquellas originadas en decisiones unilaterales del supervisor. En 2002, las transmisiones del informe en moneda legal sobre estados financieros (informe 0, PUC, moneda 1) del conjunto de establecimientos de crédito, considerando el corte a diciembre fue de 62; de éstos se hicieron 37

³⁵“Este artículo [el 41] establece que el Superintendente deberá exigir a todo establecimiento bancario que le presente por lo menos cinco informes al año, referentes a fechas anteriores, no conocidas por el banco antes que el Superintendente pida el informe. Esta disposición tiene por objeto que los bancos no sepan cuando deben exigirse tales informes. Sus libros estarán ya cerrados, y les será imposible preparar cifras engañosas sin incurrir en un falso testimonio o sin alterar tales libros. El Inspector verificará estos informes sobre los libros del banco en su próxima visita. Tales informes deberán ser presentados en esqueletos prescritos por el Superintendente a fin de que haya uniformidad en ellos y puedan ser comparados fácilmente. Los bancos, además, están obligados a publicar prontamente en un periódico que se edite en el lugar donde se hagan sus negocios las cifras contenidas en los informes que rindan al Superintendente. Este artículo establece multas por las demoras en presentar los informes y por las omisiones en que se incurra al rendirlos”. Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 13.

retransmisiones, lo cual quiere decir que el porcentaje de retransmisiones alcanzó el 60%. El mismo cálculo realizado para el período comprendido entre 1997 y 2002 asciende al 70%. Para tener un orden de magnitudes en relación con el impacto en valor de las retransmisiones de estados financieros baste decir que, para el caso de los establecimientos de crédito, las utilidades reportadas en diciembre de 2001 pasaron de un valor inicial de \$363 mil millones a \$ 164 mil millones, es decir, un 55% menos. En diciembre de 2002 dicho valor se redujo de \$670 mil millones a \$512 mil millones, es decir, una reducción del 23%.

Esta es una situación preocupante. Si en gracia de discusión las retransmisiones fueran impuestas todas a última hora por la Superintendencia y fueran improcedentes en la mitad de su cuantía; y si además los Bancos no las hubieran controvertido, bien porque, como se dice coloquialmente, prefieren “no pelear” con la Superintendencia, o porque tienen en cuenta que en el año 2002 y en lo que va de este año, el porcentaje de sentencias favorables respecto de actos de la entidad demandados ante la jurisdicción contenciosa es del 85%, de todas formas se tendría una disminución promedio de casi el 20% de las utilidades inicialmente planteadas.

La pregunta por dicha fidedignidad tiene pocos destinatarios, todos ellos, en el ámbito de sus respectivas funciones, responsables del cumplimiento de la obligación legal consistente en llevar adecuadamente la contabilidad y en remitirla con exactitud. Se trata de los administradores y contadores que firman los balances, estos últimos como depositarios de la fe pública, y de la revisoría fiscal, que en los bancos colombianos ha sido encomendada por los accionistas a cinco sociedades, las cuales, a su vez, designan personas naturales que son contadores y de los cuales un poco más de diez cumplen ese papel más de una vez, bien sea como principales o suplentes.

C. El respeto al consumidor bancario y la buena fe en la contratación.

La estandarización de las relaciones económicas y jurídicas, fruto del desarrollo de los procesos de producción, comercialización y consumo planificados y sistematizados, se manifiesta a diario en la actividad de intermediación financiera, entre otros elementos, mediante la utilización de instrumentos jurídicos tales como formularios o contratos tipo, diseñados con el propósito de obtener la adhesión de contratantes potenciales indeterminados.

Frente al fenómeno de la contratación masiva es necesario proteger adecuadamente la libertad contractual de quien se adhiere al contrato. Esto quiere decir que al identificar y sopesar los valores e intereses en juego, la

libertad de dicho adherente, entendida como la posibilidad o el derecho de discusión con el predisponente de todos los ángulos del contrato en un plano de igualdad, no sólo formal, sino también económica, no sólo no se presenta de hecho, sino que puede ser restringida para asegurar los intereses generales involucrados en el desarrollo de la actividad empresarial. En consecuencia, las exigencias de racionalización y previsión de planificación de la actividad económica organizada pueden limitar en forma lícita la posibilidad de discusión y determinación del contenido de un contrato, incluso en casos en los cuales su objeto consiste en obligaciones que satisfacen necesidades básicas de los adherentes, como ocurre en los servicios públicos domiciliarios, y como también sucede en la actividad de intermediación financiera.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien es legítimo establecer restricciones o límites a la autonomía negocial de los adherentes en el ejercicio de la actividad financiera, la asimetría o desigualdad que caracteriza las relaciones entre los bancos y sus clientes no puede ser fuente de abuso de la posición de predominio de éstos.

Si se busca crear clientela, esto es establecer una relación duradera, se requiere la confianza del usuario, fruto de la información que el banco dispense a sus clientes y del reconocimiento que haga de ellos como interlocutores válidos³⁶. La información suministrada a los consumidores, en la medida en que sea adecuada, veraz, clara, oportuna y comprensible aumenta su poder negociador y garantiza un contrapeso adecuado a la asimetría o desigualdad connatural a las relaciones banca – cliente.

Dichos deberes de información y, en general, la lealtad y la corrección contractual, forman parte de la buena fe que es propia de la negociación, celebración y ejecución de los contratos comerciales, como lo son los bancarios³⁷. Su incumplimiento, 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, comportamiento abusivo en *“el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales,*

³⁶ “La ética del diálogo o comunicativa defiende que todos los hombres son interlocutores válidos. Aun cuando sigue la tradición kantiana, descubre que la razón humana es dialógica, y que, por tanto, no se puede decidir que normas son morales si no es a través de un diálogo que se celebre entre todos los afectados por ellas y que llegue a la convicción por parte de todos de que las normas son correctas”. “Las relaciones banca - cliente”, Conill Sancho, Jesús. En: La dimensión ética de las Instituciones y mercados financieros, Bilbao, Fundación BBV, 1995, pág. 75.

³⁷ Artículo 1603 del C.C. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”; en el artículo 871 del Código de Comercio, dicho contenido obligatorio de la buena fe se amplía a la etapa de celebración del contrato, en forma acorde con el deber de actuar de buena fe en la etapa contractual previsto en su artículo 863.

bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último, le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico del contrato”³⁸.

Tales situaciones además de sus implicaciones civiles, tienen connotaciones administrativas frente al supervisor bancario, y de ahí la previsión del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero acerca del deber legal de abstención “de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”; 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 el fallo ya citado de la Corte Suprema de Justicia, del cual fue ponente uno de los más respetables y reconocidos juristas del país, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, quien fuera superintendente bancario delegado, 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.** Su función no se puede reducir, entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias es equiparable el ilícito abusivo(...). La moral social predominante en una comunidad, reconoce en la solidaridad de las personas una de las directrices medulares de su organización política (Art. 1º 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”.

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

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. Magistrado Ponente: dr. Carlos Esteban Jaramillo. Exp. 3972.

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, co-director del Banco de la República, en su reciente estudio sobre las instituciones colombianas en el siglo XX³⁹. Pues bien, la reivindicación de su importante papel en la vida económica le corresponde en primera instancia a los propios banqueros, y para ello el comportamiento respetuoso con el cliente es esencial. Una oportunidad de importancia práctica que se presta para ganar y mantener esa confianza, que forma parte del respeto al cliente, está dada en el cumplimiento del deber de corregir y actualizar oportunamente los informes que se reportan a las centrales de riesgo, como quiera que parte del rechazo que existe en el país hacia las mismas, y que lleva a perder de vista los beneficios colectivos que dicha información reporta para el adecuado análisis del riesgo crediticio, así como para el acceso y el costo del crédito, obedece a las demoras y errores injustificados que abundan en la materia.

La atención oportuna y razonable de las quejas que presenta la clientela también contribuye a generar confianza en el sector. Por supuesto que en esta materia el cliente no siempre tiene la razón, y es inevitable que en las numerosas transacciones bancarias que tienen lugar diariamente se presenten problemas. Pero independientemente del número de ellas que den lugar a reclamos fundados⁴⁰, la claridad en cuanto al alcance de los servicios no sólo contribuye a prevenir este tipo de problemas, sino que es una obligación legal que debe cumplirse frente a cada cliente, pues todos ellos tienen el derecho

³⁹ “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, pág. 28.

⁴⁰ La Asociación Bancaria recientemente expresó cómo las quejas ascienden al 0.05% del total de transacciones, incluyendo las interbancarias, y que el 60% de ellas se resuelven favorablemente a los bancos. De la evolución de las quejas presentadas ante la Superintendencia Bancaria en los últimos 6 años se observan a partir del año 1997 incrementos anuales de 70%, alcanzando un crecimiento del 96% del año 1999 a 2000, para un total de 58.296 quejas recibidas en este último año, como consecuencia de las reclamaciones referentes a créditos de vivienda. A partir del año 2001 el total de quejas presentadas decrece en un 30% anual y para el año 2002 se presenta un total de 26.260 anules, cifra menor que las recibidas en el año 1999 de 30.966 quejas.

De las 26.260 reportadas en 2002, el 74% corresponde a quejas contra bancos comerciales (42% contra bancos comerciales especializados en créditos hipotecarios y 32% contra bancos comerciales no especializados en créditos hipotecarios). Del total de quejas presentadas contra bancos comerciales especializados en créditos hipotecarios, el 70% están relacionadas con créditos de vivienda, reliquidaciones, cajero automático y atención al cliente; mientras que el 30% de las quejas contra bancos comerciales no especializados en créditos hipotecarios, son sobre crédito de consumo, reportes a las centrales de riesgo, tarjeta de crédito, atención al cliente y cajero automático.

legal de recibir “la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales y, en general, en el desenvolvimiento normal de las operaciones”⁴¹. La figura del Defensor del Cliente recientemente introducida por la ley 795 de 2003, y ya demandada por inconstitucional ante la Corte Constitucional, pretende ofrecer un medio útil y expedito para la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios, que puede convertirse en un factor diferenciador desde el punto de vista de la competencia y que debe servir a la respectiva entidad para conocer las insatisfacciones de la clientela y controlar la calidad del servicio.

Sin embargo, es importante subrayar que el Defensor del Cliente no debe convertirse en el único canal de comunicación entre el banco y sus usuarios, por cuanto no es ésta la finalidad de la institución: 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 etéreas⁴², 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 automáticos⁴³.

La protección de la libertad del consumidor de los servicios financieros incluye la posibilidad efectiva de elegir el mejor servicio entre los competidores bancarios. Ese es el sentido del deber de divulgación que en materia de tasas

⁴¹ Ley 795 de 2003, Art. 24.

⁴² “Los banqueros se entienden entre sí hablando una jerga particular, como los químicos; y el profano no iniciado en esos misterios, suele ser su víctima” Voltaire, Diccionario Filosófico, palabra “Banco”, trad. A. Valiente, Daimon, Madrid, 1976, Tomo I, pág. 238.

⁴³ 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, efectuada mediante más de 30 retiros efectuados en un poco más de dos semanas, que finalmente dio lugar, a título de “deferencia comercial”, y luego 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 dió 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, pág. 20 Correo.

de interés, en términos efectivos, ha sido impuesto mediante el Art. 25 de la ley 795 de este año⁴⁴.

D. La función social y económica del crédito

Un último aspecto relacionado con la actividad bancaria y su impacto en la confianza en los banqueros por parte de la comunidad, tiene que ver con las expectativas de la sociedad en relación con la función social del sistema financiero. La democratización del crédito es un asunto cuya importancia social se advierte al reparar que en el ordenamiento jurídico vigente se prevé la posibilidad de intervención gubernamental para promoverla⁴⁵; dicha democratización no se reduce al objetivo técnico de dispersión de riesgos, ni a la observancia de las normas legales sobre cupos individuales, y tampoco puede confundirse con el préstamo a pérdida en nombre de un supuesto beneficio social.

Aunque hoy sobreviven inversiones forzosas como los TDAs, y se han impuesto nuevas cargas parafiscales, como el impuesto del tres por mil, y otras relacionadas con la asunción de los costos de la crisis sectorial de finales de los años noventa –Títulos de Reducción de Deuda-, es innegable que la intervención directa en el balance de los bancos se ha reducido enormemente en relación con la magnitud del negocio y en comparación con la historia reciente. No es necesario sustentar aquí con cifras la importante disminución en este tipo de inversiones forzosas, ni la reducción en el nivel de los encajes, ni el menor activismo estatal en términos de la fijación de topes, diferentes a los propios de la usura, sobre los precios del sector o sobre el crecimiento de sus activos crediticios. Tampoco se puede negar el apoyo institucional y económico prestado por el gobierno colombiano a la recuperación de la viabilidad sectorial.

Todo ello tiene una relación directa con la protección de los ahorradores y de la confianza en el crédito; pero sin duda también tiene que ver con el papel del sistema financiero en relación con el desarrollo económico, con el acceso al crédito como elemento básico para la prosperidad económica de la población. En este sentido, es importante resaltar actuaciones del sector relacionadas con el crecimiento de la cartera de microcrédito. En abril de 2003, ésta ascendió a cerca de \$ 400 mil millones de pesos y desde mayo de 2002 el valor promedio

⁴⁴ “Con el propósito de garantizar el derecho de los consumidores, las instituciones financieras deberán proporcionar la información suficiente y oportuna a todos los usuarios de sus servicios, permitiendo la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado. En todo caso, la información financiera que se presente al público deberá hacerse en tasas efectivas”.

⁴⁵ Constitución Política de Colombia, art. 335, y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art. 49.

mensual de los desembolsos supera los \$12 mil millones. Sin embargo, esta cifra es aún muy discreta en relación con el volumen de desembolsos de los demás tipos de cartera, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo con cifras del BID⁴⁶ este sector generó en 1998 cerca de 7 millones de empleos. Entre mayo de 2002 y abril de 2003, la participación promedio de los desembolsos de la cartera de tarjeta de crédito fue de cerca del 10% del valor total de los desembolsos, mientras que la de la cartera de microcrédito fue del 0.23% .

En lo que se refiere a la concentración del crédito, de acuerdo con los datos de la Central de Información de la Superintendencia, en septiembre de 2002 el 17% de la cartera de créditos comercial estaba colocada en 50 deudores, esto es, más de \$ 5 billones de pesos. En la misma fecha, poco más del 50% de la cartera comercial, esto es, cerca de \$ 16 billones, estaba colocada en un total de 700 deudores. Y este porcentaje no es una excepción del momento: en promedio, entre septiembre de 1998 y septiembre de 2002 tal porcentaje es cercano al 51%.

Las expectativas en relación con una mayor cobertura de los servicios crediticios del sistema financiero no tienen por qué reñir con la prudencia bancaria, ni presionan por una inobservancia de los necesarios parámetros prudenciales en los procesos de análisis y otorgamiento de créditos. Si bien es cierto que las tasas de desempleo no respaldan la ampliación de la masa de sujetos de crédito, también lo es que los niveles de concentración no tienen simetría alguna con la calidad promedio del universo de deudores que hay en el sistema. Por ejemplo, el nivel ya indicado de concentración del 50% del valor del crédito comercial en tan sólo 700 deudores, contrasta abiertamente con la calidad de este tipo de crédito. En promedio entre 1999 y lo corrido de 2003, cerca del 73% del valor de esta cartera se calificó en A y aproximadamente el 87% en las categorías A y B.

III. EXPECTATIVAS Y EXIGENCIAS DE CONFIANZA POR PARTE DEL BANQUERO.

La confianza institucional es un asunto de doble vía: exige reciprocidad. La distinción entre regulación y supervisión, en el caso de la vigilancia y control de la actividad bancaria, no borra la posibilidad de que el supervisor expida actos administrativos de carácter general vinculantes para los vigilados, facultad propia de una autoridad de policía económica que ha sido reiteradamente

⁴⁶ “Principios y prácticas para la regulación y supervisión de las microfinanzas”, Jansson T., Rosales R., Westley G.. Banco Interamericano de Desarrollo – BID, tabla 1.1., pág. 14.

respaldada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que se distingue de los decretos de intervención y reglamentarios que son del resorte del Gobierno. En consecuencia, las legítimas expectativas y exigencias de confianza por parte del banquero en materia regulatoria, también deben ser tenidas en cuenta por el supervisor dentro del ámbito de su competencia.

A. Regulación consistente:

1. Carácter especial de la regulación.

La Ley 45 de 1923, que es anterior a la Ley 58 de 1931 sobre sociedades anónimas en general, formó parte de las reformas que, junto con la ley del Banco de la República, la de la Contraloría General de la República y la de Instrumentos Negociables, entre otras, fueron propuestas al Gobierno por la misión de expertos contratada por éste con base en la Ley 60 de 1922. Dicha ley fue expedida en medio de la recesión y de la crisis fiscal debida al descenso de los precios del café, con el objeto de establecer una organización financiera adecuada para la inversión y el crédito extranjero, para la colocación de valores en el exterior, así como para preparar institucionalmente la recepción de la indemnización estadounidense por la pérdida de Panamá; y se ha anotado también que ante ciertos sectores privados, en particular los agricultores, se buscaba disipar la preocupación por la utilización especulativa de la banca⁴⁷. En ese contexto, en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1923 se destacó la necesidad de establecer un régimen jurídico propicio para la solidez y organización del sistema bancario, que corrigiera los que se consideraban sus seis defectos más protuberantes: la excesiva amplitud de la actividad bancaria; la deficiente supervisión estatal; la insuficiencia de la información sectorial; las condiciones de difícil realización de sus activos; las trabas para los negocios bancarios; y las disposiciones inadecuadas respecto al capital que deben tener las casas bancarias⁴⁸.

Además de sentar las bases legales de una supervisión bancaria integral, esto es, tanto sobre los sujetos vigilados como sobre su actividad, en la Ley 45 de 1923 se estableció un régimen especial para las sociedades por acciones a través de las cuales se desarrolla la actividad bancaria. Tal especificidad se mantiene en la actualidad y obedece a tres causas principales: a las

⁴⁷ “La Economía Política de la Reforma Financiera”, Avella Gómez, Mauricio y Caballero Argáez, Carlos. En: Evolución, Crisis y Reforma del Sistema Financiero Colombiano, Avella, M., compilador. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1987, pág. 222.

⁴⁸ Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, págs. 7-9.

limitaciones temáticas que nuestro Código de Comercio Terrestre de 1887 heredó del Código de Comercio español de 1829; a las características económicas y técnicas de dicha actividad, las cuales requieren un régimen especial de regulación e intervención estatal; y, por último, a las implicaciones políticas de la regulación de la banca, cuyos propietarios y administradores constituyen uno de los factores reales de poder más significativos en cualquier sociedad.

2. Carácter reactivo y procíclico de la regulación

Aunque importantes criterios introducidos mediante la Ley 45 de 1923 permanecen como elementos constitutivos del sistema financiero colombiano⁴⁹, desde entonces las frecuentes modificaciones normativas de diferente naturaleza y jerarquía han estado natural y estrechamente vinculadas con la política económica. Al esquema actual se llega a través de una larga serie de medidas, no siempre consistentes, que incluyen la intervención directa en el balance de las entidades financieras y en la dirección del crédito para favorecer sectores específicos de la producción considerados prioritarios, o para atenuar los efectos inflacionarios de repetidos ciclos económicos frecuentemente vinculados con la actividad exportadora. Tales medidas pasan por la asunción, por parte del Estado, de deuda externa sectorial, por el otorgamiento de avales estatales a entidades financieras privadas y por la inversión de recursos fiscales dirigidos a detener o amortiguar los impactos de las crisis financieras en los años treinta, ochenta y noventa. Sin duda, parte importante de estas normas son “reactivas” y, con frecuencia, resultan “procíclicas”.

Si bien es cierto que durante la mayor parte del siglo XX la operación del sistema financiero fue objeto del dirigismo estatal y, en este sentido, el desenvolvimiento del sector fue parcialmente inducido por las políticas gubernamentales, también lo es que, como sucede con todas las actividades humanas, su evolución probable presenta un restringido margen de previsibilidad. Mediante las leyes 45 de 1990 y 35 de 1993 culminó la reforma provocada por la crisis financiera de la década de los 80; las leyes 510 y 546 de 1999 y la reciente ley 795 de 2003, son a su vez respuestas legislativas a la crisis sistémica, no sólo financiera, de 1998 y 1999, la cual afectó principalmente a las antiguas corporaciones de ahorro y vivienda, al sector cooperativo y a la banca pública, con el agravante de su dramático impacto directo sobre los deudores del sistema. En este contexto, el carácter reactivo

⁴⁹ Nos referimos al establecimiento de requisitos específicos en materia de idoneidad de los administradores, demandas de capital mínimo, forma societaria predeterminada, etc., por oposición a un esquema de banca libre.

de la regulación bancaria es hasta cierto punto inevitable, como quiera que la estabilidad y solidez de las instituciones financieras consideradas en su conjunto están permanentemente expuestas a las imperfecciones de los mercados, a los efectos de los ciclos económicos y a las actuaciones especulativas, y de ahí que esos traumáticos sucesos se repitan, con importantes similitudes, una y otra vez a lo ancho del mundo⁵⁰, y cada vez con una mayor exposición al contagio transnacional.

En cuanto al carácter procíclico de la regulación bancaria, un esquema de provisiones anticíclicas, en el marco del Sistema Integral para la Administración del Riesgo Crediticio –SARC–, es expresión, precisamente, de la conciencia acerca de ese difícil problema por parte de la Superintendencia Bancaria. La regulación, en especial la de tipo contable, y el propio comportamiento de las entidades crediticias, tienden a ser procíclicas, en la medida en que las provisiones suelen reducirse en relación inversa con el dinamismo de la economía que, a su vez, inducen a las entidades a subestimar los riesgos de crédito, como lo confirman en el caso colombiano los análisis de la regulación bancaria expedida en la década de los 90⁵¹.

La conciencia de dicho problema implica el deber de revisar dicha regulación. En este sentido, y si bien en la actualidad las entidades vigiladas no están obligadas a constituir nuevas provisiones por coeficiente de riesgo, y pueden haber asignado tales rubros para cubrir los faltantes de provisión general obligatoria, en los próximos días la Superintendencia Bancaria expedirá una circular en la que se aclarará el tratamiento contable que debe dársele a los saldos que aún permanecen en tales cuentas. Mediante la norma que se ha preparado, se indicará que tales montos deben trasladarse de manera paulatina a la cuenta “Provisión general” (PUC 1498) en la misma cuantía en que se vayan presentando nuevos requerimientos de tal provisión, y una vez se agoten los saldos, las entidades podrán proceder a cancelar los códigos PUC reservados para provisiones por coeficiente de riesgo.

3. Características y límites de la regulación:

Con todo, en lo que depende de los reguladores financieros, la regulación debe ser clara, estable en lo posible, predecible y discutible en cuanto a sus modificaciones, equilibrada y evaluada en forma previa en lo que se refiere al

⁵⁰ Los especialistas citan, entre otros, los modelos de Minsky y Kindleberger, véase “La Crisis del Sistema Financiero Colombiano”. Montenegro, Armando. En: Evolución, Crisis y Reforma del Sistema Financiero Colombiano, Avella, M., compilador. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1987, págs. 141 y ss.

⁵¹ “Regulación bancaria y tensión financiera: 1998-2001”, Carrasquilla, A. y Zárate, J.P. En: El Sector Financiero de cara al Siglo XXI, Anif, Bogotá, 2002, Tomo I, págs. 215 y ss.

eventual impacto económico de su modificación, características de las así llamadas reglas de juego que son determinantes a la hora de definir la exposición de una entidad frente a los diversos riesgos inherentes al negocio bancario, máxime en la medida en que la supervisión prudencial actual implica menores niveles de regulación, por lo cual los banqueros, al definir las políticas, procesos y controles de riesgo, deben contar con la posibilidad de predecir en forma razonable la conducta del supervisor.

Hay que insistir en que la regulación, no obstante su especialidad, no es autosuficiente, de manera que en el negocio bancario influyen otras regulaciones, como le ocurre a cualquier empresa. Además el negocio bancario ha estado directamente expuesto a las modificaciones que en la práctica han implicado para su actividad contractual las intervenciones judiciales, de tutela y de exequibilidad, en buena parte relacionadas con la reciente crisis de la financiación de la vivienda, y que generaron una serie de importantes cambios legislativos.

Así las cosas, en la actividad bancaria influyen normas legales e instituciones distintas de las específicamente financieras. Tal es el caso de las disposiciones sobre insolvencia, las cuales no sirven para subsanar los errores cometidos en el estudio, otorgamiento y seguimiento de los préstamos; pero en las cuales la banca debe recibir trato equilibrado, acorde con la prelación de créditos legalmente establecida, que reconozca la importancia del crédito, reclamamos éstos oportunos en el momento en que se evalúe el régimen que deba suceder en esa materia a la ley 550 de 1999.

4. Certeza y cambios normativos:

Los destinatarios de la regulación y control bancario tienen derecho a una regulación consistente lo cual no significa que la misma sea inmutable, menos en la medida en que en las materias en las cuales se prevé expresamente la intervención estatal, desde 1945 se interviene por “mandato” de la ley, y no por medio de ésta, como se decía en la Reforma Constitucional de 1936, lo cual implica que los decretos y actos administrativos son los instrumentos normativos de realización de dicha intervención. La reciente discusión acerca del alcance de una regla contable expedida por esta Superintendencia, referente a las provisiones correspondientes a los bienes recibidos en pago, por una parte, y la controversia sobre la deducibilidad tributaria de provisiones distintas de las correspondientes a la cartera calificada en “D”, por la otra, son dos buenos ejemplos que vienen al canto para precisar los términos de la criticable incertidumbre normativa, cuyos costos sobre las transacciones son evidentes, y que se distingue de la inevitable adecuación de las normas a los sucesos cambiantes de la vida económica, así como de rectificaciones adecuadas y acordes con el sentido general de la regulación.

En el primer caso, la discusión entre la Superintendencia y sus vigilados se centró en la forma de considerar el menor valor en el cálculo de la provisión, teniendo en cuenta que en la circular pertinente la propia Superintendencia incluyó un ejemplo que podía ser leído de forma contraria a la regla que se pretendía ilustrar, y que, en oposición a lo previsto en dicha regla, permitiría afectar la provisión con las desvalorizaciones. Pues bien, para quienes le habían dado esa lectura a la norma con la aquiescencia pasada de la Superintendencia, una rectificación de la interpretación equivale a un repentino e inaceptable cambio de norma; reclamo que es válido por regla general, sólo que no es aplicable al caso, en la medida en que la rectificación planteada por el supervisor ponía de relieve un criterio de interpretación normativo sólido y razonable, de acuerdo con el cual no resulta aceptable hacer prevalecer el ejemplo sobre lo ejemplificado.

En el segundo caso, la discusión ya superada acerca de la deducibilidad tributaria de las provisiones correspondientes a créditos distintos de los calificados como de difícil recaudo, además de reivindicar la importancia de los criterios previstos en la regulación y supervisión bancaria, en lo que es de su competencia, frente a los de la autoridad tributaria, puso de relieve otro criterio de interpretación normativo, también sólido y razonable, consistente en aplicar la misma razón donde se encuentra la misma disposición, sin distinguir donde no distingue la norma pertinente.

No es posible oponerse a la inevitable necesidad de modificar las normas, sólo que dicha modificación exige consistencia y la posibilidad por parte del supervisado de presentar sus argumentos ante el supervisor, para que éste los tenga en cuenta en forma previa, de manera que la regulación sea lo más acertada posible. Este espacio de discusión debe ser asegurado por la Superintendencia, y coadyuva la razonabilidad, equilibrio y adecuada motivación de los cambios regulatorios.

Otro elemento que se requiere en la regulación desde el punto de vista del supervisado es la mayor concisión y parquedad posible en materia normativa, por lo cual la Superintendencia continuará el trabajo anunciado en la pasada administración con el objeto de simplificar la regulación jurídica y contable a través de una circular única.

B. Supervisión imparcial y motivada.

La agilidad que ofrece el acto administrativo para adecuarse a los cambios de la vida económica implica un inevitable y deseable margen de discrecionalidad. La exigente responsabilidad correspondiente a dicha competencia impone el

deber de motivación adecuada y de unidad de criterio, como quiera que desde el artículo 75 de la ley 45 de 1923, “es bien entendido que el Superintendente y sus Delegados quedan sometidos al derecho común por cualquier abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones o de denegación de justicia en las mismas”.

La arbitrariedad se da tanto por falta de motivación como por el trato desigual cuando concurren las mismas circunstancias; y es un compromiso de la Superintendencia llevar a cabo un proceso de unificación de los criterios de supervisión en el ejercicio de las funciones propias de ella por parte de las diversas delegaturas, que asegure coherencia, sin perjuicio de las diferencias que imponen las particularidades propias de cada supuesto de hecho. Así por ejemplo, la previsión del artículo 75 de la ley 795 del 2003 de un comité encargado de tramitar las posesiones y revocatorias de posesión de directores, administradores, revisores fiscales y representantes legales ha dado lugar a un proceso interno actualmente en curso que, además de revisar los tiempos con el propósito de agilizarlas, incluye la identificación y el estudio de los antecedentes que suscitan diversos puntos de vista, y que concluirá con la expedición del reglamento que incluya la identificación de criterios adecuados para cumplir con un delicado deber preventivo que implica un juicio de valor motivado, como tal inevitablemente subjetivo, respecto del carácter, responsabilidad e idoneidad de una persona, en atención a la responsabilidad consistente en mantener la confianza en el sector financiero, juicio éste que involucra el ejercicio de una facultad discrecional, tal y como lo ha reiterado el Consejo de Estado⁵².

C. Aplicación ponderada del régimen sancionatorio

La liberalización de la actividad financiera reconoce la importancia de la iniciativa privada para el desarrollo económico, e implica la redefinición del

⁵² “Ahora bien, la facultad del Superintendente Bancario para decidir acerca de la posesión de un director de una institución financiera tiene a su vez dos aspectos: uno objetivo cuya competencia es reglada, y es el relacionado con la verificación y evaluación de documentos precisados en las normas jurídicas, al igual que en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades claramente detallado también en las normas legales, y otro, subjetivo, derivado de su facultad discrecional, relativo a la potestad de calificar las condiciones personales de los designados, tales como su carácter, responsabilidad e idoneidad para dirigir las entidades vigiladas. Ello implica atribuciones para evaluar y calificar subjetivamente la conducta de los directores, su trayectoria profesional, seriedad, moralidad y, en cada caso, el juicio de valor le compete solamente al Superintendente Bancario como responsable de mantener la confianza en el sector financiero, tal y como lo había precisado la Sala, entre otras, en su providencia del 16 de febrero de 1990, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate, actor Juan Agustín Carrizosa Tovar”. Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección 4°. Consejero Ponente: dr. Delio Gómez Leiva, Sentencia del 21 de agosto de 1998, Exp 8703.

esquema de regulación y la reorientación de la supervisión. Así, hoy en día la Superintendencia Bancaria trabaja en la implementación de mecanismos, acordes con las tendencias internacionales, que exigen una mayor responsabilidad por parte de los vigilados en cuanto a sus sistemas internos de control y la adecuada revelación de información.

1. Mayor libertad, mayor responsabilidad interna

La desregulación implica, correlativamente, una mayor responsabilidad no sólo de las personas jurídicas como tales, sino de quienes las dirigen y administran. En este orden de ideas, la normatividad actual exige que el actuar de los administradores se rija por preceptos generales como la buena fé, la lealtad y la diligencia⁵³, y prevé reglas de conducta y obligaciones legales enmarcadas dentro de las políticas generales del “Gobierno Corporativo”⁵⁴. La Ley 795 de 2003 establece deberes y obligaciones de abstención que implican que en los bancos existan adecuados mecanismos de asignación de responsabilidades y de medición y control de riesgos, entre otros, de tal manera que la liberalización se acompañe con el autocontrol a través del cual se promuevan hábitos de comportamiento “virtuosos”, es decir, acordes con la ley y con las exigencias cívicas de cuya satisfacción se deriva la legitimidad de la actividad y la confianza de la sociedad.

2. El régimen sancionatorio

El ordenamiento prevé dos tipos de sanciones, esto es, las personales y las institucionales; y en la medida en que tras el actuar imputado a una persona jurídica siempre está la decisión y la actuación individualizable de seres humanos concretos, el énfasis en materia sancionatoria debe hacerse en la responsabilidad personal, la cual concurre con la institucional.

La reciente reforma financiera consagra principios, criterios y procedimientos a los cuales debe sujetarse el supervisor para ejercer la facultad sancionatoria. Además de prever que la Superintendencia Bancaria deberá aplicar los contemplados en el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones administrativas⁵⁵, se establecieron otros principios como el de la contradicción y la proporcionalidad de la sanción, el de imposición de sanciones ejemplarizantes y el de la revelación dirigida⁵⁶.

⁵³ Ley 222 de 1995, art. 23.

⁵⁴ Ley 795 de 2003, art. 12.

⁵⁵ Código Contencioso Administrativo, art. 3.

⁵⁶ Ley 795 de 2003, art.45.

Los principios antes enunciados exigen del supervisor organización y consistencia, de tal manera que se garantice tanto a las instituciones objeto de vigilancia como a las personas que las dirigen y administran, que sus casos sean tratados con objetividad y bajo unos lineamientos claros aplicables a todos.

En cuanto a las nuevas sanciones incluidas a partir de la última reforma debe señalarse que la amonestación o llamado de atención, la suspensión o inhabilitación por cinco años y la clausura o cierre de oficinas de representación del exterior, resultan acordes con los principios descritos y exigen ponderación en los criterios previstos para la graduación de las sanciones. Hoy en día el supervisor cuenta con una amplia gama de posibilidades para imponer sanciones, mientras que anteriormente ésta se restringía a las multas pecuniarias y la remoción del cargo.

La función sancionatoria implica una enorme responsabilidad la cual será ejercida con todo rigor, garantizando el debido proceso y el respeto por la dignidad personal, con el propósito de no equivocarse, lo cual implica aceptar las reposiciones y apelaciones que demuestren el error, y con compromiso de no ser arbitrarios.

Señores banqueros, el señor Presidente de la República me confió la honrosa y delicada responsabilidad personal propia del Superintendente Bancario. En 1923, esto es, en vísperas de la crisis del 29, que involucró el desastre de un importante trust de inversión del cual fue director el profesor Kemmerer⁵⁷, la misión que el dirigió reclamaba una habilidad, experiencia e integridad, energía y tacto tales que expresaban dudas acerca de si el cargo podía ser desempeñado por un colombiano, llamando la atención acerca de cómo “sería preferible no tener supervigilancia bancaria que tener un servicio deficiente”⁵⁸.

⁵⁷ Según cuenta John Kenneth Galbraith, con inocultable sorna, en su análisis sobre el crac de 1929 y la depresión que desencadenó, “Fue aquella una edad de oro para los profesores. El American Founders Group, imponente familia de trusts de inversión, tuvo como director al profesor Edwin W. Kemmerer, el famoso experto de Princeton en cuestiones monetarias. El economista del equipo era el doctor Rufus Tucker, igualmente figura de reconocida fama (que tales expertos en cuestiones económicas no funcionaban todavía con suficiente solvencia parece sugerirlo, quizá, la historia posterior de la empresa: United Founders, la compañía más importante del grupo, sufrió a finales de 1935 una reducción neta de sus activos por valor de 301.385.504 de dólares, y su papel bajó de la cota 75 dólares por acción, en 1929, a un poco menos de 75 centavos)”, Galbraith, John K.. En: El Crac del 29. Trad. A. Abad, Ed. Ariel, Barcelona, 3ª. Ed. Rev., 1983, pág. 95.

⁵⁸ “El Superintendente Bancario debe ser hombre de incontestable habilidad e integridad. Tendrá que reunir la energía y el tacto; pero se requiere también indispensablemente que posea una gran experiencia en lo relativo a la Supervigilancia e Inspección Bancarias. Es dudoso que hombre tan experimentado pueda hallarse hoy en Colombia, y la misión recomienda, en tal virtud, que se contrate un extranjero muy competente y de gran experiencia para servir por primera vez dicha Superintendencia; que se conserve en su empleo por un período no menor de 3 años... A este respecto, la misión desea llamar la atención al

Por fortuna para el país, las dudas del señor Kemmerer ya han sido refutadas por antecesores muy ilustres; gracias a ellos y a sus colaboradores, entre quienes se contó brevemente como asesor jurídico con el maestro Darío Echandía, luego de ochenta años de creada y templada bajo la fragua de crisis muy complejas, la Superintendencia se ha ganado el calificativo de institución, y como tal, su desempeño es el de un equipo humano interdisciplinario, depositario de una tradición respetable, que está a prueba de las limitaciones individuales propias del Superintendente de turno. Su interacción con la institución de la banca debe seguir siendo provechosa para el país; y un excelente ejemplo de ello lo ofrecen los significativos y positivos cambios internos que han venido adelantando los bancos con ocasión del proceso de instrumentación, desarrollo y supervisión del Sistema Integral de Administración del Riesgo (SARC) inducido en buena hora por la administración anterior de la Superintendencia, con visión de largo plazo y con la perspectiva internacional que exigen el presente y el futuro.

Desde la expedición de la norma correspondiente, esta Superintendencia se ha ocupado de adelantar la supervisión de las fases I y II relacionadas con la formulación de políticas, la adecuación de la estructura administrativa, la construcción de las bases de datos, el desarrollo de las plataformas tecnológicas y el bosquejo de las metodologías para calcular las provisiones individuales y sus ajustes anticíclicos, con base en criterios definidos por las propias entidades. El resultado parcial de los ejercicios de supervisión da cuenta de unas entidades comprometidas con el proceso y que han alcanzado hasta este punto un nivel importante de avance en el desarrollo e instrumentación del SARC.

La comprensión de la magnitud del cambio en relación con el esquema anterior, la necesidad de que el proceso de transición y la futura entrada en operación de tal sistema atiendan la prudencia bancaria, así como las conclusiones de diversos diálogos al respecto sostenidos con el sector vigilado, han llevado a esta Superintendencia a decidir la ampliación de los plazos para finalizar la construcción del SARC y para la entrada en operación integral del mismo. En

Artículo 23 de esta Ley, que establece que todos los gastos de la sección bancaria, inclusive el sueldo del Superintendente, serán cubiertos por medio de contribuciones pagadas por los bancos inspeccionados y supervigilados. Tales bancos se beneficiarían grandemente con esta supervigilancia y han de pagar de buen grado los gastos necesarios para llevarla a cabo. El proyecto dispone que los bancos hagan todos los gastos de la sección bancaria. La misión cree que sería preferible no tener supervigilancia bancaria que tener un servicio deficiente. Es por tanto, indispensable que los sueldos del Superintendente y de los Superintendentes Delegados sean lo suficientemente elevados para atraer y conservar hombres idóneos de incontestable integridad”. Exposición de Motivos de la ley 45 de 1923. En: Principales Normas Sobre Bancos Comerciales, Superintendencia Bancaria, 1981, pág. 10.

consecuencia, el plazo para finalizar la fase III del SARC, esto es, aquella en la cual se cumple integralmente con los parámetros mínimos establecidos mediante la Circular Externa 11 de 2002 y las Cartas Circulares 031 y 059 del mismo año, se extiende hasta diciembre 31 de 2003. Además de las visitas y de los ejercicios de supervisión *extra situ* que se realizarán en lo que resta de este año, durante 2004 la Superintendencia Bancaria llevará a cabo procesos detallados de supervisión *in situ* y *extra situ* dirigidos a evaluar los componentes y la operación adecuada del SARC.

Durante el transcurso de dicho año la Superintendencia se pronunciará sobre la aprobación o denegación del SARC de cada entidad, esto es, sobre la idoneidad y calidad de los procesos involucrados y, en consecuencia, sobre la posibilidad de constituir o no las provisiones derivadas de los sistemas específicos de administración de riesgo crediticio de cada entidad. Aquellas entidades que obtengan la aprobación de su SARC por parte de esta Superintendencia, podrán empezar a registrar contablemente tales provisiones a partir de enero de 2005, situación que requerirá de ambas partes la continuidad en un proceso conjunto de capacitación y entendimiento. Y conviene advertir que exámenes recientes del nuevo acuerdo de Basilea (Basilea II), en relación con el segundo pilar (“supervisión”), y en consideración específica de los países en desarrollo, admiten sin reservas que el supervisor tiene la autoridad de revisar e intervenir cuando sea necesario⁵⁹, dadas las dificultades advertidas en estos países para lograr un adecuado equilibrio entre regulación, supervisión y disciplina de mercado, para lo cual es esencial la confianza recíproca a la cual me he referido aquí con la venia de ustedes.

Muchas gracias.

Cartagena de Indias, 12 de junio de 2003.

⁵⁹“Emerging issues in Banking Regulation”, Chami R., Khan, M.y Sharma, S. Fondo Monetario Internacional, WP-03-101, Mayo 2003, pág. 11.