

# **monopolios y concentración económica**

Análisis y Comentarios a la Legislación Colombiana y Proyectos de Ley sobre Prácticas Restrictivas Comerciales y Concentración del Poder Económico.

ASOCIACION BANCARIA  
BIBLIOTECA-HEMEROTECA

338.82861

976m

# ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA

## BANCOS

Banco Anglo Colombiano  
Banco Comercial Antioqueño  
Banco de América Latina  
Banco de Bogotá  
Banco de Caldas  
Banco de Crédito y Desarrollo  
Banco Colpatría y de la Costa  
Banco Colombo Americano  
Banco de la República  
Banco de los Trabajadores  
Banco de Occidente  
Banco del Comercio  
Banco del Estado  
Banco Francés e Italiano de Colombia—Sudameris  
Banco Franco Colombiano  
Banco Industrial Colombiano  
Banco Internacional de Colombia  
Banco Nacional  
Banco Panamericano  
Banco Real de Colombia  
Banco Royal Colombiano  
Banco Santander  
Banco Tequendama  
Caja Social de Ahorros

## CORPORACIONES FINANCIERAS

Corporación Financiera Aliadas  
Corporación Financiera Colombiana  
Corporación Financiera de Caldas  
Corporación Financiera de Occidente  
Corporación Financiera de Oriente  
Corporación Financiera de Santander  
Corporación Financiera del Caribe  
Corporación Financiera de Desarrollo del Turismo y  
los Recursos Naturales S.A.  
Corporación Financiera del Norte  
Corporación Financiera del Tolima  
Corporación Financiera del Valle  
Corporación Financiera Suramericana  
Corporación Financiera Nacional  
Corporación Financiera de las Américas S.A.

## CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA

Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle (Ahorramás)  
Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda (Davivienda)  
Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatría

## ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Almacenes Generales de Depósito BIC S.A. (Almabic)  
Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S.A. (Almagran)  
Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S.A. (Almaviva)  
Almacenes Generales de Depósito Almacenadora  
General de Bancos (Almabanco)  
Almacenes Generales de Depósito del Banco Santander (Alsantander)

HFV: 1619

# **ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA**

**Presidente**

**EDUARDO ARIAS ROBLEDO**

**Vicepresidente Ejecutivo**

**EDUARDO WIESNER DURAN**

**Vicepresidente Operativo**

**ANDRES DELGADO MALLARINO**

## **DEPARTAMENTO JURIDICO**

**ISAIAS CHAVES VELA**

**Director**

**JORGE SUESCUN MELO**

**HERNAN ALBERTO GONZALEZ PARADA**

**GERMAN CASTRO MARTINEZ**

**EDITORES: Redactores Asociados  
Poligrupo Comunicación.**

**IMPRESORES: Editorial Presencia Ltda.**

# CONTENIDO

Presentación	7
Introducción	9
<b>Capítulo I</b>	
PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS	
Análisis, Comentarios y Legislación Comparada	11
Legislación	47
Ley 16 de 1936	47
Ley 5a. de 1947	47
Ley 155 de 1959	47
Decreto 3236 de 1962	51
Decreto 3307 de 1963	57
<b>Capítulo II</b>	
LA CONCENTRACION DEL PODER ECONOMICO Y DEL CREDITO	
Análisis y Comentarios	61
Legislación y Proyectos de Ley	89
Decreto 1773 de 1973	89
Decreto 971 de 1974	90
Decreto 2388 de 1976	92
Proyecto de Ley 88 de 1976	94
Proyecto de Ley 22 de 1977	97

## PRESENTACION

El manual que presenta la Asociación Bancaria con el nombre de MONOPOLIOS Y CONCENTRACION ECONOMICA, quiere pues, en su primer capítulo, analizar las normas legales sobre prácticas restrictivas del comercio y, en el segundo, participar y contribuir en el debate público que se ha iniciado en torno a los referidos proyectos de ley, especialmente al último que está cursando, muchas de cuyas normas son ratificadas de disposiciones vigentes, pero otras, verdaderamente sin precedentes conocidos, no obstante lo bien intencionadas, pueden llegar a producir, en caso de acogerse, más desaliento del que aqueja al mercado de capitales y dificultar enormemente la administración de las entidades financieras a que él se refiere.



**EDUARDO ARIAS ROBLEDO**

## INTRODUCCION

En noviembre del año pasado el gobierno presentó al Congreso un proyecto de ley que prohibió a los intermediarios financieros destinar los recursos captados del público a adquirir el control de empresas, con el fin de complementar el decreto 2388 de 1976, que puso en vigencia tal prohibición respecto de los diversos provenientes del ahorro privado. Posteriormente el doctor Hernando Agudelo Villa divulgó el que por su parte sometió durante la actual legislatura a la Cámara, sobre concentración del poder económico.

Ambos proyectos empezaron a calificarse de "antimonopolios" sin que este nombre corresponda rigurosamente a su contenido. Desde la ley 155 de 1959 el Estado dispone de los más amplios poderes para combatir los monopolios y demás prácticas restrictivas del comercio que tiendan a afectar la libre competencia o a fijar precios inequitativos para los consumidores. Las empresas que infrinjan sus disposiciones pueden ser sancionadas con multas, retiro de sus acciones del mercado de valores, e incluso con la cancelación de su personería jurídica.

Inspirada en la legislación norteamericana sobre monopolios, la ley 155/59 revistió al gobierno de la facultad de oponerse a fusiones u otras formas de integración entre dos o más empresas, cuando considere que con ello puede quedar en posición de excesiva ventaja sobre sus competidores; y, siguiendo también los desarrollos dados a la legislación de la Comunidad Económica Europea sobre la materia, somete a control y vigilancia del Estado, a las entidades que, por el volumen apreciable de activos, tengan ya una posición dominante en el mercado que les permita adoptar comportamientos autónomos e independientes de la actividad del resto de la competencia a fin de evitar que abusen de ella.

Lamentablemente estas normas no han tenido la más mínima aplicación en el país, a pesar de las amplias facultades que tiene la administración nacional y que puede ejercitar aún de oficio. Es posible que en parte su inoperancia se deba también a que la ley no les

facilitó a los particulares denunciar las violaciones a la misma, exigiéndoles acompañar a sus denuncias las pruebas que las sustenten, las cuales no siempre son posibles de conseguir o preestablecer sin ayuda del funcionario competente.

Los proyectos de ley mencionados, nada de éstos pretenden modificar. Mediante ellos se quiere evitar la concentración del poder económico y del crédito, o mejor aún, reforzar algunos de los controles que para el efecto existen.

El proyecto del doctor Agudelo persigue que se amplíe el concepto que trae el Código de Comercio sobre vinculación económica, de modo que se establezca tal vínculo no sólo entre las sociedades matrices y sus subordinadas, como es ahora, sino también entre las personas naturales ligadas por cercano grado de parentesco y entre éstas y los representantes de personas jurídicas, cuando exista la misma relación familiar. Parte de la base de que se está en todos estos casos frente a un mismo grupo de interés económico, respecto del cual, en conjunto, y no independientemente para cada una de las personas o entidades que lo forman, deben aplicarse los límites de inversión de las sociedades financieras en las otras empresas en que excepcionalmente se les autoriza participar, el cupo máximo de representación de los accionistas en sus juntas directivas, que el proyecto desea fijar en 1 por cada grupo, y el límite al número de acciones con el cual es posible votar en sus asambleas, actualmente equivalente al 25% de las acciones representadas y que el proyecto disminuye al 10% del quórum mínimo decisorio en cada reunión.

Intervino especialmente en la preparación de este trabajo el doctor *Jorge Suescún Melo*.

**CAPITULO I**

**PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS**

## 1. LEGISLACION COLOMBIANA

La legislación colombiana sobre concentración del poder económico y prácticas restrictivas del comercio, no ha sido muy abundante y solamente comenzó a desarrollarse a finales de la década de los cincuenta cuando ya el país tenía un grado de industrialización significativo, por lo menos respecto de la mayoría de países de América Latina.

### 1.1 CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución, sin embargo, ya preveía ciertos instrumentos para evitar las distorsiones generadas por los monopolios los cuales, al tenor de su artículo 31 solo podrán crearse como arbitrio rentístico, en virtud de una ley, una vez se hayan indemnizado las personas que de esta manera son privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Así mismo, el artículo 32 autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Esta amplia facultad habilita al estado para regular el proceso económico, garantizando el sistema de libre empresa y de libre competencia. Dicho sistema se preserva por considerarse que de él se derivan los mejores beneficios para la comunidad que obtendrá, del pleno juego de las fuerzas del mercado, numerosas ventajas, particularmente, en materia de precios y calidad de los productos y servicios.

Las normas constitucionales señaladas recibieron un tardío y deficiente desarrollo legal. El primer intento para evitar la concentración del poder económico se encuentra en la ley 16/36 y en la ley 5ª de 1947, art. 7º, por el cual se prohíbe a los miembros de las juntas directivas y a los gerentes de establecimientos bancarios, pertenecer a juntas directivas de otros institutos de crédito y bolsas de valores, con la sola excepción de la junta directiva del Banco de la República.

### 1.2 LEY 155 DE 1959

Después de un largo período sin que el legislador se pronunciara sobre estos aspectos y cuando la estructura productiva del país se había desarrollado notoriamente, se expidió la ley 155 de 1959. De la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno y de los debates parlamentarios que tal proyecto suscitó, pueden destacarse las siguientes consideraciones:

#### 1.2.1 Exposición de motivos y discusiones parlamentarias

Se reconoce que nuestro régimen económico está basado en la empresa privada y en la libertad económica y por lo tanto en la libre competencia. Dicha libertad económica ofrece ciertos beneficios que el Estado debe preservar mediante su intervención evitando las prácticas restrictivas del comercio y el monopolio. La intervención del Estado no vulnera los derechos de la empresa privada sino, por el contrario, salvaguarda la libertad comercial e industrial.

Junto a estos aspectos de carácter general, se presentaron otros particulares que afectaban directamente la situación económica de aquella época. Entre estos puede citarse la estrechez de divisas que impulsa el proceso de sustitución de importaciones lo que obliga al estado a intervenir con el objeto de garantizar, una vez la competencia de productos externos desapareciera, el libre juego de las fuerzas del mercado para mantener empresas eficientes y buenas condiciones para los consumidores.

Igualmente, se propugna porque la gran industria no se desvíe de su función de producción e invada otras órbitas de actividad que le son extrañas, como en el caso de la distribución por parte de las industrias de sus propios artículos, a través de empresas creadas para tal efecto o por intermedio de personas vinculadas a la administración de dichas empresas productoras. De esta manera, se pretende evitar concentraciones económicas que compitan privilegiadamente con el sector comercial y establezcan, unilateralmente, las condiciones del mercado perjudicando los intereses de la comunidad.

En el mismo orden de ideas se tiende a evitar el abuso de la posición dominante de las grandes empresas que disponen de un alto grado de eficiencia en razón de su organización técnica, de los recursos que destinan a la investigación científica, de su liquidez, de la producción a escala, de su fácil acceso a las fuentes de financiación, todo lo cual les permite reducir los costos de producción y adquirir una situación preponderante en el mercado lo que, al mismo tiempo, les facilita eliminar la competencia, establecer precios artificiales, y, en general, lesionar seriamente la libertad económica introduciendo dis-

torsiones en la aplicación de los instrumentos de protección que otorga el Estado a las empresas.

Desde luego no se trata de desestimular el crecimiento de las empresas ni su integración, por cuanto se busca el funcionamiento de empresas eficientes y de producción a escala. Se trata simplemente, de evitar prácticas nocivas que con base en su poder económico las grandes empresas pueden generar en perjuicio de los intereses generales.

### 1.2.2 Articulado

Las disposiciones de la ley 155 que en forma general se refieren a las prácticas comerciales restrictivas pueden dividirse, para su estudio, en tres grandes temas a saber:

1. Restricciones a la competencia a través de acuerdos o prácticas concertadas contenidas en los artículos 1º, 7º, 8º y 9º.
2. Posición dominante prevista en los artículos 2º, 4º, y 6º.
3. Competencia desleal contenida en los artículos 7º, 9º, y 10º.

#### 1.2.2.1 Restricciones a la Competencia a través de acuerdos o prácticas concertadas

El artículo 1º, de la ley 155 contiene los principios fundamentales que orientan la citada ley en orden a evitar las prácticas restrictivas y a preservar el libre juego de las leyes del mercado. Dice este artículo:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

Parágrafo: El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

Esta norma considera como de objeto ilícito, y por lo tanto absolutamente nulos, todos los pactos o convenios que se celebren entre empresas, tendientes a restringir la libre competencia tales como las limitaciones de producción o distribución de mercancías, o la fijación de precios, la distribución de territorios, etc., particularmente si tales pactos o convenios persiguen obtener beneficios económicamente injustificados a través de actividades restrictivas o especulativas.

Otros artículos vinculados directamente con los acuerdos de limitación de competencia son el 8º, y el 9º, cuyos textos establecen:

Artículo 8º.: "Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes".

Por su parte, el artículo 9º dispone: "Cuando las empresas industriales fijan precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal".

Estas dos últimas disposiciones pueden considerarse como desarrollo del artículo 1º., que contiene los principios generales de donde se derivan las distintas normas que tienen por objeto preservar el funcionamiento normal de las leyes del mercado, presupuesto fundamental del sistema de libre Empresa. Al referirse el artículo 1º., a todos los acuerdos y prácticas que produzcan limitaciones de la competencia, abarca las restricciones que se generan tanto por el concurso de voluntades de las empresas que concluyen un acuerdo, como las actuaciones que sin provenir de un consentimiento expreso de las partes introducen, en la realidad, frenos a la actividad competidora. De esta manera, la filosofía en que se inspira la Ley 155, en lo que hace relación con convenios y prácticas concertadas, se encuentra en el artículo 1º y las demás normas concordantes son simples desarrollos de esta, a tal punto que podría decirse que la inclusión de dichas disposiciones complementarias no se requería, pues a partir del artículo 1º. y mediante elaboraciones jurisprudenciales habría sido posible cubrir esta materia tal como sucede en el Mercado Común Europeo en donde con un solo artículo, el 85 del tratado de Roma, y con la contribución de la jurisprudencia y la doctrina, se ha establecido un régimen integral y coherente que mantiene la libre competencia.

a. Comentarios sobre el artículo 1º

La aplicación práctica de las disposiciones de la ley 155 ha sido muy escasa, si no inexistente. Puede citarse, no obstante, el pronunciamiento que sobre la constitucionalidad del Decreto 1988 de 1966, realizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 2 de 1968.

El Decreto 1988/66 por el cual se proveía a la unificación de las tarifas y comisiones para los servicios bancarios, fue expedido en ejercicio de la facultad conferida por el parágrafo del artículo 1º. de la ley 155 de 1959, por cuanto al decir del gobierno, dichos servicios se consideran de interés básico para la economía y el bienestar social. De esta suerte la unificación de tarifas y comisiones constituía un medio para su estabilidad.

Según el articulado del Decreto, la Asociación Bancaria debía elaborar un proyecto de tarifas que sería presentado a los bancos no afiliados. Posteriormente, el proyecto junto con las observaciones hechas por los no afiliados, se

presentarían al Superintendente Bancario quien podría acoger tales tarifas, de encontrarlas justas y convenientes, haciéndolas obligatorias para todo el sector.

Al interpretar el artículo 1º. de la ley 155 la Corte manifestó:

“El alcance jurídico de la norma transcrita es claro; al prohibir los acuerdos monopolísticos a que se refiere, hace que éstos, sin perder su fisonomía de actos de derecho privado ingresen a la categoría de los que tienen objeto ilícito y por ende, son absolutamente nulos (Código Civil, arts. 1523 y 1741), sin perjuicio de otras sanciones punitivas contempladas en la comentada legislación sobre prácticas restrictivas. Pero, teniendo en cuenta que la prohibición absoluta de todo acuerdo o convenio que tienda a limitar la libre competencia puede afectar la estabilidad de sectores básicos o de interés para la economía nacional, se autorizó al Gobierno (hoy Superintendencia de Regulación Económica) para permitirlos excepcionalmente. El alcance de esta excepción es también obvio. No se trata de que el Gobierno pueda asumir de (sic) Motu Propio la protección de determinados sectores o gremios productores de bienes o servicios, imponiéndoles a los empresarios que los componen o a algunos de ellos normas obligatorias sobre determinados aspectos de su actividad financiera, como la fijación de precios, el reparto de los mercados, la integración recíproca en la producción o distribución, etc.

Estas medidas quedan en manos de los interesados, quienes dentro del libre juego de su autonomía privada, pueden o no adoptarlas, y la requerida autorización del Gobierno solamente produce como efecto el de que el respectivo acto o convenio quede purgado de ilicitud en su objeto y excluido del régimen punitivo pertinente”.

Como el decreto en estudio implicaba que en la práctica se impusiera coercitivamente un acto privado a quienes no habían participado en su celebración ni adherido a él, la Corte expresó:

“En suma: el decreto acusado no se limita a reglamentar la autorización de ciertos convenios de derecho privado libremente acordados por todos o algunos de los establecimientos bancarios en lo tocante con la unificación de las tarifas por los servicios que prestan, lo que legalmente podría hacer la Superintendencia de Regulación Económica, sino que, lo que es bien diferente, le atribuye a la Superintendencia Bancaria la función de convertir en actos administrativos obligatorios y coercibles las decisiones adoptadas al respecto por una entidad particular, como es la Asociación Bancaria”.

Por esta razón y en virtud de la inexistencia de una disposición que autorizara al Gobierno o a la Superintendencia Bancaria para fijar las tarifas de los bancos, la Corte declaró inexecutable el Decreto 1988.

De acuerdo con la Ley 155 no solamente están prohibidos los acuerdos y convenios sino también las prácticas concertadas. A pesar de que en Colombia no se ha precisado el alcance de esta noción, en desarrollos dados a legislaciones extranjeras se ha considerado que en la práctica concertada no se requiere que exista concurso de voluntades entre las partes que la realizan, ni que pro-

## MONOPOLIOS Y CONCENTRACION ECONOMICA

venga de un acuerdo jurídicamente obligatorio; la simple conciencia de estar participando en un plan común que tenga por objeto o por efecto restringir la competencia, es suficiente para prohibir y castigar este comportamiento. Así, por ejemplo, si un tercero propone a varias empresas, a título de simple recomendación, establecer una determinada estructura de precios u otras condiciones comerciales, y tal proposición es acogida por los interesados, afectando de manera sensible la competencia o los precios, aún sin manifestar expresamente su aceptación, esta conducta configurará una práctica concertada ilegal.

Otro ejemplo que merece ser citado se refiere a la forma como se determinan las tarifas por los servicios que prestan las compañías de seguros:

El artículo 20 de la Ley 105 de 1927 dispone: "Las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria".

Por su parte el artículo 21 de la misma ley establece: "Queda terminantemente prohibido hacer rebajas o concesiones de ningún género a individuos o corporaciones cualesquiera que no sean de carácter general, salvo el pago de honorarios o comisiones reconocidas a los agentes autorizados de la Compañía".

La primera de las normas transcritas consagra una facultad discrecional para el Superintendente Bancario con el fin de aprobar e improbar las pólizas de seguros. Como las tarifas hacen parte de las condiciones generales del contrato, se deduce que, igualmente, deben ser aprobados por el Superintendente, tal como lo expresó el Consejo de Estado en sentencia de mayo 27 de 1962 al decir que "El artículo 20 de la Ley 105 de 1927, concede a la Superintendencia Bancaria los poderes jurídicos necesarios para aprobar las tarifas de seguros".

El alcance del artículo 21 es el de prohibir, por una parte, las concesiones particulares, y por otra, prever la posibilidad de pactar concesiones generales. De esta suerte se confirma el principio de la generalidad e impersonalidad de las condiciones y tarifas, en relación con los asegurados, principio fundamental en la actividad aseguradora, que hace referencia a la igualdad de derechos de aquellos frente al asegurador.

Según la Superintendencia <sup>1/</sup> este régimen resulta de la doble necesidad de velar por los intereses particulares e inmediatos del asegurado a través de precios justos, como preservar intereses de carácter general mediante el mantenimiento de compañías sólidas. Así las cosas, la función de control de tarifas debe realizarse con el criterio de la defensa del asegurado y de la estabilidad financiera del asegurador.

Sobre la forma como pueden establecerse rebajas de tarifas de carácter general el Consejo de Estado en la sentencia arriba señalada manifestó:

1. Circular DS y C No. 042 de 1974.

“Los artículos 21 de la Ley 105 de 1927 y el 11 inciso final de la Ley 66 de 1947 prohíben a las compañías de seguros y a las sociedades de capitalización hacer concesiones individuales y concretas, pero las autorizan para hacer rebajas de carácter general e impersonal. Estas últimas no requieren de una nueva aprobación de la Superintendencia Bancaria”.

La Superintendencia Bancaria difiere de la posición adoptada por el Consejo de Estado pues considera que si se compaginan los artículos 20 y 21 de la Ley 105 debe concluirse que toda rebaja o concesión de carácter general debe ser previamente sometida a su aprobación, aportando para ello las bases técnicas que la justifiquen, por cuanto si la modificación de las pólizas requiere de autorización, la de las tarifas en igual forma, ya que estas son parte integrante de aquellas <sup>2/</sup>.

De acuerdo con la interpretación de la Superintendencia este régimen excluye tanto las tarifas máximas como las mínimas sin dar lugar tampoco a las uniformes, pues solo rigen las aprobadas por ese organismo a cada compañía en particular, pudiendo diferir una de otra con lo cual se atiende a los intereses generales y particulares y, además, se preserva una sana competencia comercial. Por estas razones, y en particular por el hecho de que el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre esta materia se realizó en una acción de plena jurisdicción que solo tiene efectos particulares y no “erga omnes”, la Superintendencia en la Circular DS y C No. 042 de 1974, manifestó que continuará exigiendo a las compañías de seguros la obtención de autorización previa para establecer rebajas de tarifas con carácter general.

En los términos en que queda expuesto el problema de fijación de tarifas por los servicios de las compañías de seguros, es claro que el régimen vigente se aparta de lo previsto en la Ley 155 de 1959. Es así como no existe una plena autonomía para los aseguradores en la determinación de tarifas, las que son fijadas no habida cuenta de las leyes del mercado, es decir, a través de la confrontación entre la oferta y la demanda del servicio, sino teniendo en cuenta, fundamentalmente, la situación particular del asegurador en la explotación del negocio de seguros. Mientras que en la gran mayoría de actividades quien ofrece el producto o el servicio fija directamente el precio, en el caso de las aseguradoras se requiere la aprobación de la Superintendencia.

De esta suerte es prácticamente imposible realizar acuerdos entre empresas que luego sean homologadas por el Gobierno, lo que impide la aplicación del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155. En esta materia, sin embargo, cabría la hipótesis de acuerdos ilegales desde el punto de vista de la competencia, si varias compañías concluyen acuerdos por los cuales se comprometen a no introducir rebajas generales en sus tarifas, o a no presentar solicitudes, para la aprobación de la Superintendencia, en el mismo sentido, si se acoge la posición de dicho organismo, atrás descrita.

2. Ibidem.

### b. Comentarios sobre el artículo 9°

Habíamos visto que esta norma obliga a las empresas industriales y a sus distribuidores y comerciantes a respetar los precios de venta en el caso de que estos sean fijados por la primera, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.

A diferencia del resto de las normas de la Ley 155 que concuerdan con legislaciones extranjeras y, particularmente, con la legislación americana y con la del Mercado Común Europeo, el artículo 9°, se aparta de las soluciones previstas en esos ordenamientos. En efecto, de acuerdo con la interpretación dada al Sherman Act en el caso Kiefer, el productor no puede fijar precios mínimos y ni siquiera precios máximos <sup>3/</sup>. Dentro del régimen del tratado de Roma el solo hecho de que los productores recomienden, sin imponer, la observación de precios, puede dar lugar a prácticas concertadas que desde luego, serán prohibidas. No obstante, no está aún claro si la imposición o la recomendación de precios máximos de venta están prohibidos por el tratado <sup>4/</sup>

#### 1.2.2.2 Posición Dominante

El artículo 2° establece que las empresas que tengan una parte preponderante de la producción, distribución o consumo de un artículo o servicio, de manera que puedan determinar por sí solas las condiciones del mercado, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la citada ley.

El artículo 4° tiende a evitar manifestaciones de concentración de poder económica y, concretamente, a controlar las fusiones de empresas que se ocupen de la producción, distribución o consumo de un mismo producto o servicio. Tales fusiones solo podrán hacerse, en el caso de que las empresas tengan activos superiores a 20 millones de pesos, con previo permiso del Gobierno a fin de evitar que la concentración introduzca indebidas restricciones a la libre competencia.

El artículo 5° hace extensiva la incompatibilidad prevista en el artículo 7° de la Ley 5ª de 1947 para los miembros de juntas directivas y los gerentes de establecimientos de crédito y bolsas de valores, a todos los directivos y administradores de empresas que se dediquen a la producción, distribución o consumo de los mismos productos o servicios, cuando tengan individual o conjuntamente activos no inferiores a 20 millones de pesos. Es claro que esta disposición busca evitar que el mercado de ciertos bienes o servicios sea dominado por unas mismas personas que de esta manera pueden adquirir un control monopolístico de la producción, la distribución o consumo.

Igualmente el artículo 6° prohíbe a los directores y administradores de empresas industriales, con la forma de sociedades anónimas, distribuir, directamente o por interpuesta persona, los bienes o servicios producidos por la res-

3. AREEDA, Phillip. Antitrust Analysis, pág. 287.

4. J. MEGRET, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, pág. 42.

pectiva empresa o sus filiales. No pueden tampoco ser socios de empresas que se ocupen de esa misma distribución. Estas prohibiciones cobijan también, a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de dichos directores o administradores.

Sobre este conjunto de normas puede decirse que de su lectura no resulta claro qué situación quiere evitar el legislador en materia de posición dominante. En otras legislaciones, como la americana, se prohíbe la posición dominante en sí misma, en tanto que en otras, como la del Mercado Común Europeo, se sanciona y prohíbe, solamente, la explotación abusiva de una posición dominante.

La ley Sherman de los Estados Unidos considera ilegal cualquier intento de monopolizar el comercio o conjurar para restringirlo. La Corte Suprema de Justicia, en desarrollo de esta norma, ha impedido la fusión de diversas empresas y ordenó la separación de otras. En 1957, al establecer que la Compañía Dupont controlaba la General Motors, exigió tomar las medidas pertinentes para que esta situación cesara <sup>5/</sup>

En Europa, el tratado de la Comunidad Económica no tiene normas sobre concentraciones; la Comisión ha manifestado que el artículo 85, sobre prácticas restrictivas a través de acuerdos y prácticas concertadas, no puede aplicarse a las fusiones y concentraciones. En cuanto al artículo 86 su aplicación tendrá lugar en caso de fusión de una empresa en posición dominante, de manera que no subsista una competencia efectiva, creando una situación de monopolio, pues tal comportamiento se considera como la explotación abusiva de una posición dominante. La doctrina considera que el artículo 86 será aplicable cuando se controle otra empresa a través de métodos agresivos, lo que significa que en ausencia de estos métodos no habrá abuso. En esta legislación se distingue entre posición dominante y monopolio; se estará en presencia de la primera siempre que se ejerza sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y, en principio, previsible y, se tratará del segundo, cuando una empresa se sustraiga a toda competencia efectiva, lo que no implica un control absoluto del mercado <sup>6/</sup>.

En Colombia, la Ley 155 no tiene una posición clara sobre este aspecto. El artículo 2° al someter a la vigilancia del Estado a las empresas que tengan una parte importante de la producción, distribución o consumo de un producto o servicio, parece permitir la posición dominante y simplemente evitar, por medio de la vigilancia, los abusos y distorsiones que de tal posición puedan derivarse.

En cambio, el artículo 4° al establecer un control previo del Gobierno para llevar a cabo la fusión entre empresas de determinadas características, permite considerar que lo que se quiere prohibir es la adquisición de una posición dominante y no exclusivamente su explotación abusiva.

5. Proyecto de Control a los monopolios —Fasecolda— pág. 24.

6. J. MEGRET, op. cit., pág. 255 y ss.

Esta aparente ambigüedad de la ley no demuestra necesariamente incoherencia ni puede considerarse como perjudicial. Por el contrario, está confirmando que las autoridades encargadas de aplicar las disposiciones antimonopolios gozan de las más amplias posibilidades para interpretarla y para reprimir todas las manifestaciones, cualquiera que sea la etapa en que se encuentran, de limitación de la libre competencia. Si se quiere, es una muestra de mayor previsión legislativa, por lo menos frente al tratado de la Comunidad Europea, en donde no se trató específicamente lo relacionado con las fusiones, dando lugar a dispendiosas y largas polémicas, antes de que la Jurisprudencia llenara los vacíos. El régimen nacional, por el contrario, permite controlar las concentraciones existentes y evitar las futuras que lesionen la libre competencia.

### 1.2.2.3 Competencia Desleal

La Ley 155 define la noción de competencia desleal en el artículo 1º que dispone: "Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas".

Por su parte el artículo 11 enumera ciertas prácticas que constituyen competencia desleal que, desde luego, no tienen el carácter de taxativas.

Tales hipótesis se refieren en particular a los medios o sistemas empleados para crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios, etc.; para desacreditarlas, para desorganizarlas, para obtener sus secretos, para desviarles la clientela. En igual forma son actos de competencia desleal emplear medios para causar la desorganización general del mercado, las falsas indicaciones sobre origen y calidad de los productos y la competencia que efectúen los directores y empleados a la sociedad en que prestan sus servicios, siempre que dicha competencia sea contraria a la buena fe.

El Código de Comercio en su artículo 75 reproduce casi integralmente las prácticas señaladas en la Ley 155, suprimiendo, únicamente, la que hace referencia a la competencia de directivos y empleados a su propia empresa. En cambio, se incluyen dos hipótesis adicionales: "las maquinaciones reiteradas tendientes a privar a un competidor de sus técnicos o empleados de confianza, aunque no produzcan la desorganización de la empresa ni se obtengan sus secretos"; y "las indicaciones o ponderaciones cuyo uso pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto".

Tanto la Ley 155 como el Código en el artículo 76 otorgan al perjudicado por la competencia desleal acción para que se le indemnicen los perjuicios y, además, la última de las disposiciones indicadas da al juez facultades para que comine al infractor en la sentencia, mediante multas sucesivas hasta de \$50.000.00, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal.

El artículo 77 del estatuto mercantil se ocupa exclusivamente de la propaganda, prohibiéndola cuando se realice con actos desleales contra los competidores. Para estos efectos presume como desleal la propaganda comercial adelantada por sistemas de bonificación al consumidor cuando se trate de promover artículos de primera necesidad, o sometidos a control sanitario; cuando en razón de la bonificación, el costo o calidad del producto se vean afectados, y cuando el incentivo para el consumidor utilice el azar. La sanción prevista para estos eventos es la imposición de multas sucesivas hasta de \$50.000.00, convertibles en arresto.

### 1.2.3 Medios para garantizar el cumplimiento de la Ley

Para garantizar el cumplimiento de la ley se otorgan funciones de investigación oficiosa a varias dependencias del gobierno y se establece una acción pública que habilita a todo ciudadano para denunciar hechos violatorios de la Ley 155. Sin embargo, este denuncia debe ser motivado y debe acompañarse de prueba sumaria que lo justifique.

En el caso de que se demuestre que la ley no se ha observado, el gobierno puede imponer varias sanciones previstas por el legislador tales como retiro de las acciones del mercado público de valores, prohibición de funcionamiento de la empresa infractora y multas hasta por \$50.000.00.

Cuando se presenten abusos manifiestos en la fijación de precios el Estado podrá solicitar a las empresas respectivas todo tipo de información sobre sus operaciones comerciales e incluso, podrá fijar los precios de venta o de compra de los artículos producidos o consumidos por tales empresas.

Sobre la operatividad de este régimen es pertinente manifestar que hasta donde conocemos, ha tenido escasa aplicación práctica, a pesar de la amplitud de los conceptos que contiene la ley y de las precisas atribuciones conferidas a varias dependencias gubernamentales con el fin de que vigilen el comportamiento de las empresas, obligándolas a observar los preceptos legales a través de rigurosas sanciones que la ley establece.

Aunque se ha manifestado que la inoperancia de estas normas obedece al régimen probatorio que la ley establece y, particularmente, la exigencia de que el denuncia que presentan los particulares deba acompañarse de prueba sumaria que haga creíbles las afirmaciones del denunciante, es claro que la mayor y tal vez única, responsabilidad recae sobre las autoridades administrativas que fueron designadas para adelantar las investigaciones de manera oficiosa, sin que tales funciones hayan sido ejercidas, hasta ahora.

Este estado de cosas es aún más criticable si se considera que la Ley 155 dotó de importantes instrumentos de intervención a los organismos gubernamentales encargados de velar por su observancia, a lo cual debe sumarse la filosofía misma de sus disposiciones que reflejan el deseo del legislador de erradicar todo convenio, práctica o acuerdo que sea o pueda ser lesivo para el funcionamiento libre de las leyes del mercado.

De haberse querido aplicar adecuadamente este régimen, las autoridades administrativas habrían tropezado con menos obstáculos de orden interpretativo que los que se encuentran en otras legislaciones. Es así como las disposiciones nacionales poseen un mayor alcance que las equivalentes en el tratado de Roma en donde se pueden permitir restricciones a la competencia para mejorar la eficiencia de las empresas, en tanto que en Colombia solo se permiten dichas limitaciones con el fin de lograr la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general. Así mismo en la C.E.E. solo se prohíbe el abuso de posición dominante y como las fusiones no se hallan reguladas, ha debido acudir al régimen general con el objeto de darles el tratamiento de explotación abusiva de posición dominante, para poderlas impedir. Por el contrario, en nuestro país cualquier manifestación restrictiva de la competencia puede evitarse sin importar si se trata de posición dominante, de su abuso, de monopolio, etc.

El balance totalmente negativo de los frutos prácticos de la legislación nacional hacen pensar en la necesidad y en la urgencia de su correcta aplicación, no en la modificación del régimen que parece completo y coherente. Su aplicación adecuada requiere, no obstante, lograr un equilibrio entre la permanencia de la libre competencia y las exigencias del proceso de desarrollo, caracterizado por la existencia de una industria incipiente y débil.

Deberá, entonces, tenerse en mente las condiciones económicas del país, particularmente su mercado reducido, que hacen necesaria una cierta concentración de la industria con el fin de disponer de empresas eficientes que hagan posible la introducción de sistemas de producción a escala y un nivel aceptable de especialización. Este argumento aunque algo atenuado por la existencia, siquiera potencial, de un mercado ampliado a nivel Andino, podría dar lugar a una interpretación flexible de la Ley 155 en el sentido de permitir la posición dominante pero con un riguroso intervencionismo del Estado y un permanente control que eviten ventajas excesivas derivadas de la explotación abusiva de tal posición.

Así mismo, las disposiciones sobre restricción de la competencia mediante acuerdos y prácticas concertadas, deben morigerarse para dar cabida a nuevas formas de cooperación entre empresas como las llamadas "grupos de interés económico" que tienen como objeto la realización conjunta de determinadas actividades de interés común, constituyendo personas jurídicas independientes y por lo tanto con patrimonio propio, y cuya adopción en Colombia está siendo actualmente estudiada teniendo como base la ordenanza francesa del 9 de junio de 1968 <sup>7/</sup>.

## 2. LEGISLACION COMPARADA

Como antes indicamos, los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios en materia de competencia han sido exiguos, es por ello conveniente acudir, para

7. Boletín No. 28 de "Asuntos Jurídicos", publicación de la Superintendencia de Sociedades.

precisar, siquiera en mínima parte, el alcance y contenido de las distintas nociones de la Ley 155, a experiencias foráneas en donde se han construido doctrinas coherentes sobre estos aspectos teniendo como base legislaciones que buscan objetivos idénticos a la nuestra. En este orden de ideas haremos particular énfasis en lo logrado hasta ahora, en la C.E.E., por cuanto la redacción del artículo 85 del tratado utiliza términos idénticos a los empleados por el artículo 1º de la Ley 155 y especialmente los de “acuerdo”, “convenio” y “práctica concertada”. Así mismo analizaremos el artículo 86 sobre posición dominante. En relación con el régimen antitrust americano nos limitaremos a transcribir las normas correspondientes.

## 2.1 LEGISLACION AMERICANA

### 2.1.2. El Sherman Act. de 1890

“Sección 1. Todo Contrato, asociación, en forma de monopolio o de cualquiera otra manera, o conjura que restrinja el intercambio o comercio entre los varios estados o con naciones extranjeras, es declarado ilegal por la presente ley”.

“Sección 2. Toda persona que monopolice o trate de monopolizar o se asocie o conjure, con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del intercambio o comercio entre los varios Estados o con naciones extranjeras, se considerará culpable de una contravención”.

### 2.1.3. El Clayton Act. de 1914

Esta ley declara ilegales cuatro tipos de prácticas monopolísticas, a saber: a) Sección 2. Discriminación en materia de precios; b) Sección 3. Contratos de distribución exclusiva y contratos accesorios innecesarios; c) Sección 7. Adquisición de compañías competidoras; d) Sección 8. Entrelazamientos de juntas directivas.

Las anteriores prohibiciones tienen excepciones y en general se orientan a declarar ilegales únicamente los actos que tengan por efecto disminuir sustancialmente la competencia o los que tiendan a crear un monopolio.

### 2.1.4. Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914

“Sección 5ª. Los métodos desleales de competencia en el comercio y los actos o prácticas desleales o engañosos en el comercio son declarados ilegales por la presente ley”.

## 2.2 EL TRATADO DE ROMA <sup>(8/)</sup>

### 2.2.1. Artículo 85:

El texto del artículo 85 del Tratado de Roma dice así:

8. Para hacer el resumen del régimen de la Comunidad Económica Europea, tanto respecto del art. 85 como del 86, empleamos la siguiente bibliografía: VAN GERVEN: Principes du Droit des Ententes de la C.E.E.; CEREXHE: Les regles de concurrence applicables aux entreprises, Droit C.E.E.; DERINGER: The competition Law the european Economic Community; J. MEGRET: Le Droit de la Communauté Economique Européenne; J. GUYENOT: Regime Juridique des ententes économiques et des Concentration des entreprises dans la C.E.E.

“1. Son incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociaciones de empresas, y todas las prácticas concertadas, que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, y especialmente.

a) Fijar de manera directa o indirecta los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.

b) Limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) Repartir los mercados o las fuentes de aprovisionamiento.

d) Aplicar condiciones diferentes a prestaciones equivalentes colocando, así en una desventaja competitiva a ciertos comerciantes.

e) Hacer que la celebración de contratos se sujete a la aceptación de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según el uso comercial, no tienen conexión con el objeto de tales contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del presente artículo son absolutamente nulos.

3. Sin embargo, las disposiciones del numeral 1º pueden ser declaradas inaplicables a los acuerdos, decisiones o prácticas así como a la categoría de acuerdos, decisiones o prácticas entre empresas, que cumplan con los siguientes requisitos:

—Contribuir al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico.

—Permitir que los utilizadores reciban una parte justa del beneficio resultante; además deben cumplir con lo siguiente:

a) No imponer a las correspondientes empresas restricciones que no sean indispensables para la obtención de tales objetivos.

b) No otorgar a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en relación con una parte sustancial de los productos respectivos”

#### 2.2.1.1 Elementos Constitutivos de la prohibición

##### 2.2.1.1.1. *El acuerdo de voluntades*

###### a. La noción de “acuerdo”

Según varios autores, <sup>9/</sup> la noción de “acuerdo” se aplica únicamente, a las convenciones jurídicamente obligatorias. Otros <sup>10/</sup>, sin embargo, consideran que no es necesario que el acuerdo origine obligaciones jurídicas. Es suficiente que dicho acuerdo limite la libertad de acción de las partes, o de una de ellas, de manera tal que estas no sean completamente libres de tomar decisiones de manera autónoma. Una presión o una coacción económica o moral, independiente de cualquier obligación jurídica, es suficiente.

Esta interpretación tiene la ventaja que permite prohibir cualquier acuerdo que lesione la competencia, incluso cuando éste no es jurídicamente obligatorio, por el solo hecho de su existencia, sin que se requiera esperar a que dicho acuerdo sea ejecutado. Por el contrario, si se considera que los compromisos desprovistos de fuerza jurídica obligatoria no constituyen “acuerdos”, es necesario admitir que serían sancionados, únicamente, como “prácticas concertadas”, de acuerdo con el artículo 85, es decir una vez que hayan comenzado a ejecutarse.

La Comisión en el negocio Cobelaz-Usines de Synthese (6 de noviembre de 1968) distinguió entre “acuerdo”, en el sentido del artículo 85 párrafo 1º y la “Convención”, en el sentido del derecho privado. La Comisión consideró que, a pesar de que en 1962 una convención había reemplazado otra que obligaba a las partes desde 1940, se trataba de un mismo “acuerdo” que subsistía aunque en una versión modificada. En la decisión Cartel de la quinine (16 de julio de 1969) la Comisión afirmó que un “gentlemen’s agreement” no firmado, que constituía un conjunto indisoluble con un acuerdo debidamente firmado que el primero modificaba, en parte, debía ser considerado como un “acuerdo”. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Justicia. (Sentencia del 15 de julio de 1970).

b. La noción de “decisión de asociación de empresas”.

Se debe entender por “decisión de asociación de empresas”, toda expresión de voluntad colectiva de varias empresas agrupadas en el seno de una estructura común y con el objeto de imponer a sus miembros un comportamiento determinado. Al igual que el “acuerdo”, la “decisión” no requiere ser jurídicamente obligatoria <sup>11/</sup>, pues una presión o coacción de orden económico o moral es suficiente. Tampoco es necesario que la asociación tenga personería jurídica.

c. La noción de “práctica concertada”

La “práctica concertada” es la realización de un acuerdo o una decisión a que se refiere el artículo 85, párrafo 1º, bien sea que dicho acuerdo o dicha

9. DERINGER, the competition Law of the European Economic Community, pág. 10; E. CEREXHE “Les règles de la concurrence applicables aux entreprises” No. 2023.

10. J. MEGRET: Le Droit de la Communauté Économique Européenne, pág. 6.

11. DERINGER: Considera lo contrario. op. cit. pág. 11.

decisión sean, o no, jurídicamente obligatorios. La realización de estas prácticas son, en sí mismas, prohibidas; las autoridades encargadas de vigilar la aplicación de las reglas sobre competencia pueden adoptar las medidas conducentes a asegurar el respeto de tales reglas; las autoridades no deben contentarse con prohibir el acuerdo en el cual la práctica concertada encuentra su origen. De esta manera, en la Decisión Grundig-Consten, la comisión no se limitó a constatar que el acuerdo respectivo constituía una infracción al artículo 85, sino que agregó que Grundig y Consten debían abstenerse de efectuar cualquier actividad tendiente a entorpecer la adquisición, por parte de terceras empresas, de los productos materia del contrato entre las dos firmas señaladas, con el objeto de revenderlos en Francia<sup>12/</sup>.

La prohibición de las prácticas concertadas permite a las autoridades intervenir en casos en que la prueba de la existencia de una infracción no puede allegarse directamente, pero en donde las circunstancias hacen presumir, con suficiente certeza, la existencia de dicha infracción. Cuando el comportamiento paralelo de varias empresas solo puede explicarse en virtud de un acuerdo, tal comportamiento podrá considerarse como una práctica concertada. Sin embargo, el simple comportamiento paralelo, incluso si es conciente, no significa, invariablemente, que se haya realizado un acuerdo, pues puede explicarse, por ejemplo, por una estructura oligopólica del mercado, la homogeneidad de los productos respecto de los cuales se efectúe un comportamiento similar, etc. En este sentido, el hecho de que empresas con una débil posición en el mercado adapten su comportamiento al de un competidor poderoso, como en el caso del "price-leadership", no implica, necesariamente la existencia de concentración. Se requiere, pues, al menos, la conciencia de estar participando en un plan común para restringir la competencia, lo cual, desde luego, no significa que se trate de un concurso expreso de voluntades.

Si varias empresas siguen las recomendaciones que les dirija un tercero, o una asociación en la cual dichas empresas participen, y de esta forma acepten tomar parte en un plan que tenga como consecuencia necesaria o previsible introducir restricciones a la competencia, ello es suficiente para que haya práctica concertada de acuerdo con la legislación comunitaria.

De otra parte, no es necesario que varias empresas actúen de manera coordinada; la práctica concertada puede consistir en la acción de una sola empresa, si esta acción es la ejecución de un acuerdo o de un plan común. Tampoco es necesario que los interesados se pongan directa y recíprocamente en contacto, es suficiente que cada uno haya, en cualquier forma, avisado a los otros sus intenciones, de suerte que todos tengan conciencia de estar participando en la ejecución de un plan común.

Sobre este último aspecto, la Comisión en la decisión *Matières Colorantes* del 24 de julio de 1969, consideró que aumentos de precios sucesivos, en porcentajes casi siempre uniformes, realizados casi simultáneamente por varios productores importantes de materias colorantes en varios países miembros, no podían explicarse, exclusivamente, en razón de la estructura oligopólica

12. Esta posición fue acogida por la Corte de Justicia en sentencia del 13 de julio de 1966.

del mercado, sino en virtud de una práctica concertada. Según la Comisión, no es posible pensar que sin una minuciosa concertación previa, los principales productores que proveían el mercado común hubieren en varias ocasiones, aumentado en proporciones idénticas, los precios de una misma e importante serie de productos, prácticamente en el mismo momento y en varios países donde las condiciones del mercado de colorantes eran diferentes. Este razonamiento muestra, claramente, que un paralelismo en los precios que sea realmente originado por la estructura del mercado no se considerará como el resultado de una práctica concertada.

d. Problemas particulares

i) Restricciones a la competencia impuesta por la autoridad.

La coordinación del comportamiento de varias empresas puede ser impuesta por la autoridad pública y, en este caso, no existe violación del artículo 85 párrafo 1°. Así, por ejemplo, el Estado puede introducir medidas que determinen cuotas para la producción o el consumo, o puede limitar las inversiones o fijar los precios de compra y de venta, etc.

Cuando dichas medidas tienen por origen un acuerdo entre empresas o una decisión de una asociación de empresas y se quiere hacer extensivos sus efectos a otras compañías que no han participado en el acuerdo o no hacen parte de la asociación, el Estado no puede hacer obligatorias, erga omnes, tales acuerdos o decisiones sin estar plenamente seguro de la compatibilidad entre las restricciones que así se generan con las normas del tratado. En la práctica, cuando dichas restricciones se encuentran dentro de la esfera de aplicación del artículo 85 párrafo 1° las partes interesadas deben obtener de la comisión una excepción en los términos del artículo 85 párrafo 3°, como condición previa para que pueda tomarse una medida que extienda a terceros las obligaciones que resulten del acuerdo o de la decisión.

ii) Cláusulas accesorias de una transacción lícita.

La conclusión de ciertos actos conlleva, según el derecho interno, una limitación de la libertad de competencia de las partes o de una o algunas de ellas. Esto se presenta, especialmente, en la cesión de fondos de comercio, en la construcción de sociedades de personas, en el arrendamiento de servicios, en las licencias de derechos sobre propiedad industrial. En estas hipótesis la restricción de la competencia tiene como causa la ley y no el contrato y, por ende, el elemento de concertación, que se requiere para aplicar el artículo 85 párrafo 1° está ausente.

Sin embargo, cuando la limitación de la competencia no es simplemente un elemento accesorio de un contrato principal, cuyo objeto es lícito, desde el punto de vista de la legislación comunitaria, sino que aparece que dicho contrato tiene como objetivo el restringir la competencia, bajo la apariencia de una transacción lícita, tales convenciones serán prohibidas. Se trata, entonces, de prestar más atención al verdadero objeto de la transacción y no a su apariencia externa.

De esta manera, si varias empresas establecen una filial de venta común, este hecho no puede eximirlos de su obligación de respeto a las disposiciones sobre competencia. No puede, por este medio, fijar precios uniformes de venta o repartirse los mercados (13).

### 2.2.1.1.2. *La restricción de la competencia*

#### a. Generalidades

La noción de restricción de la competencia es muy difícil de precisar en razón de que existen varias formas de concebir o definir la competencia.

De una parte, puede tenerse la idea de una competencia "atomizada" según la cual se presentan numerosos participantes independientes tanto en la oferta como en la demanda de un bien, de tal manera que ninguno de ellos se encuentra en posibilidad de prever el comportamiento que adoptarán los otros ni de influir sobre el funcionamiento del mercado.

La experiencia ha mostrado, sin embargo, que este esquema se presenta en forma excepcional. En la gran mayoría de mercados existe un número limitado de unidades que pueden, independientemente, ejercer una influencia sobre su funcionamiento y prever, con cierta seguridad, las reacciones que tendrán sus competidores ante sus decisiones. Como de otra parte, es casi imposible modificar la estructura del mercado, las autoridades de control deberán preservar lo que se denomina la "competencia eficaz" en el sentido de que se mantenga la dosis de competencia indispensable para que sean respetadas las exigencias fundamentales del tratado.

#### b. Restricción de competencia entre las partes y la situación de los terceros.

##### i) Acuerdos horizontales y verticales

*Aplicación del artículo 85 a los acuerdos verticales.* Están prohibidos por el artículo 85 parágrafo 1º, no solamente los acuerdos por los cuales las empresas competidoras limitan sus actividades (acuerdos horizontales, como los que tratan de la fijación de precios comunes, reparto de mercados, limitación de la producción, etc.) sino también aquellos en que empresas que se encuentran en niveles diferentes de la producción o distribución limitan la competencia entre una de ellas y terceras compañías (acuerdos verticales, tales como los que establecen aprovisionamientos exclusivos, distribución exclusiva, precios de venta impuestos, etc.). Aunque se discutió si los acuerdos verticales estaban prohibidos por el artículo 85, la Corte de Justicia (14) despejó toda duda a este respecto al declarar que los textos de los artículos 85 y 86 no hacen distinción entre competidores que se encuentren en el mismo nivel y empresas no competidoras ubicadas en niveles distintos. En este sentido puede aplicarse el artículo 85 a un acuerdo de concesión exclusiva sin tener en cuenta que el concedente y el con-

13. Pronunciamiento de la Comisión sobre el negocio SEIFA 30 de junio de 1969.

14. Sentencia de julio 13 de 1966.

cesionario no son competidores entre sí, en razón de que la competencia que tiende a preservar el tratado no es solamente la que pueden hacerse las partes de un acuerdo sino también aquella que puede realizarse entre una de ellas y los terceros.

*Distinción entre restricciones de competencia interna y externa.* Del aparte anterior resulta que el artículo 85 parágrafo 1º busca, de una parte, mantener la competencia entre las partes (competencia interna) y, de otra, proteger la libertad de acción y de escogencia de los terceros (competencia externa). Estos aspectos son diferentes: el primero, trata de estimular a las empresas para que adopten una actitud competitiva en su comportamiento sobre el mercado; y el segundo, tiende a garantizar una estructura de competencia tal, que existan un mínimo de empresas comparables y autónomas que permitan una elección libre entre varias alternativas. Un acuerdo puede restringir la competencia entre las partes sin limitar, perceptiblemente, la libertad de terceros sin originar limitaciones de competencia interna al no ser las partes competidoras.

Pero, no es suficiente que un acuerdo conlleve una modificación en la situación competitiva de terceros para que sea considerado como limitante de la competencia externa; para que esto suceda, debe presentarse una efectiva limitación a la libertad de acción y de escogencia de los terceros.

*Restricción a la libertad de acción o de escogencia de las partes.* La restricción de la libertad de acción de las partes puede resultar tanto de obligaciones jurídicas como de imposiciones económicas previstas en el acuerdo. En la decisión Henkel - Colgate se manifestó que un acuerdo sobre investigación común limitaba la competencia entre los contratantes a pesar de que se permitía que cada uno continuara sus investigaciones, independientemente, sobre las mismas materias objeto del contrato. En este caso, el costo elevado de la investigación y el hecho de que esfuerzos precedentes e individuales no habían dado ningún resultado concreto, hacían presumir que la investigación sería realizada exclusivamente por la sociedad común creada para tal efecto.

Incluso si el acuerdo no produce ninguna restricción a la libertad de las partes, puede ser prohibido si les facilita la adopción de un comportamiento común en sus relaciones con terceros, por ser el origen de prácticas concertadas. En relación con este aspecto, la comisión reconoció que la creación de una compañía de venta común, encargada de distribuir los productos de sus miembros, disminuía el libre juego de la competencia, debido a que los precios y condiciones de venta eran fijados, para cada tipo de producto, por la compañía distribuidora sin importar el fabricante; por ende, era imposible para quien suministraba los productos fijar individualmente los precios y condiciones de venta.

ii) Se requiere afectar de manera sensible la situación de terceros.

*Posición de la comisión.* Aunque inicialmente la comisión se apartó de todo criterio cuantitativo para determinar de qué manera se afectaba

la situación de los terceros, posteriormente comenzó a introducir dicho criterio <sup>15/</sup> posición que fue confirmada por la corte <sup>16/</sup> al afirmar que un acuerdo puede escapar a la prohibición del artículo 85 cuando afecte el mercado en forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto correspondiente.

Fundándose en estos conceptos, la Comisión en el negocio "Bagatelles" expidió, el 27 de mayo de 1970, una comunicación respecto de los acuerdos de poca importancia que no son prohibidos por el artículo 85 con el fin de promover la cooperación entre pequeñas y medianas empresas. Para tales efectos la comisión introdujo una definición cuantitativa del carácter "sensible" con que se debe afectar la situación de los terceros, estimando que dichos acuerdos no son prohibidos cuando los productos respectivos no representan, sobre el territorio señalado en el contrato, más del 5% del volumen de negocios realizado con productos idénticos, o considerados como similares por el consumidor en razón de sus propiedades, precios y uso, y cuando el valor total de las operaciones anuales efectuadas por las empresas que participan en el acuerdo, no supera 15 millones de unidades de cuenta o, en el caso de acuerdos entre empresas comerciales, 20 millones de unidades de cuenta.

El valor total de las operaciones resulta de sumar los ingresos del último ejercicio, de las empresas participantes en el acuerdo, las controladas por estas y por las empresas que controlan a las participantes. El control puede resultar de las siguientes situaciones:

—De disponer, directa o indirectamente, del 25% del capital, o de la mitad de los votos, o del poder de designar la mitad de los miembros de los órganos administrativos de la empresa, o del derecho de administrar los negocios de la misma.

Estos aspectos han sido criticados pues no contribuyen a aumentar la seguridad jurídica, ya que la misma Comisión ha reconocido que la definición cuantitativa del término "sensible", no tiene un valor absoluto. Es posible que en casos particulares los acuerdos celebrados por empresas que superan los límites señalados afecten el comercio en proporciones mínimas y por lo tanto no serían prohibidas por el artículo 85 parágrafo 1°.

Es más grave aún la situación inversa. La comisión ha señalado que el artículo 85 podría ser aplicable incluso cuando los límites señalados, de parte de mercado y del valor total de operaciones, no se excedan; pues en su criterio es posible que un acuerdo relativo a pequeñas cantidades de productos, entre pequeñas y medianas industrias, se encuentre dentro del ámbito del artículo 85 en razón de las características especiales del mercado del producto de que se trate. De esta manera, la comunicación de la Comisión no da a las empresas ninguna certeza de que los acuerdos indicados serán considerados como una excepción a la prohibición.

15. Negocio Chaufourniers, 5 de mayo de 1969, y negocio Volk.

16. Sentencia del 9 de julio de 1969.

Según el criterio expresado por la Comisión y aprobado por la Corte, la afectación sensible de la situación de terceros es un elemento constitutivo de la limitación de la competencia. Si en virtud de la débil posición que ocupan las partes en el mercado, un acuerdo no tiene efectos perceptibles sobre el funcionamiento del mismo, dicho acuerdo será lícito, aunque imponga restricciones graves a la competencia interna, es decir, entre las partes.

Aunque inicialmente la Comisión aplicó este concepto a los acuerdos verticales, esto es, a los acuerdos cuyos efectos restrictivos se refieren a la competencia respecto de terceros, posteriormente se ha podido observar que se quiere aplicar esta regla a los acuerdos horizontales aún cuando estos establezcan serias limitaciones a la libertad de competencia entre las partes.

La aplicación de la noción de afectación sensible no se realiza, únicamente, cuando se trata de establecer si un acuerdo tiene como "efecto" la restricción de la competencia, sino también cuando se trate de calificar su "objeto". Un acuerdo que no origine ningún efecto sensible sobre la posición de los terceros escapa al artículo 85, incluso si tiene por objeto limitar la competencia entre las partes pues de acuerdo con la teoría de la afectación sensible, para que un acuerdo pueda ser prohibido, en razón de su objeto, debe dirigirse a restringir la competencia no solo de las partes sino también respecto de terceros.

*Crítica a la posición de la Comisión y de la Corte.* El énfasis hecho por la Comisión y por la Corte sobre la necesidad de que un acuerdo tenga repercusiones sensibles respecto de la situación de terceros coloca en un segundo plano el primer objetivo del artículo 85 cual es el de mantener la competencia interna. Este objetivo ha sido colocado en una posición accesoria si se le compara con el de preservar la estructura de competencia del mercado. A partir de este momento el artículo 85 no otorga a las partes y a los terceros el derecho de que la competencia interna no sea eliminada, pues garantiza, únicamente, a los terceros que de hecho subsistirá un cierto número de alternativas equivalentes. En esta forma, a una parte que pretenda liberarse de un contrato que la limite, podrá oponérsele la argumentación de que ese contrato versa sobre una fracción relativamente poco importante de los productos respectivos y que por lo tanto se mantendrá, para los terceros, un número suficiente de posibilidades de sustitución. Un acuerdo, que genere la misma clase de restricciones para las partes, podrá ser lícito o ilícito según la magnitud de sus repercusiones sobre los terceros. La elaboración, por la jurisprudencia de reglas de prohibición per se análogas a las que existen en el derecho anti-trust americano, se hace de esta manera imposible.

iii) ¿Qué mercado debe considerarse?

*Noción de producto similares.* En la comunicación "bagatelles" la comisión afirmó que era necesario tomar en cuenta "los productos idénticos o considerados como similares por el consumidor en razón de sus propiedades, precio y uso". Se trata de un criterio subjetivo en el sentido de que considera la actitud de los consumidores. La equivalencia objetiva que no sea reconocida por estos, no servirá para la determinación del mercado correspondiente.

*Extensión geográfica del mercado.* En la sentencia Volk, anteriormente citada, se trataba de un acuerdo de exclusividad con protección territorial absoluta; la Corte tuvo en cuenta la posición de los interesados sobre el mercado "en la zona objeto de la protección absoluta".

Igualmente, en la sentencia *Technique Miniere*, la Corte afirmó que "la alternación de la competencia podía descartarse si dicho acuerdo era necesario para permitir la penetración de una empresa en una zona en donde previamente no tenía participación. De lo anterior se desprende que en los acuerdos de exclusividad el mercado que debe considerarse es aquel en donde el concesionario ejerce sus actividades. Si sobre este mercado el acuerdo origina un incremento de la competencia, el efecto restrictivo podrá descartarse.

c. La noción de competencia en el artículo 85 párrafo 1º

i) ¿Competencia atomizada a competencia eficaz?

El hecho que la Comisión y la Corte hayan considerado que una simple restricción de la libertad de competencia interna no viola el tratado si no está acompañada de una limitación sensible de la libertad de acción y de escogencia de los terceros, demuestra que dichas instituciones se apartaron de la concepción de competencia atomizada. Según esta noción, es suficiente que un solo participante sea eliminado del mercado o se reduzca su independencia para que se concluya que la competencia ha sido afectada. Así, no se requiere examinar la estructura del mercado en su conjunto.

De otra parte, una restricción de la competencia en un sector determinado pero que produzca un aumento de la misma sobre el mercado global, no ha sido considerado por los órganos comunitarios como lícita. En la Sentencia *Grundig* y en el negocio *Transocean* la Corte y la Comisión estimaron que se había violado el artículo 85 párrafo 1º con acuerdos que limitaban la competencia entre distribuidores, en el primer caso, y entre pequeñas y medianas industrias, en el segundo, a pesar de que en ambas situaciones se estimulaba una mayor competencia sobre el mercado considerado como un todo.

Puede apreciarse cierta inestabilidad en la actitud de las instituciones comunitarias: frecuentemente se refieren a la noción de competencia atomizada para analizar si un acuerdo viola el artículo 85 y no examinan si éste aumenta la competencia del mercado integral. Su posición es diferente cuando se trata de establecer si un acuerdo escapa a las previsiones del artículo 85, en razón de la ausencia de efectos sensibles respecto de la situación de los terceros, en este caso se tiene en cuenta la noción de competencia eficaz.

d. Contenido de las palabras "impedir, restringir o falsear el juego de la competencia"

Los acuerdos deben tener por efecto "impedir, restringir o falsear el juego de la competencia sobre el mercado común".

Se "impide" el juego de la competencia si se elimina ésta totalmente,

entre empresas, ya se trate de las partes, de terceros o de una parte en relación con terceros.

Existe "restricción" cuando la competencia entre empresas, en las hipótesis antes indicadas, no es eliminada completamente sino solo en relación con ciertos modos de acción competitiva, o cuando es limitada cuantitativamente.

Finalmente, se "falsea" el juego de la competencia cuando, como consecuencia de un acuerdo o de una práctica, las empresas competidoras, también en las distintas situaciones arriba señaladas, son colocadas en condiciones desiguales de competencia.

En el lenguaje corriente la palabra "restricción" se emplea en forma general, cobijando las distintas formas de limitación.

Pueden citarse como formas de restricción las que reduzcan tanto la competencia actual como la potencial, las que afecten la oferta y la demanda, las que versen sobre bienes y servicios.

e. Restricciones de ciertos modos de acción competitiva.

La competencia entre empresas puede manifestarse de varias maneras: precios, condiciones de venta, servicio después de venta, calidad de producto o del servicio, publicidad, etc.

Para que el artículo 85 sea aplicado no se requiere que un acuerdo o una práctica limite a las partes respecto de todos estos modos de acción competitiva. Un acuerdo sobre precios, por ejemplo, podrá ser prohibido aún cuando las partes continúen compitiendo sobre el terreno de la calidad o del servicio después de venta.

Las restricciones de un modo de acción determinado pueden tener repercusiones sobre los otros medios de competencia. En la Decisión Henkel - Colgate la comisión estimó que los programas de investigación en común y la explotación conjunta de sus resultados tenían como consecuencia que los contratantes renunciaran a la posibilidad de utilizar, en la práctica, como medio de competencia recíproca, los progresos técnicos en materia de producción que cada uno de ellos podría realizar gracias a investigaciones individuales.

De todas maneras, las restricciones de algunos modos de competencia son más graves que otras. Un acuerdo de precios es más restrictivo, por ejemplo, que el que se relacione con las condiciones de venta o con el servicio posterior. Es por ello que la Comisión ha considerado que ciertos acuerdos sobre investigación conjunta, publicidad y utilización de marcas en común, no son prohibidos si las partes conservan la libertad de adelantar investigaciones, campañas publicitarias, o de producir artículos no cubiertos por el acuerdo. Sin embargo, el artículo 85 podrá aplicarse si las partes adquieren obligaciones en cuanto a los precios.

*2.2.1.1.3. Vínculo entre el concurso de voluntades y la restricción de competencia: "por objeto o por efecto".*

Según el artículo 85 los acuerdos son prohibidos si tienen "por objeto o por efecto" restringir la competencia.

En la sentencia *Technique Miniere*, la Corte afirmó que el carácter no acumulativo sino alternativo de esta condición, implica la necesidad de considerar, en primer lugar, el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en que se aplica.

Igualmente, en la sentencia *Grundig* manifestó que no se requería tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo si aparecía que este tenía por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia.

Puede concluirse de estas interpretaciones que existe cierta prioridad de la noción de "objeto" frente a la de "efecto". Así las cosas, solamente cuando no pueda aportarse la prueba de la existencia del objeto restrictivo, procederá el examen para demostrar si el acuerdo tiene por efecto restringir la competencia.

a. Acuerdos que tienen por "objeto" restringir la competencia.

El término "objeto" debe definirse en el sentido de objetivo, o de meta, y no de contenido. En la sentencia *Technique Miniere*, la Corte, sin embargo, consideró que cuando un acuerdo es examinado en relación con su objeto, la comprobación de su carácter restrictivo debe resultar, en todo o en parte, de sus cláusulas, consideradas en sí mismas.

Igualmente, la Comisión en varias de sus decisiones, comienza analizando si el acuerdo respectivo tiene, de acuerdo con su texto, el "objeto" de restringir la competencia. En caso de conclusión negativa, examina si de acuerdo con las informaciones que ella dispone, el acuerdo tiene por "efecto" limitar la actividad competidora y especialmente si las acciones realmente desarrolladas corresponden al "objeto" descrito en el contrato. De esta manera, es posible que aún si las cláusulas del acuerdo no permiten verificar la existencia de una restricción, dicho acuerdo podrá ser prohibido no solo en razón de su "efecto" sino también por tener un "objeto" que vulnere la competencia, si aparece que la intención de las partes, apreciada especialmente en la ejecución que le den al acuerdo, es la de restringir la competencia. La sentencia *Technique Miniere* manifiesta que el objeto de un acuerdo debe ser considerado teniendo en cuenta el contexto económico dentro del cual se aplica, lo que parece excluir la idea de que solo el contenido de las cláusulas debe tomarse en consideración. Así, el examen del contexto económico puede demostrar que un acuerdo, que según sus cláusulas, es aparentemente inofensivo, tiene en la realidad, el objetivo de adelantar una restricción a la competencia.

b. Acuerdos que tienen por "efecto" restringir la competencia.

Cuando no es posible establecer que un acuerdo tiene un objeto lesivo para la competencia, dicho acuerdo, no obstante, puede ser prohibido si tiene por efecto restringirla. En esta forma, el criterio del "efecto" juega un papel importante en el terreno de la prueba.

Debe preguntarse si un acuerdo cuyo objeto no persigue alterar la competencia es, a pesar de ello, prohibido en virtud de que sus efectos son restrictivos.

A primera vista parecería injusto hacer soportar a las partes las consecuencias de efectos que ellas no han podido, razonablemente, prever. Por esto, algunos autores afirman que para ser prohibido un acuerdo, desde el punto de vista de sus efectos, debe aparecer como la causa conducente a la limitación de competencia. Es decir, debe mostrar una "tendencia" a restringir la competencia.

Es conveniente advertir que la "tendencia" a restringir la competencia debe apreciarse objetivamente. No es necesario que las partes hayan tenido como objetivo la restricción de la competencia, ni que ellas hayan previsto los efectos restrictivos, ni inclusive, que hubiesen, normalmente, debido preverlos, ya que en todas estas hipótesis el acuerdo sería prohibido por tener un "objeto" que disminuye la competencia y, por ende, no se requiere recurrir a la noción de "efecto".

Es suficiente entonces que el acuerdo, objetivamente, dada su naturaleza, sirva para limitar la competencia. Sobre este particular es conveniente tomar en consideración no solamente los efectos que están directamente unidos a la ejecución de las disposiciones del acuerdo. Si, en razón del resultado de la ejecución realizada, aparece una situación objetiva de hecho o de derecho que coloca a las partes en posición de restringir la competencia, el acuerdo podrá ser prohibido si las partes aprovechan la situación así creada para disminuir la competencia. No es necesario aportar la prueba de que estos efectos restrictivos son el resultado de prácticas concertadas, si se determina que el acuerdo hizo posibles tales efectos.

### 2.2.1.2. Ejemplos de acuerdos prohibidos

El artículo 85 parágrafo 1º, ilustra el alcance de la regla general mediante la indicación de cinco ejemplos de restricción de competencia. Los actos que reúnen las características descritas en esta enumeración no son prohibidos ipso facto pues, en todo caso, se requiere verificar si afectan el comercio entre los estados miembros y si se basan en acuerdos, decisiones o en prácticas concertadas en el sentido establecido en el tratado.

De otra parte, la enumeración del artículo 85 no es taxativa, ya que tan solo describe las principales categorías de restricciones. Existen otros tipos de acuerdo susceptibles de prohibición. El hecho de que un acuerdo corresponda a una de las categorías previstas en el artículo 85, sin reunir todas las condiciones previstas para esa categoría, no excluye la posibilidad de que sea declarado nulo de acuerdo con la regla general si llena las condiciones de aplicación de ésta.

Los ejemplos citados son los siguientes:

#### 2.2.1.2.1. Acuerdos sobre precios.

En esta categoría están comprendidos tanto los acuerdos horizontales como los verticales. Dentro de los acuerdos horizontales pueden citarse aquellos en que productores competidores fijan en común, los precios de venta o fijan un nivel mínimo de precios. Así mismo hacen parte de esta categoría los acuerdos en que los precios no son fijados por las partes sino por un tercero, frecuentemente por una filial común de venta. Si las partes se ponen de acuerdo, para determinar un porcentaje común de aumento en los precios, esta actividad será igualmente prohibida pues se introduce una rigidez artificial en la estructura de los precios de las empresas contratantes. Finalmente, los acuerdos en que las empresas se comprometen a estabilizar los precios del mercado, mediante la compra de cantidades excedentarias de productos, también son prohibidos por el tratado.

En el campo de los acuerdos verticales se encuentran los que determinan precios mínimos de venta a los distribuidores de un producto. Cuando los fabricantes o los importadores no imponen el precio de venta que deben observar los distribuidores, limitándose a recomendarlos, puede configurarse una práctica concertada, por lo tanto, prohibida por el acuerdo. La imposición (o la recomendación) de márgenes de comercialización o de condiciones uniformes de venta podrán ser anuladas con el mismo criterio. Al contrario, parece que el tratado no prohíbe la imposición (o la recomendación) de precios máximos de venta.

*2.2.1.2.2. Acuerdos de limitación de la producción.*

*2.2.1.2.3. Acuerdos de limitación de mercados.*

*2.2.1.2.4. Acuerdos de limitación del desarrollo técnico o de las inversiones.*

*2.2.1.2.5. Acuerdos de repartición de mercados o de fuentes de aprovisionamiento.*

*2.2.1.2.6. Prácticas discriminatorias.*

Se incluyen dentro de esta categoría los acuerdos que establecen, respecto de los distintos participantes comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes colocándolos, de esta suerte, en una posición de desventaja desde el punto de vista de la competencia.

*2.2.1.2.7. Prestaciones suplementarias.*

El artículo 85 menciona los acuerdos en donde una empresa condiciona la conclusión de contratos a la aceptación de su cliente de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales no tienen vinculación con el objeto de esos contratos.

*2.2.1.3 Excepciones a la prohibición.*

*2.2.1.3.1. Facultad u obligación de reconocerlas.*

El párrafo 3º del artículo 85 dispone que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, prohibidas por el párrafo 1º, pueden ser exentas siempre y cuando cumplan con las condiciones señaladas. Aunque el texto del tratado se limita a declarar que la prohibición “puede ser declarada inaplicable”, se trata en realidad de una verdadera autorización que deben obedecer las autoridades y los tribunales nacionales. A pesar del aparente carácter discrecional que la norma atribuye a la facultad de excepción, se ha admitido que existe la obligación de acordarla cuando las condiciones previstas están reunidas. Estas condiciones, además, han sido concebidas en términos suficientemente generales para que el reconocimiento de dicha obligación no cause daño a la flexibilidad que debe existir en la aplicación de esta disposición.

#### 2.2.1.3.2. *Alcance de la decisión de excepción.*

El otorgamiento de una excepción no significa que el acuerdo correspondiente escape a la aplicación del artículo 85 párrafo 1º; por el contrario, la excepción, en principio, solo puede otorgarse a los acuerdos que reúnen las condiciones de la prohibición.

No se trata, entonces, de una figura equivalente a la “Rule of Reason”, del derecho antitrust americano. Esta última no permite justificar los acuerdos cuyo objeto restrictivo se demuestra, sino simplemente, apreciar si ciertos acuerdos o prácticas que no son prohibidos “per se” pueden considerarse como admisibles o deben prohibirse en razón de sus efectos. El artículo 85 párrafo 3º, habilita a las autoridades comunitarias para exceptuar todos los acuerdos, incluso aquellos en donde se demuestra su carácter intrínsecamente restrictivo.

#### 2.2.1.3.3. *Condiciones de la excepción.*

Las condiciones de fondo que deben observarse, tanto para los acuerdos individuales como por categoría, están indicadas en el artículo 85 párrafo 3º.

Pueden dividirse en condiciones positivas y negativas.

Las positivas son dos:

- a. El mejoramiento de la producción o de la distribución de los productos o la promoción del técnico o económico.

En la sentencia Grundig la Corte de Justicia precisó que el mejoramiento de la producción o de la distribución puede identificarse con las ventajas que los participantes deriven del acuerdo respecto de sus actividades de producción o de distribución, ventajas que generalmente son innegables, pues esto conduciría a la implantación de un método subjetivo que haría depender el contenido de la noción de “mejoramiento” de las relaciones contractuales particulares, lo cual no correspondería a los fines del artículo 85. Agregó la Corte que el mejoramiento debe, concretamente, presentar ventajas objetivas y sensibles de manera que puedan compensarse los inconvenientes que resultan en el campo de la competencia.

## MONOPOLIOS Y CONCENTRACION ECONOMICA

b. La necesidad de reservar a los utilizadores una parte equitativa del beneficio que se produzca.

Por utilizador se entiende no solamente el consumidor final del producto sino también quien los utilice industrial o comercialmente. No se requiere que las partes demuestren que el beneficio producido llega hasta el consumidor final, pero no podrían limitarse a establecer que los utilizadores que son parte del acuerdo obtienen beneficios, pues los utilizadores que menciona el tratado deben ser terceros.

La noción de beneficio debe entenderse en un sentido amplio, no necesariamente la reducción de precios sino todas las ventajas que los utilizadores retiren del desarrollo del acuerdo, como, por ejemplo, que los consumidores puedan más fácil y rápidamente conseguir los productos de sus preferencias, que un producto nuevo con características interesantes salga al mercado, que la oferta se aumente o se mejore cualitativamente, etc.

La apreciación de lo que constituye una parte "equitativa" del beneficio es de difícil precisión. En la práctica la Comisión se ha mostrado reservada sobre este aspecto, contentándose con examinar si existe en el mercado una competencia suficiente que haga poco posible la imposición, por parte de los contratantes, de condiciones abusivas en detrimento de los utilizadores.

c. La primera condición negativa exige la ausencia de restricciones que no sean indispensables para alcanzar los efectos favorables del acuerdo. El carácter indispensable se relaciona con la naturaleza de la restricción y con la importancia de la misma. De esta manera la excepción será negada si el acuerdo contiene restricciones que, por su naturaleza, no son necesarias o si revisten un nivel de gravedad superior al que es indispensable.

Toda restricción que tenga el carácter de indispensable no es admitida por ese solo hecho pues se requiere hacer un balance en donde se comparen las ventajas que se buscan con los inconvenientes que generen las restricciones contenidas en el acuerdo.

d. La segunda condición negativa se dirige a impedir que se elimine la competencia.

Esta condición establece una limitación objetiva a la facultad de excepción. Cualquiera que sea el número y la importancia de las ventajas que resulten de un acuerdo, para la economía en general o para los utilizadores, y aún cuando todas las restricciones establecidas sean indispensables, para alcanzar tales objetivos, dicho acuerdo no puede evadir la prohibición si da a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos materia del acuerdo.

Esto significa que la creación de un monopolio no puede ser autorizada mediante la aplicación del artículo 85 parágrafo 3°. Para estos efectos debe tomarse en consideración la parte del mercado de que disponen las partes, la estructura del mismo, el número y poder de los competidores que no hacen

parte del acuerdo, la situación geográfica de las empresas participantes y especialmente de la eventual existencia de protecciones geográficas, etc.

### 2.2.2 Artículo 86: Posición Dominante

El Artículo 86 del tratado de Roma establece: “Es incompatible con el mercado común y prohibido, en la medida en que el comercio entre estados miembros pueda ser afectada, el hecho, de una o varias empresas de explotar de manera abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de este”.

“Tal abuso consiste por ejemplo en lo siguiente:

a) Fijar directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de comercio.

b) Limitar la producción, los mercados, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

c) Aplicar condiciones diferentes a transacciones equivalentes, colocando así en una desventaja competitiva a ciertos comerciantes.

d) Hacer que la celebración de contratos se sujete a la aceptación de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según el uso comercial, no tengan conexión con el objeto de tales contratos”.

Este artículo prohíbe, solamente, la explotación abusiva de una posición dominante, pero no la existencia misma de posición dominante. No prohíbe, tampoco, la adquisición o la consolidación de tal posición, bien sea por fusión, concentración o en otra forma, siempre y cuando dicha adquisición no se haga posible por la explotación abusiva de una posición dominante. Sobre este particular el artículo 86 se distingue del artículo 66, parágrafo 1º. del tratado CECA<sup>17/</sup> que establece un control previo para las concentraciones y de la sección 2 del Sherman Art., que prohíbe la “monopolización incluso si se realiza por una empresa que no está aún, en posición dominante.

#### 2.2.2.1 La noción de posición dominante

##### 2.2.2.1.1 Definición

El artículo 86 del tratado de Roma no define la posición dominante. El artículo 66, parágrafo 7º. del tratado CECA, que contiene una disposición similar, dispone que la posición dominante es aquella que sustrae a la empresa que la posee de una competencia efectiva. Una disposición parecida se encuentra en la ley alemana contra las restricciones a la competencia de julio 27 de 1957. El legislador belga y el holandés, en cambio, se refieren al poder, que

17. Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

detentan una o varias empresas de ejercer una "influencia preponderante" sobre el mercado<sup>18/</sup>

A pesar de su formulación diferente, estas definiciones se refieren al mismo fenómeno. Si una empresa es capaz de ejercer sobre el mercado una influencia preponderante, esto significa que puede actuar sin la necesidad de tener en cuenta las reacciones de sus competidores, mientras que estos deben tener en cuenta las actuaciones de aquella. Puede decirse, entonces, que dicha empresa no tiene que afrontar una competencia efectiva. En ambos casos, el factor decisivo es la ausencia de una presión competidora lo que tiene como consecuencia que la competencia no cumpla su labor de reguladora del mercado.

En la decisión Continental Can del 9 de diciembre de 1971 la Comisión consideró que las empresas se encuentran en posición dominante cuando tienen la posibilidad de comportarse independientemente, lo que les otorga la posibilidad de actuar sin tener en cuenta a sus competidores que pueden ser los compradores o los proveedores de un producto.

*2.2.2.1.2. La estructura del mercado como criterio de existencia de una posición dominante.*

Existen dos maneras de determinar si una empresa detenta una posición dominante. De una parte, se puede tomar en consideración un criterio estructural, para establecer que dicha empresa no está sometida a una competencia efectiva; de otra parte, se puede tomar en cuenta su comportamiento sobre el mercado.

Dentro de los criterios estructurales debe citarse, en primer lugar, aquel que se refiere a la parte del mercado que detenta una empresa determinada. Esta "parte" debe apreciarse tomando en consideración, ante todo, no la producción sino el valor de las operaciones realizadas dentro del Mercado Común por la empresa respectiva, y además, el de sus competidores, dentro de los cuales deben considerarse las empresas de terceros países que exportan al mercado común. Es posible, entonces, que una empresa sea la única fabricante de un producto en el mercado común, sin que se le considere como dominante en razón de la importancia que puede tener sobre el mercado el volumen de importaciones. Pero debe aclararse que en esta situación se corre el riesgo de que se disminuyan las importaciones, en virtud, por ejemplo, de una política comercial restrictiva, pudiéndose convertir la empresa en dominante, carácter que no tenía previamente.

Junto con el criterio de la parte del mercado, debe tenerse en cuenta el criterio de la estructura del mercado y, particularmente, el número, dimensión y dinamismo de las empresas competidoras. Mientras los competidores sean más numerosos y débiles, la parte del mercado que se necesita para adquirir una posición dominante es más reducida.

18. Art. 1o. de la ley belga del 27 de mayo de 1960; art. 1o., párrafo 1o. de la ley Holandesa del 28 de junio de 1956.

Igualmente, debe tomarse en consideración la competencia potencial que depende de la naturaleza de la actividad, de la facilidad existente para que nuevas empresas se establezcan y de la existencia de productos de sustitución. Finalmente, se requiere apreciar la evolución del mercado durante un determinado periodo para establecer si la parte de mercado de la empresa respectiva ha aumentado durante tal período, al igual que sus beneficios y los precios; todos estos datos pueden permitir la conclusión de que una empresa se halla en posición dominante.

### *2.2.2.1.3 La posibilidad de comportamientos independientes como criterios de la existencia de una posición dominante*

En un memorando de diciembre de 1965 la Comisión no aplicó el criterio estructural, rechazando, incluso, el criterio de parte de mercado para determinar la existencia de una posición dominante. Consideró, en cambio, que el criterio fundamental es el "comportamiento sobre el mercado"

En concreto dijo la Comisión:

"La dominación del mercado no puede ser únicamente definida en razón de la parte del mercado que detenta la empresa ni de otros elementos cuantitativos de una estructura del mercado respectivo. La dominación es, ante todo, un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las decisiones de otras empresas, bien sea que dicha facultad sea empleada, o no, en un determinado sentido. Una empresa que pueda, cuando lo desee, sacar del mercado a sus competidores, puede, en este momento, tener una posición dominante y determinar de una manera decisiva el comportamiento de otras empresas, incluso si su parte de mercado es aún relativamente débil"

Lo que caracteriza, entonces, la posición dominante, según la Comisión, son los medios de acción de que dispone la empresa, la facultad de ejercer una influencia notable sobre el mercado.

La Comisión aplicó esta interpretación en la decisión Continental Can al definir la posición dominante como la posibilidad de "comportamientos independientes" que se presentan "cuando en razón de la parte de mercado, o de la parte del mercado en relación con la disposición de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, las empresas en posición dominante tienen la posibilidad de determinar los precios o de controlar la producción o la distribución de una parte importante de los productos respectivos". Además la Comisión tuvo en cuenta, en este caso, respecto de las características de la Continental Can: "Su avance tecnológico, la amplia gama de productos que dicha empresa fabricaba y vendía, el poder económico y financiero de su grupo y el hecho de que la Continental Can fabricaba las máquinas necesarias para la producción y utilización de sus productos.

#### 2.2.2.1.4 *Posición dominante y monopolio*

Definiendo la posición dominante como la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia "notable y previsible" o como la "posibilidad de comportamiento independiente" que coloca a la empresa dominante en posición de actuar sin tomar en consideración a sus competidores, la Comisión ha llegado a admitir que la posición dominante no implica, necesariamente, un poder de monopolio. En la misma decisión Continental Can, la Comisión, sin referirse expresamente a la distinción señalada, la aplica, cuando después de haber comprobado que dicha empresa poseía una posición dominante en el Mercado Común, considera que la adquisición por parte de la Continental Can de su principal competidor potencial, la empresa holandesa Thomassen en Drijver-Verbifla, constituye un abuso, en la medida que tal adquisición tiene como consecuencia la supresión de la competencia que habría subsistido a pesar de la existencia de la posición dominante.

Esta distinción concuerda con la legislación comunitaria por cuanto en ella no se encuentra ningún elemento que haga asimilables las dos nociones; por el contrario, una interpretación amplia de la noción de posición dominante permite cobijar numerosas situaciones contrarias a los objetivos del tratado y que no se encuentran bajo los alcances del artículo 85 en razón de la ausencia del concurso de voluntad, elemento indispensable para que esta disposición pueda ser aplicada. Esto permite, además, que la Comisión pueda intervenir, antes que un proceso de monopolización esté concluido, para impedir que una empresa con posición dominante trate de incrementar su influencia sobre el mercado.

#### 2.2.2.2 La explotación abusiva

##### 2.2.2.2.1 *Noción*

La explotación abusiva no está definida en el tratado. Para precisar su contenido es necesario referirse a los objetivos del tratado y particularmente a la noción de competencia plena, es decir, no falseada, concepto que constituye el fundamento del Mercado Común. Esta posición se desprende del texto del artículo 86 que califica de "incompatible con el Mercado Común" la explotación abusiva de una posición dominante.

Los comentaristas han considerado que, por las razones anteriores, la noción de abuso tiene un contenido objetivo, pues no implica necesariamente la intención de perjudicar, ni tampoco, un comportamiento moralmente reprochable.

En este sentido, la Comisión en la decisión Gema no aceptó el argumento de esta empresa según el cual ella ignoraba que sus actividades constituían una discriminación prohibida. De acuerdo con la Comisión, "la discriminación es un elemento constitutivo de una infracción objetiva que no requiere de culpabilidad".

Igualmente, la Corte de Justicia adoptó la concepción objetiva del abuso en la Sentencia Sirena, al declarar que "si el nivel de precios de un producto no es

suficiente para establecer si hay abuso, puede, por su importancia, y ante la ausencia de otras justificaciones objetivas, constituir un indicio determinante''

La Comisión no se ha manifestado expresamente, sobre la definición de abuso y solamente ha declarado que "hay explotación abusiva de una posición dominante cuando quien la posee utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que serían imposibles en caso de existir una competencia practicable y suficientemente eficaz''.

Algunos autores han criticado la anterior interpretación por no tomar en consideración el hecho de que se requiere que la explotación abusiva tenga cierta permanencia.

De otra parte, aunque el tratado de Roma se diferencia del Derecho Americano (sección 2ª del Sherman Act) en el sentido de que no considera la adquisición de una posición dominante como violatoria del tratado, sin embargo, dicha adquisición constituirá una infracción cuando se logre a través de métodos agresivos, coercitivos o desleales.

#### 2.2.2.2 Ejemplos citados por el artículo 86

Los ejemplos que señala el artículo 86 no son taxativos, pero tienen el carácter de presunciones acerca de la existencia de explotación abusiva de una posición dominante, presunción que, desde luego, puede desvirtuarse. Dice el artículo 86, sobre este particular:

Las prácticas abusivas pueden, particularmente, consistir en:

- a) Imponer de manera directa o indirecta precios de compra o de venta u otras condiciones inequitativas de transacción.
- b) Limitar la producción, los mercados, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
- c) Aplicar a personas con quienes negocie, condiciones desiguales, frente a prestaciones equivalentes, causándoles por ese hecho desventajas desde el punto de vista de la competencia.
- d) Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación, de su contraparte, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no tienen relación con el objeto de esos contratos''.

LEY 16 DE 1936  
(enero 28)

Por la cual se dictan varias disposiciones sobre Bancos, Abonos, Crédito Hipotecario y Bolsas de Valores.

El Congreso de Colombia,  
DECRETA:

**Artículo 10°** Los directores de establecimientos bancarios no podrán pertenecer a las juntas directivas de otros institutos de crédito, con excepción de las del Banco de la República y del Banco Central Hipotecario.

LEY 5ª DE 1947  
(septiembre 27)

Sobre la revisoría fiscal de instituciones oficiales de Crédito y Fomento.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

**Artículo 7°** Los miembros de las Juntas Directivas y los Gerentes de los establecimientos bancarios, no podrán pertenecer a Juntas Directivas de otros institutos de crédito, ni a las Bolsas de Valores, con excepción de la Junta del Banco de la República. La violación de la anterior disposición da lugar a la imposición de una multa de mil pesos (\$1.000) a cinco mil pesos (\$5.000), impuesta por la Superintendencia Bancaria. Queda en los anteriores términos modificado el artículo 10 de la Ley 16 de 1936.

LEY 155 DE 1959  
(diciembre 24)

Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre Prácticas Comerciales restrictivas.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

**Artículo 1°** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

**Parágrafo.** El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre competencia, tengan por

fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

**Artículo 2°** Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley.

**Artículo 3°** El Gobierno intervendrá en la fijación de normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, materias primas y artículos o mercancías con miras a defender el interés de los consumidores y de los productores de materias primas.

**Artículo 4°** Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000), o más, estarán obligados a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

**Parágrafo 1°** El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

**Parágrafo 2°** Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.

**Parágrafo 3°** El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal.

**Artículo 5°** Extiéndese la incompatibilidad establecida en el artículo 7° de la Ley 5ª de 1947 para los Miembros de las Juntas Directivas y los Gerentes de establecimientos de crédito y Bolsas de Valores, a los Presidentes, Gerentes, Directores, Representantes legales, administradores y miembros de Juntas Directivas de empresas, cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas tengan activos por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000) o más.

**Parágrafo** La incompatibilidad establecida por el presente artículo no cobija a los Presidentes, Gerentes, Representantes legales y Administradores de las Compañías de Seguros que por exigencia de la ley deban constituir

otras sociedades para operar en los ramos de seguros de vida, seguros generales y capitalización.

**Artículo 6°** Los Presidentes, Gerentes, Directores, Representantes legales, Administradores o miembros de las Juntas Directivas de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas, no podrán distribuir por sí ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios producidos por la respectiva empresa o sus filiales, ni ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios.

Esta incompatibilidad se extiende a los funcionarios de sociedades de responsabilidad limitada que tengan como socios otra sociedades, en forma tal que el número total de personas naturales exceda de veinte (20).

**Parágrafo 1°** La prohibición contenida en este artículo se extiende a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de aquellos funcionarios.

**Parágrafo 2°** Las empresas tendrán un plazo de diez y ocho (18) meses para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

**Artículo 7°** Las empresas industriales que establezcan o hayan establecido sistemas directos de distribución de sus productos o por intermedio de empresas comerciales, autónomas o filiales, no podrán vender sus artículos, mercancías, o productos por procedimientos que impliquen competencia desleal para con los comerciantes independientes que negocien con los mismos artículos o productos.

**Artículo 8°** Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes.

**Artículo 9°** Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.

**Artículo 10°** Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas.

**Artículo 11.** Se considera que constituyen actos de competencia desleal los determinados como tales en las convenciones y tratados internacionales y especialmente los siguientes:

1° Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;

2° Los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;

3° Los medios o sistemas encaminados a la desorganización interna de una empresa competidora, o a la obtención de sus secretos;

4° Los medios o sistemas encaminados a obtener una desviación de la clientela, por actos distintos a la normal y leal aplicación de la ley de la oferta y la demanda;

5° Los medios o sistemas encaminados a crear una desorganización general del mercado;

6° Las falsas indicaciones de origen y de calidad de los productos y la mención de falsos honores, premios o condecoraciones;

7° La ejecución de actividades del mismo género, a que se dedica la empresa a la cual pertenecen, por parte de socios, directores o dependientes cuando tales actividades perjudiquen a dicha empresa por ser contrarias a la buena fe y al honrado y normal desenvolvimiento de las operaciones en el mercado.

**Parágrafo** Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicios por la vía ordinaria.

**Artículo 12.** El Ministerio de Fomento, de oficio o por denuncia de cualquier persona, podrá promover por intermedio de la Superintendencia Bancaria, de la Superintendencia de Sociedades Anónimas o la Superintendencia de Cooperativas, las investigaciones por violaciones a esta ley. En caso de que el control de la empresa no esté adscrito a las entidades antes dichas, la investigación estará a cargo del Ministerio de Fomento. La denuncia deberá ser admitida por el Ministerio siempre que se presente debidamente motivada y acompañada de prueba sumaria que la justifique.

**Artículo 13.** La investigación, de carácter estrictamente reservado, se adelantará mediante la exigencia de informes sobre producción, importaciones, utilización de materias primas nacionales y extranjeras, sistemas de distribución y ventas; por medio de visitas a las referidas empresas y, en general, mediante la obtención de todas las pruebas indispensables.

Del acta de conclusiones se dará traslado por un término prudencial hasta de treinta (30) días a las entidades denunciadas o que en el curso de la investigación resultaren implicadas, a fin de que puedan formular sus descargos.

**Artículo 14.** Vencido este término, el expediente pasará al conocimiento del Ministro de Fomento, el cual, previo concepto del Consejo de Política Económica y Planeación podrá imponer las siguientes sanciones:

a) Retiro de las acciones del mercado público de valores;

b) Prohibición de funcionamiento de la empresa para el caso de reincidencia en la violación de esta Ley.

Además de estas sanciones, y de conformidad con la gravedad de los hechos, podrá imponer multas hasta de quinientos mil pesos (\$500.000), a favor del Tesoro Nacional.

**Artículo 15.** La resolución que profiera el Ministerio de Fomento tendrá recurso de reposición ante al mismo Ministerio, y surtido éste queda agotada la vía gubernativa.

**Artículo 16.** En el caso de las sanciones previstas en el aparte b) del artículo 14, la demanda de la resolución ministerial ante el Consejo de Estado suspenden automáticamente su ejecución.

**Artículo 17.** En cumplimiento del artículo 32 de la Constitución Nacional, el Ejecutivo podrá intervenir en la fijación de los precios con el fin de garantizar tanto los intereses de los consumidores como el de los productores y comerciantes. La fijación de precios podrá realizarla el Gobierno, como una de las medidas que se tomen con base en la investigación que se haya verificado de acuerdo con esta Ley y para los productos o servicios de la empresa objeto de la investigación.

Igualmente el Estado podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Fijar un plazo perentorio para que cesen las prácticas, sistemas o procedimientos prohibidos;

b) Someter a la empresa o empresas, cuyas prácticas se investigan, a la vigilancia de la respectiva entidad encargada del control, por un tiempo determinado, en cuanto a su política de producción, costos, distribución y precios, y con el solo fin de comprobar que la empresa o empresas acusadas no continúan ejerciendo las prácticas comerciales restrictivas que dieron lugar a la investigación.

**Artículo 18.** Los revisores o interventores deberán ejercer una estrecha vigilancia para darle estricto cumplimiento a la presente Ley.

**Artículo 19.** Los acuerdos, convenios y operaciones prohibidos por esta Ley son absolutamente nulos por objeto ilícito.

**Artículo 20.** Esta Ley regirá desde su sanción.

**Decreto Número 3236 DE 1962**  
**[diciembre 10]**

Por medio del cual se reglamenta la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas,

**El Presidente de la República de Colombia,**

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Para efectos de la autorización facultativa que se consagra en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 en la celebración de acuerdos

o convenios limitativos de la libre competencia a través de concentraciones jurídico-económicas, se consideran sectores básicos de interés para la economía y bienestar social, los siguientes:

a) El procesamiento manufacturero y de artículos destinados a satisfacer la alimentación, vestuario, sanidad, vivienda, combustibles y demás bienes de consumo esencial o frecuente dentro de la estructura del gasto de las familias;

b) Las industrias dedicadas a la prestación de los servicios de transporte, energía eléctrica, acueductos, oleoductos, gasoductos, telecomunicaciones, bancarios, seguros y educacionales, y

c) Todas aquellas actividades económicas que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, tengan o llegaren a tener en lo futuro el carácter de industrias básicas o complementarias a la producción de hierro.

**Artículo 2°** El Gobierno no podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios de concentraciones jurídico-económicas cuando tiendan a controlar simultáneamente actividades económicas inherentes a los sectores agropecuarios, industriales y comerciales.

**Artículo 3°** Las funciones de vigilancia que se consagran en el artículo 2° de la Ley 155 de 1959 serán ejercidas por la Superintendencia de Regulación Económica o por las entidades gubernamentales delegadas, mediante el estudio de los siguientes documentos que deben suministrar semestralmente las empresas sujetas a la intervención del Estado:

a) Balances contables y sus respectivos anexos demostrativos de las operaciones industriales y del porcentaje de las utilidades obtenidas en proporción al capital invertido.

b) Informes comprobatorios de los costos netos de producción y de las reservas presupuestales diferidas y destinadas a la amortización de las inversiones industriales hechas por la respectiva empresa, al igual que otra clase de reservas.

c) Listas de precios de los productos o artículos manufacturados y sus respectivas escalas para la distribución y venta de los mismos, a niveles mayoristas y minoristas.

d) Muestras de los productos o artículos manufacturados para verificar su calidad, peso y empaque y la observancia de las normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, materias primas y artículos manufacturados.

e) Informes sobre existencia, origen y costos de las materias primas procesadas y de saldos en disponibilidad.

f) Informes sobre la proporción de las materias primas nacionales y extranjeras incorporadas en el procesamiento industrial y sobre los programas tendientes a fomentar su producción total en el país.

g) Informes sobre los sistemas de transportes, distribución y venta de los productos o artículos manufacturados.

h) Informes sobre los mercados y territorios abastecidos por la respectiva producción industrial y sobre el volumen de las ventas realizadas en tales mercados y territorios.

i) Informes sobre el personal de trabajadores ocupados por la respectiva empresa industrial, sobre el monto de los sueldos y salarios y sobre las prestaciones sociales asistenciales dispensadas.

j) Una memoria descriptiva de los equipos industriales, de sus costos de adquisición e instalación, de su capacidad de producción y de las ampliaciones y mejoras programadas.

k) Informes sobre el monto de los impuestos nacionales, departamentales y municipales pagados anualmente por la respectiva empresa industrial, y

l) Un esquema sobre los sistemas de distribución ilustrados con informaciones de la Empresa y el sector comercial.

**Artículo 4°** La Superintendencia de Regulación Económica podrá delegar las funciones de vigilancia y control conferidas por la Ley, a los gobernadores de los Departamentos y a los Alcaldes Municipales de los Distritos que tengan más de veinticinco mil (25.000) habitantes. Los Gobernadores podrán subdelegar estas funciones previa autorización especial de la Superintendencia de Regulación Económica.

**Artículo 5°** Para los efectos del párrafo 1° del artículo 4° de la Ley, se considera como indebida restricción a la libre competencia:

a) Toda propuesta de concentración jurídico-económica que pretenda la absorción de producción, distribución y venta de bienes de consumo esencial o la prestación de servicios a niveles que sobrepasen los requerimientos de la demanda y consumo en la respectiva zona de operaciones de las empresas industriales, en un cincuenta por ciento (50%).

b) Toda propuesta de concentración jurídico-económica que haya estado precedida por la celebración de convenios privados y en la modalidad conocida con el nombre de "Pactos de caballeros", y

c) Toda propuesta de concentración jurídico-económica que haya sido determinada por el bloqueo o desmoralización de las empresas independientes, mediante la venta de bienes o la prestación de servicios por debajo del precio de costo.

**Artículo 6°** Para los efectos de la autorización presuntiva que se establece en el párrafo 2° del artículo 4° de la Ley, el término de treinta (30) días empezará a contarse desde la fecha en que la respectiva solicitud de fusión, consolidación o integración jurídico-económica pase al estudio del Consejo Di-

rectivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Esta circunstancia deberá hacerse constar en el correspondiente libro de reparto de los negocios sometidos al estudio del citado organismo.

**Artículo 7°** Toda solicitud tendiente a lograr la autorización estatal para la celebración de concentraciones jurídico-económicas deberá contener los siguientes anexos informativos:

a) Certificación expedida por la Superintendencia de Regulación Económica sobre la circunstancia de que ninguna de las empresas que pretendan fusionarse ha sido sancionada o reconvendida por la práctica de sistemas o procedimientos restrictivos de la libre competencia;

b) La capacidad de producción, los mercados y territorios abastecidos por las empresas que pretendan fusionarse;

c) Los sistemas de transporte, distribución y venta establecidos por las empresas que pretendan fusionarse; y

d) Certificación de la Superintendencia de Regulación Económica sobre presentación de los documentos exigidos por el artículo 3° del presente decreto, correspondientes al semestre anterior a la fecha de la solicitud.

**Artículo 8°** Las autorizaciones que el Gobierno Nacional confiera o haya conferido para la consolidación, fusión o integración de empresas industriales dedicadas a una misma actividad económica podrán ser suspendidas temporalmente o revocadas, cuando se compruebe la violación de las normas anti-monopólicas consagradas por la Ley 155 de 1959 por parte del consorcio industrial integrado por la concentración jurídico-económica de las empresas que operaban independientemente.

**Artículo 9°** Los consorcios industriales que existían antes de la vigencia de la Ley 155 de 1959 y las concentraciones jurídico-económicas que se hayan organizado con posterioridad a su vigencia, deberán presentar a la Superintendencia de Regulación Económica dentro de los noventa (90) días siguientes a la vigencia del presente Decreto Reglamentario, los documentos requeridos por el artículo 3° de este estatuto y necesitarán autorización de la citada entidad para continuar ejerciendo sus actividades económicas.

**Artículo 10.** Para el control de las incompatibilidades establecidas por el artículo 5° de la Ley 155 de 1959 las empresas industriales sujetas a la intervención del Estado, deberán presentar semestralmente a la Superintendencia de Regulación Económica las nóminas de las Juntas Directivas y de los funcionarios de representación legal, dirección y administración. Tales incompatibilidades extiéndense a los dependientes de las respectivas empresas industriales que ejerzan funciones distintas a la dirección o administración de las mismas.

**Artículo 11.** Para efecto de la restricción consagrada por el artículo 6° de la Ley 155 de 1959, se considera como interpuesta persona aquella que confi-

gure presuntivamente nexos de dependencia económica o de índole familiar dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, con respecto a los funcionarios sujetos a incompatibilidad.

**Artículo 12.** La distribución y venta que se prohíben por el artículo 6° de la Ley, comprenden la venta mayorista o minorista de los bienes o servicios en establecimientos públicos, en residencias particulares o mediante sistemas ambulantes.

**Artículo 13.** Para efectos de la restricción establecida por el artículo 7° de la Ley, constituyen competencia desleal por parte de las Empresas industriales que distribuyan directamente o por medio de filiales sus propios bienes de producción la ausencia de escalas de precios o la producción de venta a domicilio por sistemas que impliquen incentivos distintos de la libre competencia.

**Artículo 14.** Para efectos de la restricción establecida por el artículo 8° de la Ley, constituye acaparamiento monopolista toda concentración de bienes que sobrepase los niveles que demanda el consumo en el territorio o mercados abastecidos por la respectiva empresa distribuidora.

**Artículo 15.** La observancia de los precios de venta al público, establecida por el artículo 9° de la Ley, comprende el precio unitario de los productos y artículos manufacturados y el de sus accesorios o aditamentos complementarios.

**Artículo 16.** Además de los actos o hechos que por el artículo 11 de la Ley se califican como constitutivos de competencia desleal, se consideran como tales los siguientes:

a) La destrucción de materias primas, de productos agropecuarios e industriales en cualquier grado de elaboración o de producción; o la destrucción de los medios destinados a producirlos o transportarlos bajo el propósito de provocar alzas en los precios y a suprimir y dificultar la libre competencia.

b) El abandono de cosechas, cultivos o plantaciones o de productos agropecuarios y el cese de su producción sin causa justificada; y

c) La obligación impuesta al comprador, locatario o usuario, para adquirir productos o utilizar servicios no solicitados como condición para atender la solicitud principal.

**Artículo 17.** Será competente para conocer de la acción indemnizatoria de perjuicios establecida por el párrafo del artículo 11 de la Ley 155 de 1959 el Juez competente del domicilio del damnificado y en razón de la cuantía de los daños causados. Esta demanda no estará sujeta a reparto y deberá ser acogida y sustanciada de plano.

**Artículo 18.** Las denuncias que se hagan ante el Ministerio de Fomento por violaciones a las normas consagradas en la Ley antimonopólica podrán presentarse oralmente o por escrito y su motivación consistirá en la enunciación

concreta del infractor, o infractores, de su domicilio social o comercial y de los actos o hechos configurativos de la violación denunciada. La prueba sumaria requerida por el artículo 12 de la Ley 155 de 1959 en dos declaraciones extrajudiciales o en la información del denunciante, ratificada bajo la gravedad del juramento ante una autoridad judicial en orden a evitar la temeridad de la denuncia.

**Artículo 19.** Los informes requeridos por el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 para adelantar la investigación de los hechos denunciados, deberán ser suministrados dentro de un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que sean solicitados vencido el cual, háyanse o no rendido, se proseguirá la investigación administrativa. Las visitas, inspecciones oculares, revisión de los libros de contabilidad y de la correspondencia y la práctica de las demás pruebas que se consideren conducentes, se llevarán a cabo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que los informes hayan sido suministrados o haya vencido el término para ello.

**Artículo 20.** Para la formulación de los descargos inherentes a las imputaciones consignadas en el acta de conclusiones de la investigación, las personas naturales o jurídicas denunciadas como infractores dispondrán del término de diez (10) días contados desde el vencimiento del término del traslado establecido por el artículo 13 de la ley.

**Artículo 21.** Para la evacuación del concepto previo que debe rendir el Consejo de Política Económica y Planeación para la imposición de las sanciones correspondientes, la Superintendencia de Regulación Económica señalará un plazo prudencial que no podrá exceder de treinta (30) días.

**Artículo 22.** Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, háyase o no rendido el concepto del Consejo de Política Económica y Planeación, se dictará la providencia respectiva.

**Artículo 23.** La intervención del Estado en la fijación de los precios consagrada por el artículo 32 de la Constitución Nacional y por el artículo 17 de la Ley que se reglamenta comprende no sólo los precios de los artículos de primera necesidad sino también los de los demás artículos que se enuncian en el ordinal a) y los de los artículos producidos por las industrias a que se refiere el ordinal c) del artículo 1º de este decreto, y los de los servicios enunciados en el ordinal b) ibídem.

**Artículo 24.** Además de las sanciones establecidas por el artículo 14 de la Ley, la Superintendencia de Regulación Económica o las entidades gubernamentales delegadas podrán imponer las siguientes:

a) Cancelación de la Personería Jurídica y de la inscripción en el Registro Público de Comercio;

b) Pérdida de las concesiones, privilegios o prerrogativas de que gozan las personas naturales o jurídicas sancionadas;

c) Inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio y las actividades económicas de las personas naturales o jurídicas infractoras e incursoas; y

d) Inhabilitación para ejercer el comercio durante un lapso de tres a diez años para los funcionarios de empresas por la participación punible que les resulte.

**Artículo 25.** En caso de reincidencia por violación de las normas restrictivas consagradas por la Ley, el Gobierno propiciará la importación y producción de materias primas o mercancías similares, mediante estímulos cambiarios arancelarios, fiscales y crediticios, como medida tendiente a normalizar el mercado en forma competitiva.

**Artículo 26.** Las empresas industriales que en alguna forma se beneficien de las medidas de protección económica que dicte el Gobierno, no podrán establecer sistemas comerciales de distribución y venta que en alguna forma tiendan a configurar un monopolio de la distribución, al desplazamiento de las empresas comerciales independientes o a derivar, al amparo de la protección industrial utilidades de índole puramente comercial.

**Artículo 27.** Los revisores fiscales, auditores e interventores de las empresas, además de ejercer la vigilancia establecida por el artículo 18 de la Ley, se harán penalmente responsables si no denuncian oportunamente los hechos calificados como violatorios a las normas antimonopólicas consagradas por la Ley 155 de 1959.

**Artículo 28.** Este Decreto rige desde la fecha de su expedición.

DECRETO NUMERO 3307 DE 1963  
(Diciembre 30)

**El Presidente de la República de Colombia**

en ejercicio de sus facultades legales y de las extraordinarias conferidas por la Ley 21 de 1963, previo concepto favorable del Consejo de Ministros,

**DECRETA:**

**Artículo 1°** El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 quedará así:

**Artículo 1°** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tenga por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

**Parágrafo.** El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por

fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

**Artículo 2°** Adscribanse a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de Regulación Económica las funciones que la Ley 155 de 1959 le señala al Gobierno Nacional y al Ministerio de Fomento.

**Artículo 3°** El artículo 15 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

“**Artículo 15.** Contra la Resolución que profiera el Director Ejecutivo procede el recurso de apelación ante el Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica”

“El recurso se interpondrá y decidirá de conformidad con las normas establecidas en el Capítulo II del Decreto No. 2733 de 1959. Surtido el recurso, queda agotada la vía gubernativa”

**Artículo 4°** Los industriales, importadores y comerciantes quedan obligados a fijar en sus productos el precio de venta para el consumidor y a elaborar el catálogo de precios que deberán entregar a la Superintendencia de Regulación Económica, a los alcaldes y a los distribuidores y a mantener dichos catálogos a disposición del público en lugares de venta.

Las mercancías que se exhiban en vitrinas deberán llevar marcado en forma visible el precio de venta al público.

**Artículo 5°** Créanse en la Superintendencia de Regulación Económica, dependiente de la División Técnica, las siguientes Secciones:

a) Sección de Precios y Catálogos, encargada de elaborar el Catálogo Nacional de Precios, de acuerdo con las informaciones que deberán suministrar la industria y el comercio y mantenerlo actualizado.

b) Sección de Asesoría y Coordinación Municipal, encargada de orientar y de coordinar las actividades de los funcionarios municipales, manteniendo la permanente comunicación con los alcaldes y demás autoridades policivas sobre los precios aceptados por la Superintendencia, a fin de que imponga oportunamente las sanciones por especulación y acaparamiento.

**Artículo 6°** El artículo 9° del Decreto número 1479 de 1963, quedará así:

“**Artículo 9°** En casos de especial gravedad, a juicio del Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica, este podrá aplicar a prevención el artículo 5° del presente decreto, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 7° del mismo y podrá comisionar a funcionarios de la citada Superintendencia para que inicien y perfeccionen, en cualquier lugar del territorio nacional, las investigaciones por los hechos de que trata el presente decreto”

**Artículo 7°** Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

CAPITULO II

**LA CONCENTRACION  
DEL PODER ECONOMICO  
Y DEL CREDITO**

### **3. EL DECRETO 2388 Y EL PROYECTO DE LEY 88 DE 1976**

De la lectura de la Ley 155 de 1959 se desprende, claramente, que ella se dirige a evitar las prácticas restrictivas del comercio, en cualquiera de sus formas así como los actos que configuran la competencia desleal. De otra parte, los artículos arriba comentados se refieren a distintas manifestaciones de restricciones a la competencia y de concentración de poder económico que pueden originar distorsiones en el mercado en detrimento de productores, distribuidores y consumidores.

Durante el año de 1976 el gobierno expidió un decreto con base en las facultades que le otorga el artículo 120 Ordinal 14 de la Constitución Nacional y presentó a las Cámaras un proyecto de ley al cual se sumó otro del doctor Hernando Agudelo Villa, presentado durante la actual legislatura.

Tanto el decreto como las proyectos de ley persiguen evitar la concentración de poder económico en el sector financiero. Sin embargo, no se trata de impedir abusos de posición dominante a través de los cuales una institución pueda determinar, unilateralmente, los precios o condiciones de los servicios prestados por los intermediarios financieros o los establecimientos de crédito, pues en este sector existe un equilibrio de fuerzas entre los oferentes de tales servicios que impide a cualquiera de estos establecer, por sí solo, las condiciones del mercado. Se busca, en cambio, erradicar la desmedida ingerencia que

pueden tener las entidades del sector financiero en otras empresas y democratizar el crédito en el sentido de que un mayor número de personas tenga acceso a financiamiento. En este sentido, la denominación de proyectos "antimonopolios", que se ha venido utilizando, es antitécnica e inadecuada.

El Decreto aludido es el No. 2388 por medio del cual se dictan normas sobre fondos provenientes del ahorro privado; según el artículo 1° dichos fondos cuando se encuentren en poder de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no podrán utilizarse para que aquellas entidades o las que les estén vinculadas o subordinadas, al tenor de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, adquieran el control de otra empresa o realicen actos conducentes a adquirirlo.

En razón de que la facultad conferida al Presidente por el artículo 120, ordinal 14 de la Constitución se refiere exclusivamente a los recursos que tienen el carácter de ahorro, el Gobierno, con el fin de lograr el mismo régimen en relación con los demás fondos, presentó el proyecto de Ley No. 88 de 1976, en cuyo artículo primero se expresa la misma prohibición del Decreto pero, esta vez, respecto de recursos recibidos del público distintos de los provenientes del ahorro privado, esto es, los que tienen el carácter "a la vista".

En ambos casos, se excluyen las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de Economía mixta cuando la exclusión se produzca por acto del Superintendente Bancario, para lo cual debe establecerse el interés público o social, o el control administrativo o financiero del Estado que revista la empresa o sociedad respectiva. No queda claro a qué entidades quiso referirse esta disposición; si a los bancos oficiales u otros organismos que capten recursos del público, y en tal caso cuáles serían estos?

Así mismo, las corporaciones financieras gozan de un tratamiento especial al poder controlar empresas durante un lapso de 15 años al término del cual podrán mantener una inversión que no les otorgue tal control. De esta manera, las corporaciones conservan su objeto primordial de fomento y promoción sin que su control sobre las empresas promovidas sea indefinido en el tiempo. El lapso de 15 años puede considerarse como suficiente para organizar e impulsar las empresas en que las corporaciones intervienen. Esta excepción se adapta a las finalidades de las corporaciones financieras que son las de promover la creación, reorganización y transformación de empresas, participar en el capital de ellas o gestionar la participación de terceros (artículo 1° D. 2369/60). No haberlas exceptuado hubiere sido acabarlas, pues su primordial función es precisamente destinar su capital y los recursos que capten a la participación en las empresas que promuevan.

Las compañías de seguros también fueron excluidas por el Decreto 2388 por lo que las facultades que les habían sido asignadas por leyes precedentes para que posean acciones en otras compañías de su misma especie o en reaseguradoras, continúan vigentes. Así mismo, la facultad que les otorga el Decreto 1729 de 1974 de invertir, hasta el 30% del valor de las reservas matemáticas y técnicas provenientes de seguros de ahorro, en acciones de sociedades anóni-

mas nacionales, se mantiene siempre que con tales inversiones no se controlen las empresas receptoras.

En cuanto al contenido de las disposiciones en estudio puede apreciarse lo siguiente:

### 3.1 CONTROL DE EMPRESAS

El contenido de la expresión "adquirir el control" se refiere, posiblemente, al establecimiento de una relación de subordinación o de vinculación de una empresa frente a otra, de tal manera que puedan asimilarse como si se tratara de una sola en virtud, principalmente, de la dirección común que en la práctica se presenta.

El artículo 260 define qué se entiende por entidades filiales y subordinadas, ubicando dentro de las primeras a aquellas que estén dirigidas o controladas económicamente por una matriz, y dentro de las subordinadas a aquellas cuyo control o dirección se ejerza por la matriz a través de otras sociedades que le sean filiales o vinculadas.

Por su parte, el artículo 261 señala algunos casos de subordinación, en razón del capital, de las mayorías en la emisión de votos, y de la participación en las utilidades de las empresas. Además, se entienden vinculadas entre sí las sociedades entre las cuales existan intereses económicos, financieros o administrativos, así como cualquier situación de control o dependencia.

Ahora bien, "realizar actos conducentes a adquirir el control de una empresa" es una expresión muy amplia, que puede cobijar cualquier operación de una entidad financiera que la habilite para establecer con otra empresa las relaciones señaladas en los dos artículos arriba indicados y, concretamente, la adquisición de la proporción de votos necesarios para detentar el poder de decisión en la asamblea general o en la junta directiva. Cabe anotar, sin embargo, que lo que se está prohibiendo es la toma del control y los actos tendientes a lograrlo, lo que permite realizar inversiones, libremente, siempre y cuando estas no tengan como efecto adquirir el control o manifiesten la voluntad de hacerlo.

En realidad, la mayor incidencia de estas normas recaerá sobre los intermediarios financieros, distintos de los establecimientos de crédito, los cuales no podrán adquirir el control de ninguna empresa. En cambio, no introducen modificaciones sustanciales para los establecimientos de crédito, y mal podría referirse a ellos el Decreto 2388/76, pues bien es sabido que éstos solo pueden realizar aquellas operaciones para las cuales han sido expresamente autorizados y que desde su creación se han dictado normas restrictivas y limitativas de sus actividades.

En materia de bancos, concretamente, tenemos que los fondos provenientes del público, solo pueden ser invertidos, tratándose de depósitos a la vista, en operaciones a corto plazo, lo cual excluye la posibilidad de adquirir con ellos el control de cualquier empresa; en relación con los depósitos a término y los

depósitos de ahorro deben emplearse en inversiones específicamente definidas tal como se determinan en el Decreto 1730/74 y en la Resolución 51/74 de la Junta Monetaria las cuales se refieren a créditos para la producción y préstamos para actividades especialmente seguras, pero, en ningún caso, para la adquisición de acciones. De modo que en este aspecto las nuevas normas no varían en nada la situación vigente.

Los bancos comerciales han venido siendo autorizados para adquirir y conservar acciones de otros establecimientos de crédito hasta por un 10% del capital y reserva legal de dichos bancos y en proporciones que no pueden superar el 50% y el 30% del capital y reserva del establecimiento que recibe la inversión, a saber: corporaciones financieras, en el primer caso y corporaciones de ahorro y vivienda, en el segundo. La inversión en almacenes generales de depósito no tiene esta segunda limitación.

Igualmente, las corporaciones financieras pueden invertir hasta el 10% de su capital y reserva en corporaciones de ahorro y vivienda siempre y cuando tal inversión no supere el 30% del capital y reserva de la entidad receptora.

Puede observarse que en todas estas operaciones la ley se refiere al capital y reserva legal del banco, luego podrán seguir efectuándose siempre que se hagan con base en el capital y no con fondos captados del público.

A nuestro juicio, entonces, no se está afectando, en forma alguna, este régimen de inversión, lo cual concuerda con lo que dijo el señor Ministro de Hacienda, cuando presentó el proyecto, al señalar en la exposición de motivos que el sistema propuesto "permite que los destinatarios de la norma conserven su aptitud como inversionistas a fin de no entorpecer la tarea que ellos pueden cumplir en la economía nacional".

### 3.2 CUPO INDIVIDUAL DE CREDITO

El proyecto de ley señala en su artículo 2º que para efectos del cupo individual de crédito se incluirán los préstamos y cualesquiera otras formas de financiación, incluidas las garantías, que respondan ante terceros por el beneficiario, que otorguen las entidades financieras y asimila a una sola persona, para estos efectos, a las sociedades colectivas, limitadas y anónimas de familia, sin definir las, respecto de sus socios y accionistas; a los socios gestores, respecto de las sociedades en comandita y a las sociedades subordinadas o vinculadas entre sí.

La finalidad de esta norma es la de evitar que la mayor parte de la cartera del sector financiero se encuentre en manos de un reducido grupo de deudores, dándole al crédito un mayor contenido social, pues de acuerdo con la exposición de motivos del autor del proyecto el 31 de diciembre de 1975 el 1% del total de deudores del sistema bancario tenía el 50% de la cartera del mismo sector.

En la actualidad, y a partir de la ley 45 de 1923, los bancos no pueden prestar directamente a ningún individuo, sociedad, compañía colectiva, corporación o entidad política una cantidad que exceda el 10% del capital pagado y reserva del banco, a menos que se le den garantías reales, en cuyo caso tal por-

centaje podrá elevarse hasta el 25%. En cuanto a la asimilación entre socios y sociedades para estos efectos, el artículo 86 de la Ley 45 dispone que al computarse el total de las obligaciones de cualquier individuo a favor del establecimiento bancario, se incluirán todas las obligaciones a favor de éste de cualquier sociedad o compañía colectiva de que aquel sea miembro, y cualquiera préstamos hechos a favor de él o de la mencionada sociedad. Igual régimen debe aplicarse cuando se trata de establecer las obligaciones de la sociedad colectiva. Esta disposición se aplicará analógicamente en tratándose de socios gestores de las sociedades en comandita por estar sujetos a un régimen idéntico al previsto para los socios colectivos.

A las mismas limitaciones del cupo individual de crédito están sujetas las corporaciones financieras (Decreto 2369/60 artículo 5°.) mientras que las de ahorro y vivienda no pueden conceder créditos a una persona, para construcción superiores al 5% de su capital y reserva (Decreto 1269/72 artículo 9°).

El proyecto introduce otras modificaciones en relación con el cupo individual de crédito que pueden otorgar los bancos. En efecto, el Decreto 3233 de 1965, artículo 4°, establecía que para el cómputo de dicho cupo debían incluirse las garantías que el banco preste al beneficiario para el cumplimiento de contratos de mutuo; posteriormente las resoluciones (36/67, 76/69, 28/70, 58/73, 32/76) de la Junta Monetaria prohibieron este tipo de garantías, lo cual significa que todas las que actualmente se presentan no se incluyen en el cálculo del volumen de crédito acordado a una persona.

El proyecto en estudio, en cambio, dispone que toda garantía deberá tenerse en cuenta para establecer el cupo individual.

En relación con las corporaciones financieras este aspecto no constituye ninguna modificación por cuanto desde el Decreto 2369/60, artículo 5°, las garantías por ellas prestadas se incorporan para determinar el límite del crédito individual. La única innovación consistiría en lo que hace relación a los mecanismos para establecer qué se entiende por una misma persona para efecto de calcular el cupo que le corresponde.

Finalmente en el decreto se crea una comisión asesora del Superintendente Bancario con cuyo previo concepto podrá éste imponer multas sucesivas a las entidades infractoras de las disposiciones que se refieren tanto a la utilización de recursos provenientes del público como al cupo individual de crédito. Tales sanciones pueden ser hasta el doble del valor de la respectiva operación. En la actualidad la violación de las disposiciones sobre inversiones permitidas a los intermediarios financieros y sobre cupo individual de crédito, son sancionadas por no existir norma especial para estos eventos, de acuerdo con el artículo 5° del Decreto 3233 de 1965, es decir, con multas hasta de \$50.000.

#### 4. PROYECTO DEL DR. HERNANDO AGUDELO VILLA

##### 4.1 MOTIVACION

Este proyecto, por el cual se limita la concentración del poder económico en el país, no pretende, de acuerdo con las declaraciones de su autor, suplantar

el proyecto presentado por el gobierno sino aportar a su estudio otros elementos de juicio con el objeto de determinar la definición de una política del Estado para controlar las cada vez más graves tendencias monopolísticas que se advierten en la economía colombiana y en particular en el sector financiero.

En la exposición de motivos el doctor Agudelo hace énfasis en la necesidad de modernizar la legislación sobre concentración y monopolios por razones de justicia social y de eficiencia del sistema económico. Indica, igualmente, que el sector financiero es uno de los instrumentos que más favorece la concentración y las prácticas monopolísticas, más aún cuando han hecho su aparición las corporaciones multinacionales y los conglomerados <sup>19/</sup>.

En el análisis efectuado sobre las causas que han impulsado el proceso de concentración del poder financiero en Colombia, el Dr. Agudelo considera como principales las siguientes:

La aparición en la década precedente de nuevos intermediarios financieros, captadores de ahorro, como las sociedades administradoras de inversión y los fondos mutuos de inversión. Así mismo el establecimiento de un régimen flexible de inversiones para las compañías de seguros y las sociedades de capitalización, por el cual se les permitió invertir en cualquier sociedad anónima hasta el 10% de sus reservas patrimoniales y técnicas. En 1974 este régimen se hizo liberal en virtud del Decreto 1725 que facultó a las compañías de seguros para invertir libremente el 30% de sus reservas matemáticas en acciones de sociedades anónimas y liberó el régimen de inversión forzosa del 80% de los depósitos de ahorro. Este estado de cosas ha facilitado que, por ejemplo, cada uno de los grupos aseguradores represente un volumen de acciones suficiente para controlar las empresas\*.

Otro ejemplo de este proceso de concentración, añade el autor, lo constituyen las sociedades administradoras de inversión que han adquirido, por medio de sus fondos, un volumen apreciable de acciones bancarias con el objeto de dominar las asambleas de ciertos establecimientos bancarios, pero sin el consentimiento de los verdaderos titulares de las acciones que son los suscriptores de los certificados de inversión.

Todo lo anterior ha permitido que las entidades captadoras de ahorro hayan incrementado extraordinariamente su poder formando los llamados "grupos financieros" que están tomando el control del capital y el manejo de entidades bancarias y otras sociedades.

Según el Dr. Agudelo, este proceso de concentración se adelanta en la siguiente forma: una empresa o un grupo adquiere el poder de decisión de otra entidad con menos del 30% de las acciones de dicha entidad; de esto se desprende que las posiciones administrativas y directivas son ocupadas por las

19. Tomado de "El Espectador", edición del 13 de noviembre de 1976.

\* Ya se hizo notar, sin embargo, que el D. 2388 de 1976 modificó este régimen al impedir que los ahorros captados sirvan para adquirir el control de empresas.

mismas personas, quienes derivan, para su grupo o para sí, todo tipo de ventajas por medio de contratos celebrados con la entidad que dirigen. Estos mismos grupos y personas gozan de una posición de privilegio en materia de crédito y de un fácil acceso para controlar otras empresas.

Varios datos trae para demostrar las afirmaciones anteriores: el 60% más pobre de la población colombiana recibe solo el 15.9% del ingreso nacional, según estudios del Banco Mundial; el 51.4% de las sociedades inscritas en la Bolsa de Bogotá, están en poder del 0.3% de los inversionistas<sup>20/</sup> menos del 1% de los deudores del sistema bancario, tienen más del 50% de la cartera, la cual el 31 de diciembre de 1975 ascendía a \$48.000 millones, según declaraciones del Superintendente Bancario<sup>21/</sup> es indiscutible, igualmente el alto grado de concentración en la conformación de las juntas directivas de las sociedades anónimas.

Estas consideraciones ponen en evidencia los vacíos de la legislación actual sobre intermediarios financieros y establecimientos de crédito lo que ha permitido el florecimiento de peligrosas operaciones especulativas con acciones y títulos, el funcionamiento de entidades financieras sin control adecuado y el desarrollo de una política discriminatoria en materia de crédito, concluye el doctor Agudelo.

Para solucionar este estado de cosas, estima el autor que deben modificarse los mecanismos de vigilancia que tradicionalmente han funcionado mediante prohibiciones a las personas naturales o jurídicas de poseer más de un porcentaje de las acciones en determinadas sociedades o mediante el establecimiento de incompatibilidades a los directores de entidades financieras para hacer parte de juntas directivas de empresas del mismo sector financiero. Estos instrumentos no son suficientes para hacer frente a las nuevas modalidades monopolísticas pues el control de las empresas no se realiza hoy por personas naturales, independientemente consideradas, sino por "grupos que no trabajan única y exclusivamente con los establecimientos de crédito tradicionales sino que su actividad se desarrolla por medio de otras entidades"

## 4.2 ANALISIS DEL PROYECTO

Con el fin de solucionar los problemas señalados y de adaptar nuestra legislación a las complejas relaciones y operaciones del sector financiero actual, el proyecto preve los siguientes mecanismos:

### 4.2.1 Capítulo I. Entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria

El artículo primero del proyecto señala que todas las empresas, sociedades y personas que se dediquen habitualmente a captar recursos financieros en cualquier forma y los destinen a la concesión de créditos, directamente o por

20. Tomado de "El Espectador" edición del 13 de noviembre de 1976.

21. Memoria de la XIV Convención Bancaria y de Instituciones Financieras, pág. 73.

medio de personas naturales o jurídicas con las que tengan vinculación económica, estarán sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Aunque esta inspección ya estaba prevista para los bancos, corporaciones financieras, de ahorro y vivienda y almacenes generales de depósito<sup>22</sup>/ así como para los demás intermediarios financieros<sup>23</sup>/ el proyecto es de mayores alcances al someter a tal vigilancia no solo a las personas y entidades que directamente se ocupen de la intermediación entre la oferta y la demanda de dinero, sino que cubre, también, a las que la realicen indirectamente, es decir, por medio de otras personas con las que tengan vinculación económica. ¿Significa esto que las entidades accionistas de las entidades financieras cualquiera que sea su naturaleza quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia y a las reglamentaciones de la Junta Monetaria siempre que se presenten relaciones de subordinación o vinculación? De ser así, este régimen ocasionaría serios desajustes administrativos, pues las sociedades mercantiles vinculadas o subordinadas con el sector financiero quedarían bajo la órbita de funciones de la Superintendencia Bancaria, o no se sabe si, para algunos efectos, la Superintendencia de Sociedades continuará siendo la entidad de vigilancia.

El párrafo de este mismo artículo obliga a las personas y entidades señaladas a un estricto registro detallado de todas sus operaciones con lo cual, según explica el autor del proyecto, se facilitará la investigación de los grupos, se permitirá el control de operaciones especulativas y se evitará la evasión tributaria que se lleva a cabo a través de los intermediarios financieros y del mercado extrabancario.

En el artículo 3°. se consideran como entidades financieras los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y demás establecimientos de crédito, los almacenes generales de depósito, las compañías de seguros, las sociedades de capitalización, las sociedades administradoras de inversión y sus respectivos fondos y las demás entidades o personas a que se refiere el artículo primero. La enumeración precedente corresponde a la que había sido hecha por el artículo 11 del Decreto 971/74.

### 4.2.2 Capítulo II- Concepto de vinculación económica

Se refiere a las distintas situaciones que configuran el concepto de vinculación económica.

En particular, se establece que en las sociedades por acciones su capital deberá estar representado por acciones nominativas. Esta disposición facilitaría el control de las operaciones a que se refiere el proyecto por cuanto los titulares de las acciones serían conocidas fácil y rápidamente. Sin embargo, en este

22. Art. 19 ley 57 de 1931; art. 2o. D. 2369 de 1960; art. 2o. D. 1269 de 1972; art. 2o. ley 20 de 1921 y art. 14 D. 356 de 1967.

23. Art. 1o. D. 1773 de 1973.

aspecto el proyecto no es novedoso ya que el artículo 45 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena, incorporado a nuestro derecho por el decreto 1.900 de 1973 prohíbe las acciones al portador. A pesar de que se ha discutido la vigencia y el alcance de esta norma, la Superintendencia de Sociedades considera que ella se aplica a todas las sociedades por acciones y no solamente a aquellas en donde exista inversión extranjera o a las que tengan una vocación exportadora, es decir a las que se beneficien del mercado ampliado<sup>24/</sup>

El artículo 5° del proyecto tiende a evitar que una persona natural o jurídica ejerza el control sobre otras entidades. Para estos efectos se configura la noción de "grupo", que es el eje del proyecto, y sin la cual no puede detectarse el manejo que un determinado grupo está en capacidad de ejercer sobre ciertas sociedades, ni realizar el control que pretende instaurarse.

La precisión del concepto de "grupo" es particularmente difícil en razón de las múltiples alternativas que existen para lograr el control de empresas. En ciertos casos, se trata de una sola persona natural o jurídica, de gran poder económico, que dirige a otras sociedades directa o indirectamente; en otros, el control se lleva a cabo a través de acuerdos tecnológicos mediante los cuales la empresa que suministra la tecnología, pero no el capital, administra la entidad receptora; o por medio de testaferros que aparecen como titulares de las acciones que, en realidad, pertenecen a otras personas; o por medio de acciones adquiridas con pacto de retroventa o con contrato de opción de compra, etc.<sup>25/</sup>

Para saber con certeza a quien corresponde el control se requiere acudir a la definición de grupo y, para ello se aplica en primer lugar, el criterio de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio en relación con la vinculación económica entre personas jurídicas<sup>26/</sup>

La primera de dichas normas dispone que "las sociedades subordinadas pueden ser filiales o subsidiarias. Se considera filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz. Será subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta".

El artículo 261 agrega que "se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros, en los siguientes casos:

1. Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas;

24. Boletines 21 y 28 de 1977 "Asuntos Jurídicos" publicación de la Superintendencia de Sociedades.

25. Exposición de motivos del proyecto, Anales del Congreso No. 45, 17 de agosto de 1977.

26. El D. 2388 de 1976 y el proyecto No. 88 presentado por el Gobierno que pretenden evitar que los intermediarios financieros adquieran el control de empresas con los recursos del público, acogen el mismo concepto de vinculación de los arts. 260 y 261 del C. de Co.

2. Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta de socios, o en la asamblea, o en la junta directiva, si la hubiere, y

3. Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales.

Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia”.

Estas normas se refieren exclusivamente a vinculaciones entre personas jurídicas y no contemplan las relaciones entre éstas y personas naturales, lo que al decir del doctor Agudelo permite disimular la conformación de grupos y evadir el control establecido para ellas, mediante el empleo de personas naturales que sirven de vínculo entre sociedades aparentemente independientes.

Por esta razón el proyecto hace más amplia la noción de vinculación económica con el fin de incluir en ella las relaciones entre o con personas naturales. En efecto, el artículo 5° trae otras presunciones de vinculación económica que permiten establecer cuándo las personas naturales y jurídicas conforman un grupo y, por ende, cuándo actúan con un interés común.

Con el objeto antes descrito el numeral 2° del artículo 5° introduce el concepto de vinculación tomando en cuenta a los accionistas o socios de entidades financieras cuando están ligados por matrimonio o por determinado parentesco.

Dice textualmente este numeral: “Se presume que existe vinculación económica entre personas jurídicas o naturales, en los siguientes casos:...

2. Cuando entre las personas naturales existan vínculos de matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

El numeral tercero complementa los dos anteriores al establecer el caso de la vinculación entre las personas de que tratan tales numerales, dice esta norma: “cuando entre los representantes legales o apoderados de las personas jurídicas de que trata el numeral primero (Sociedades Subordinadas, artículos 260 y 261 del C. de Co.) y las personas naturales señaladas en el numeral segundo de este artículo, existan vínculos de matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Esta disposición, confusamente redactada, tiene alcances que bien pueden calificarse de exagerados. Un ejemplo puede ayudar a esclarecer su ámbito de aplicación: en el régimen actual un banco puede invertir hasta el 10% de su capital y reserva legal en una corporación financiera, siempre que dicha inversión no sobrepase el 50% de la corporación; es decir, que entre el banco y la corporación puede configurarse una relación de matriz a filial. De otra parte, en

desarrollo de su objeto social la corporación puede invertir en otra empresa y controlarla económicamente, diciéndose que, igualmente, esta última sociedad es filial de la corporación y, al mismo tiempo, subsidiaria del Banco (artículo 260 C. de Co.). Ahora bien, el gerente de la sociedad que recibe la inversión de la corporación tiene un hermano que a su vez posee un establecimiento de comercio. En virtud del numeral 3° del artículo 5° del proyecto habrá vinculación entre la sociedad y el establecimiento de comercio en razón del parentesco entre el gerente y el dueño del establecimiento. De otra parte como existe vinculación entre la sociedad y el banco, ésta puede extenderse, en virtud del juego de relaciones en cadena, hasta el establecimiento de comercio, quedando éste vinculado al banco. Así las cosas, y en consideración de que todas las entidades y personas de este ejemplo pueden invertir, v.gr., en corporaciones de ahorro y vivienda, para la limitación al derecho de voto, esto es, del 10% de las acciones que constituyan el quorum mínimo decisorio, deberán considerarse dichas entidades y personas como un solo grupo, y entre todas no podrán superar tal porcentaje.

El numeral cuarto del mismo artículo 5° establece otra presunción de vinculación "cuando entre las personas naturales o jurídicas existan intereses económicos, financieros o administrativos, comunes o recíprocos, directamente o por interpuesta persona, así como cualquier situación de control o dependencia económica, financiera o administrativa".

Para precisar cuándo se presenta una relación de control la misma norma dispone que una "persona jurídica está controlada económica o financieramente cuando otra persona o grupo de personas, naturales o jurídicas, que representan los mismos intereses económicos, poseen un porcentaje del capital que les permita, en cualquier momento, imponer sus decisiones en el manejo de la empresa, y que se refleja en hechos tales como tener la mayoría del quórum mínimo decisorio en la asamblea general de accionistas o en la junta de socios o en la junta directiva, o el control administrativo de la empresa.

En este numeral se modifica la redacción del Código de Comercio en cuanto hace a las distintas hipótesis de vinculación, incluyendo a las personas naturales, pero manteniendo el espíritu y la terminología del Código sobre estos aspectos y particularmente los conceptos del artículo 261 sobre vinculación, control, dependencia, etc.

La aplicación práctica de las definiciones de vinculación económica requiere, para obtener los resultados esperados, de la abolición de las acciones al portador, lo cual permitirá, principalmente, facilitar el rastreo de los nexos económicos, tecnológicos o financieros entre las distintas personas que configuran un "grupo"; controlar la evasión tributaria, particularmente en materia de renta presuntiva<sup>27/</sup>, y controlar el registro del capital extranjero que

27. En la ley 81 de 1960 art. 59 y en el D. 437 de 1961 art. 191, se acudió, para evitar la evasión fiscal, a la noción de grupo, mediante la implantación de un recargo cuando una sociedad se fraccionaba en otras para evitar la progresión de la tarifa. El recargo se calculaba mediante utilidades obtenidas por la sociedad matriz con las de sus filiales y subsidiarias, para determinar la disminución del impuesto que se obtenía con el fraccionamiento

\* Considerarse dichas entidades y personas como un solo grupo, y entre todas no podrían superar tal porcentaje.

con acciones al portador puede apoderarse de importantes sectores de la industria<sup>28/</sup>.

Según el autor del proyecto la primera finalidad es la más importante y puede realizarse siempre que todas las acciones sean nominativas ya que actualmente las investigaciones, para establecer las relaciones entre personas y sociedades, pueden perderse, ante la imposibilidad de conocer a quién pertenecen las acciones al portador. Una compañía de Seguros, por ejemplo, puede pertenecer a una entidad financiera extrabancaria que a su vez pertenece a 3 ó 4 sociedades en comandita por acciones al portador cuyos titulares no pueden ser encontrados.

#### 4.2.3 Capítulo III – Limitaciones al derecho de voto

Establece ciertas limitaciones para las votaciones que se realizan en las sociedades con el fin de evitar la concentración del poder económico. En particular, se prohíbe votar, a cualquier persona o entidad o grupo de personas o entidades, con más del 10% del total de las acciones que constituyan el quórum mínimo decisorio, con la excepción de la votación en que se elija el revisor fiscal.

Esta norma haría prácticamente imposible observar las mayorías especiales que para ciertas decisiones prevé el estatuto mercantil, como, por ejemplo, las que se refieren a la reforma de estatutos de las sociedades por acciones (artículos 161 y 421); a la reducción de capital (artículo 147); a la decisión para evitar la liquidación de la sociedad (artículo 220); al pago de dividendos en acciones liberadas de la sociedad (artículo 455); a la aprobación de privilegios concedidos a las acciones, después de la constitución de la sociedad (artículo 382); a la aprobación de avalúos de aportes en especie posteriores a la constitución de la sociedad (artículo 132); etc. Actualmente la limitación en materia de voto es de un 25% de las acciones, según el artículo 428 del C. de Co., que permite cumplir con las mayorías especiales, pero una reducción al 10% las haría, en muchos casos, impracticable, instaurándose un verdadero gobierno de minorías.

##### 4.2.3.1 Negociación de acciones

Además, para evitar cesiones ficticias de acciones para efectos de las votaciones se exige como requisito necesario para ejercer el derecho de voto que el titular de las acciones lo haya sido cuando menos, desde el mes de diciembre del año inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la asamblea general.

Este artículo presenta varios inconvenientes: en primer lugar, reducirá la negociación de acciones durante los meses precedentes a la asamblea por cuanto difícilmente los inversionistas comprarán acciones después del mes de diciembre y antes de la asamblea, pues ellos no podrán influir en la administración de

28. Exposición de Motivos del Proyecto, Anales del Congreso No. 45. 17 de agosto de 1977.

la sociedad al no serles dado intervenir en las votaciones que se efectúen en la asamblea general. Más grave aún es el hecho de que numerosas sociedades convocan 2 asambleas por año, lo que significa que la persona que pretenda votar no deberá poseer las acciones con dos o tres meses de anticipación sino con ocho o nueve, con el consiguiente bloqueo en la negociación de acciones que esto implica.

En cuanto al voto de las entidades financieras respecto de acciones que tengan en administración o fideicomiso, requieren siempre autorización especial de su titular. Esta exigencia conlleva una modificación del artículo 184 del Código de Comercio en cuanto este permite que el poder otorgado por escritura pública o por documento legalmente reconocido, podrá comprender dos o más reuniones de la asamblea o de la junta de socios. Al impedirse esta posibilidad se quebrantaría, igualmente, el régimen legal del mandato general previsto en el Código Civil.

Para asegurar un mejor control a la prohibición del voto decisorio, el artículo 8º. del proyecto dispone que en las juntas directivas de las entidades financieras no podrán actuar dos o más personas que ejerzan en una misma empresa, en su matriz o en sus subordinadas, o con las que exista vinculación económica, los cargos de gerente o de representante legal, director, administrador, apoderado, asesor, consejero o cualquier otro que, bajo distinta denominación, tenga iguales o similares funciones. Según la exposición de motivos, este artículo establece una limitación a la del voto, pues en el evento de que el 10%, antes mencionado, de derecho a un determinado grupo a elegir más de un representante en la junta directiva, en ella no podrán actuar dos o más personas que ejerzan cargos en una misma empresa o en empresas con las que aquella tenga vinculación económica.

El Superintendente Bancario, de acuerdo con el artículo 9º. del proyecto, será el funcionario competente para velar por el cumplimiento de estas normas, para lo cual deberá verificar, después de cada nombramiento, si las personas elegidas no están impedidas en razón de las incompatibilidades señaladas.

#### 4.2.4 Capítulo IV - Incompatibilidades para desempeñar cargos directivos

Determina ciertas incompatibilidades para desempeñar cargos en las entidades financieras. En él se impide que una misma persona desempeñe cargos directivos en varios intermediarios financieros. Se exceptúan de esta incompatibilidad los miembros de las juntas directivas de las entidades financieras del Estado; las corporaciones financieras respecto de las sociedades que promuevan u organicen y los establecimientos bancarios en relación con la junta directiva del Banco de la República y las demás entidades en que la ley en forma expresa les haya autorizado para tener acciones, esto es, corporaciones financieras, de ahorro y vivienda y almacenes generales de depósito. El régimen previsto en estas normas cubre tanto a los directores y administradores de las entidades financieras como a todos los empleados de las mismas.

Como antecedentes de esta medida pueden citarse el artículo 10 de la Ley 16 de 1936 que prohibía a los directores de los establecimientos bancarios pertenecer a las juntas directivas de otros institutos de crédito, con excepción de las del Banco de la República y del Banco Central Hipotecario. Esta disposición fue expresamente derogada por el artículo 7º. de la Ley 5ª de 1947 el cual hizo extensiva la prohibición señalada a las juntas directivas de las Bolsas de Valores, en el sentido de que los gerentes y directores de los establecimientos de crédito tampoco pueden hacer parte de éstas. La única excepción indicada por la Ley 5ª se refiere a la Junta directiva del Banco de la República.

Posteriormente, el Decreto 971 de 1974 en su artículo 10º dispuso que "No podrán pertenecer a las juntas directivas de las compañías a que se refiere este decreto (las mismas que señala el proyecto del Dr. Agudelo) las personas que ejerzan los cargos de Gerente, Presidente Legal, Director, Administrador, Apoderado General, Asesor o cualquier otro cargo que bajo distinta denominación implique funciones similares en otra u otras entidades financieras sometidas al control de la Superintendencia Bancaria".

Esta disposición tiene un alcance superior a la existente bajo el régimen de la Ley 5ª. de 1947, por cuanto la incompatibilidad señalada tiene vigencia no solo para gerentes y miembros de juntas directivas sino para todo el personal de dirección de las instituciones financieras, sin llegar, no obstante, a extender la prohibición al personal subalterno como lo prevé el proyecto del Dr. Agudelo. Cabe anotar igualmente, que el Decreto 971 no indica ninguna excepción para la incompatibilidad en estudio.

En otras legislaciones se encuentran regulaciones análogas entre las cuales merece destacarse las previstas en el Clayton Act. de los Estados Unidos.

La sección 8 del Clayton Act. dispone que ninguna persona puede, al mismo tiempo, ser director de dos o más empresas si estas son o han sido competidoras, de tal manera que la eliminación de la competencia, por acuerdo entre ellas, constituya una violación de cualquiera de las disposiciones anti-trust. Esta disposición se aplica solamente cuando las empresas correspondientes poseen, independientemente o en conjunto, un patrimonio superior a US\$1.000.000. La ley otorga, sin embargo, a los organismos gubernamentales competentes la posibilidad de aprobar estas prácticas en ciertos casos.

Este régimen surgió debido al temor del congreso americano de que un pequeño grupo de ejecutivos, a través de estos entrelazamientos de juntas directivas, controlara sectores importantes de la economía, haciendo, de esta suerte, nugatorias otras disposiciones de la legislación antimonopolios<sup>29/</sup>.

En estos aspectos, a pesar de los esfuerzos realizados han sido pocos los frutos obtenidos, pues, de una parte, las autoridades aprueban frecuentemente entrelazamientos que normalmente serían prohibidos; y, de otra, las violaciones son difíciles de sancionar, ya que los infractores pueden retirarse de las

29. AREEDA, Phillip. Antitrust Analysis, pág. 779.

juntas directivas con el fin de hacer cesar el procedimiento y volver a ellas posteriormente. Aunque esta práctica ha sido atenuada por los tribunales, particularmente desde el caso *United States V.S. W.T. Grant Company*, en donde se dijo que la cesación de procedimiento solamente tendría cabida si no existe una razonable duda de que la violación sea repetida, continúa la dificultad para el gobierno de adelantar las acciones pertinentes en virtud de que no se trata de una simple posibilidad de repetir el ilícito sino de la concurrencia de hechos e indicios que demuestren que el acto ilegal se repetirá<sup>30/</sup>.

Por esta causa desde la expedición de la ley han sido pocos los procesos en que se ha concluido sancionando estos actos. Un estudio realizado en 1965 sobre las 74 empresas más importantes reveló que 182 personas participaban en varias juntas directivas<sup>31/</sup>. Esta situación se ha visto estimulada por la misma legislación, en la cual no existen referencias a entrelazamientos indirectos realizados a través de terceras personas con un interés común. Así, por ejemplo, nada prohíbe a un empleado de una empresa para ser director de otra compañía competidora. De esta manera, si existe la intención, de dos firmas en el sentido de adelantar una política paralela, bastará que el secretario, v. gr. de una de ellas sea nombrado director de la otra, sin que esto conlleve ninguna sanción. Así las cosas, deberá esperarse hasta que el acuerdo infrinja otras disposiciones de la legislación antimonopolios para que una acción efectiva pueda iniciarse.

En materia de bancos esta situación difiere sustancialmente en razón de que la misma sección 8 del Clayton Act. dispone que, salvo ciertas excepciones, ningún banquero privado, miembro de junta directiva, administrador o empleado de cualquier banco, podrá ser, al mismo tiempo, miembro de junta directiva, administrador o empleado de otra institución bancaria, a menos que el Consejo de Gobernadores del Federal Reserve System, lo permita, en cuyo caso tal autorización habilitará a la persona facultada para ser miembro de la junta directiva, administrador o empleado de otra institución crediticia. Sin embargo, en ningún caso se puede tener este tipo de vinculaciones con más de 2 entidades bancarias<sup>32/</sup>.

La legislación vigente en Colombia no difiere sustancialmente: en materia de empresas industriales, la Ley 155 de 1959 en su artículo 5° extendió la incompatibilidad establecida en la Ley 5ª de 1947 a los funcionarios directivos y administradores de empresas, cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o servicios siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente, tengan activos superiores a \$20.000.000. El decreto 3236 de 1962, reglamentario de la Ley 155, fue más allá de lo dispuesto por el artículo 5°, excediendo la facultad reglamentaria, al disponer en su artículo 10° que las incompatibilidades en cuestión son aplicables, también, a los dependientes de las empresas industriales que ejerzan funciones distintas a la dirección o administración de las mismas.

30. A. D. NEALE, *the Antitrust Laws of the U.S.A.*, pág. 215.

31. AREEDA, Phillip., *op. cit.*, pág. 780.

32. AREEDA, Phillip., *op. cit.*, pág. 1.008.

El artículo 6º., por su parte, prohíbe a los directores y administradores de sociedades anónimas dedicadas a la actividad industrial, distribuir directamente o por interpuesta persona los productos o servicios ofrecidos por dichas sociedades o sus filiales, y ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan tales productos o servicios.

Respecto de instituciones financieras el Decreto 971/74 impone este tipo de restricciones únicamente al personal directivo, por lo que, de acogerse el proyecto del Dr. Agudelo, se asimilaría al régimen norteamericano al cobijar dentro de las incompatibilidades al resto del personal bancario subalterno, lo que impediría el nombramiento de empleados de nivel no ejecutivo que puedan actuar como testaferros de los directores o administradores.

Antes de la expedición del Decreto 971 de 1974, dictado en desarrollo de las facultades concedidas al presidente por el ord. 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, no era claro si la Ley 155 de 1959, respecto de incompatibilidades para ocupar cargos directivos, se aplicaba a las instituciones financieras.

En principio, podía considerarse que dicha ley no se aplicaba a los institutos de crédito, pues a pesar de prestar un servicio, ya tenían un régimen especial para estos efectos, previsto en la Ley 5ª de 1947. Así las cosas, la Ley 155 solo debía dirigirse a las empresas industriales y comerciales, aunque se admitía que podría ser aplicada a entidades que otorgaran crédito sin ser esta actividad la característica fundamental de su objeto social<sup>33/</sup>.

Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 1967 consideró que la Ley 155 se aplicaba, igualmente, a las instituciones financieras.

En particular, se trataba de saber si los directores de entidades bancarias podían ser miembros de juntas directivas de las Corporaciones Financieras, en razón de que el decreto 336 de 1957, acogido posteriormente como legislación permanente por la Ley 141 de 1961, dispuso en su artículo 6º. que "Los establecimientos bancarios y las compañías de seguros podrán adquirir y conservar acciones de las corporaciones financieras. Los bancos tendrán como límite un 10% de su capital y reserva legal. Los directores y gerentes de los bancos y compañías de seguros podrán pertenecer a las directivas de tales corporaciones". En 1960, el Decreto 2369, en su artículo 13, mantuvo la facultad para los bancos de invertir el mismo porcentaje en corporaciones financieras, pero no expresó nada sobre la posibilidad de que los gerentes y directores de aquellos hicieran parte de las juntas directivas de estas.

El Consejo de Estado para determinar el régimen vigente manifestó lo siguiente:

1ª. Que la disposición del artículo 5º de la Ley 155, relacionada con las de los artículos 7º. de la Ley 5ª. de 1947, 6º. del Decreto 336 de 1957 y 13 del

33. Concepto No. 1097. Doctrinas y conceptos de la Superintendencia Bancaria, Mayo 12/1967, pág. 157 y ss.

Decreto 2369 de 1960, sugiere "que se consideró vigente en su totalidad el artículo 7º. de la Ley de 1947 y que se interpretó esa norma en el sentido de que la incompatibilidad cobijaba a los gestores de las instituciones de crédito y de las bolsas de valores, sin distinciones de naturaleza alguna".

2ª. "Que para los efectos perseguidos por la Ley de 1959, las incompatibilidades existentes hasta la expedición de ese estatuto se estimaron insuficientes", y por eso se extendieron a los representantes y administradores de otras empresas de objetivos similares (servicios de crédito) o disímiles (producción, distribución, consumo), generalización que por sí sola revela propósitos más radicales que los del antiguo mandato; y si la prohibición se lleva hasta cobijar actividades heterogéneas, "parece que también quedaron comprendidas, con mayor razón, todas las que tengan naturaleza semejante a las reguladas en la disposición del 47".

3ª. "Que la única excepción establecida por el artículo 5º. de la Ley 155 es la relacionada con los directores de las Compañías de Seguros. Si el Decreto 336 permitía a éstos y a los representantes de los bancos hacer parte de las Directivas de las Corporaciones Financieras, y si la nueva regla legal limita el ejercicio simultáneo de aquellas funciones de gestión a los personeros de las empresas aseguradoras, parece que la antigua autorización se hubiese modificado".

4ª. "De la comparación de los artículos 6º del Decreto 336 y 13 del 2369 surge que éste "parece eliminar la autorización de aquel a los gestores de bancos para participar en las directivas de las Financieras, y a la luz del artículo 5º. de la Ley 155 "parece cobrar mayor fuerza la idea de que el Decreto del 60 no hizo cosa distinta que confirmar de manera implícita, las observaciones anteriormente formuladas sobre los posibles alcances de la mencionada Ley del 59".

Es discutible la posición del Consejo de Estado desde varios puntos de vista: la Ley 5ª. de 1947 estableció un régimen especial para los establecimientos bancarios, el cual, al ser extendido para actividades industriales y comerciales por la Ley 155, vio afirmada su vigencia en virtud de tal extensión. Además, la excepción introducida por el Decreto 336 de 1957 también ha debido mantenerse pues tanto la regla general como la excepción conforman un todo que para este caso es el régimen integral, de incompatibilidades para ocupar cargos en el sector financiero. De esta suerte, debía considerarse que la disposición particular de la Ley 5ª. de 1947 y su excepción, no fueron derogadas por normas generales como son las de la Ley 155 de 1959.

De otra parte, el Consejo no tomó en cuenta que el artículo 5º. de la Ley 155 de 1959, establece la incompatibilidad para ocupar cargos directivos en empresas que desarrollen actividades de producción o distribución del mismo artículo o servicio, siempre que las empresas involucradas posean más de \$20 millones en activos. En cambio, la Ley 5ª. de 1947 no se refiere a cuantía alguna; la prohibición se aplica por la naturaleza misma de las entidades crediticias, es absoluta, no requiere de ninguna condición adicional. De aplicarse la Ley 155, el valor de los activos sería un requisito de existencia de la incompatibili-

dad, hasta el punto que esta desaparecería en el evento de que la cuantía de aquellos no llegara al mínimo exigido por la ley, lo que se aparta de la voluntad del legislador de 1947. Finalmente, el artículo 13 del Decreto 2369 de 1960 al confirmar la facultad de los bancos de invertir el 10% de su capital y reserva en corporaciones financieras, mantiene la razón de ser de la excepción establecida en el Decreto 336 de 1957, pues, en principio, nadie suscribe capital en una sociedad si no tiene, al menos potencialmente, el derecho de intervenir en su dirección y administración.

Todo lo anterior demuestra que era necesario distinguir entre las incompatibilidades propias de las entidades crediticias, regidas por la Ley 5ª de 1947 y las que corresponden a empresas, distintas de las de crédito, reguladas por el artículo 5º. de la Ley 155 de 1959.

Sin embargo, en otra ocasión, el 31 de mayo de 1966, el Consejo de Estado ya había adoptado la misma posición, en el sentido de que en materia de incompatibilidades, la Ley 155 también era aplicable a los establecimientos de crédito. Dicha sentencia se profirió en una acción de plena jurisdicción iniciada por un presidente de banco, contra una decisión de la Superintendencia Bancaria en la cual el Superintendente se negaba a darle posesión del cargo de director de una Corporación Financiera, fundándose en lo dispuesto por el artículo 5º. de la Ley 155. En particular concluyó el Consejo que el Superintendente Bancario debía limitarse a denunciar las irregularidades violatorias de la incompatibilidad, "pero en manera alguna, asumir el papel de juzgador o intérprete para decidir por sí, si le da o no posesión al miembro de una Junta Directiva elegido por la Asamblea ordinaria de una corporación legalmente constituida". De acuerdo con este fallo el Superintendente Bancario no tenía facultades para interpretar las normas sobre incompatibilidades y solamente le era dado poner en conocimiento de la Superintendencia de Regulación económica, a la cual el Decreto 1653 de 1960 había otorgado las funciones de investigación y vigilancia inicialmente concedidas por la Ley 155 al Ministerio de Fomento, los nombramientos que considerara violatorios del régimen de incompatibilidades.

La posición del Consejo de Estado se aparta, de esta manera, de lo previsto por el artículo 7 de la Ley 5ª. de 1947, en el cual se facultó al Superintendente Bancario para sancionar con multas la inobservancia de las disposiciones sobre incompatibilidades, y de lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1711 de 1960 que dispuso que el mismo funcionario debía dar posesión a los directores, gerentes y subgerentes elegidos por las entidades bajo su control. El análisis conjunto de estas dos normas ha debido permitir la conclusión de que el Superintendente Bancario era el funcionario con exclusiva competencia sobre estos aspectos y que por ende, no solamente tenía la facultad para interpretar la ley, como corresponde según el artículo 26 de la C.N., a todo funcionario con jurisdicción, sino que disponía de los medios para impedir su violación, pues si estaba habilitado para sancionar dichas violaciones con mayor razón para evitarlas y, en este caso, absteniéndose de dar posesión a un director cuyo nombramiento infringía el régimen de incompatibilidades.

El decreto 971 de 1974 aclaró estos aspectos, estableciendo una prohibición absoluta e incondicional, sin excepción alguna, para todos los directivos y admi-

nistradores de los intermediarios financieros para ocupar cargos similares en otras entidades de igual naturaleza. Esta disposición especial para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, tiene un alcance mayor que la Ley 5<sup>a</sup>. de 1947, pues la incompatibilidad prevista por esta última se aplicaba, solamente, a los gerentes y miembros de juntas directivas, mientras que la primera cubre a éstos y a todas las demás personas que ejerzan funciones de administración y dirección. En el antiguo régimen, se había interpretado que el artículo 7<sup>o</sup>. de la Ley 5<sup>a</sup>. de 1947 se aplicaba a quienes podían ser llamados a ejercer la gerencia y en tal sentido a los gerentes encargados<sup>34/</sup> pero, se consideraba, como ahora, que no existe inhabilidad para que un miembro de la junta directiva desempeñe el cargo de gerente en la misma entidad<sup>35/</sup> ya que tanto la Ley 5<sup>a</sup> como el Decreto 971 señalan como incompatibilidad el ocupar los puestos señalados en otra u otras entidades. El organismo competente para vigilar el cumplimiento del régimen vigente debe ser la Superintendencia Bancaria en razón de que el artículo 10<sup>o</sup> del Decreto 971 es una norma especial para las entidades vigiladas por dicho organismo al cual corresponde la ejecución de tales normas especiales<sup>36/</sup>

El proyecto del Dr. Agudelo Villa expresamente establece 3 excepciones al régimen de incompatibilidades que el Decreto 971 no contemplaba. Tales excepciones se encuentran en el párrafo del artículo 10<sup>o</sup> según el cual la prohibición no se aplicará en tratándose de juntas directivas de las entidades financieras del Estado; de las corporaciones financieras respecto de las empresas en que intervengan y los establecimientos bancarios en relación con las juntas directivas del Banco de la República y de las demás entidades donde puedan invertir (corporaciones financieras, de ahorro y vivienda y almacenes de depósito).

En cuanto al artículo 6<sup>o</sup>. de la Ley 155 — que impide a los administradores de empresas industriales distribuir, por sí o por interpuesta persona<sup>37/</sup> los productos o servicios de las empresas que administran o de sus filiales; y ser socios de empresas comerciales que vendan tales productos o servicios — es claro que no se refiere a los intermediarios financieros, ya que la distribución prohibida es la que los administradores hagan por su cuenta como negocio propio, y en tratándose de organismos de crédito, no es posible que sus servicios los suministren funcionarios o particulares obrando en su nombre, pues la ley bancaria no lo permite y la Superintendencia lo prohibiría aunque la Ley 155 no dijera nada al respecto.

34. Concepto O. J. 013-Junio 6 de 1972. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Vol. VI, pág. 204.

35. Concepto O. J. 360-23681-Noviembre 3 de 1975. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Vol. VII, pág. 185.

36. Art. 19 ley 57 de 1931; art. 29. D. 2369 de 1960; art. 2o. D. 1269 de 1972; art. 2o. ley 20 de 1921 y art. 14 D. 356 de 1957.

37. El art. 11 del D. 3236 de 1962 dispone que se considera como interpuesta persona, para estos efectos, aquella que configure presuntivamente nexos de dependencia económica o de índole familiar dentro del 4o. grado civil de consanguinidad ó 2o. de afinidad, con respecto a los funcionarios sujetos a la incompatibilidad.

Esta interpretación está, en cierta forma, confirmada por el artículo 12 del decreto 3236 de 1962 según el cual la distribución prohibida comprende la "venta mayorista o minorista de los bienes o servicios, lo cual no puede aplicarse a los servicios de crédito"<sup>38/</sup>

#### 4.2.5 Capítulo V- Restricciones a la inversión en Intermediarios Financieros.

Igualmente, se prohíbe a los directores y administradores de las entidades financieras tener directa o indirectamente inversiones en tales entidades y realizar actos o contratos de los cuales deriven beneficios para sí o para sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, salvo la obtención de crédito y la utilización de los servicios bancarios conforme a la reglamentación que expida el Superintendente Bancario. Sobre este particular puede decirse que en materia de crédito para los funcionarios bancarios la Ley 45/23, artículo 86, numeral 7° exige, cuando estos sean mayores de \$500.00, la aprobación de la mayoría de los miembros de la junta directiva del respectivo banco.

Respecto de prohibiciones para los directores y empleados de contratar con la entidad donde prestan sus servicios, puede citarse como antecedente el régimen vigente para los fondos ganaderos. El párrafo 1° del artículo 29 de la Ley 5ª de 1973, establece que "los miembros de la junta directiva de un fondo ganadero y los empleados de éste no podrán, por sí ni por interpuesta persona, ser parte en contrato alguno relacionado con los bienes de dicho fondo".

Agrega esta norma que los contratos que se celebren en contravención de este artículo se tendrán por inexistentes.

Cabe observar que la prohibición señalada solo se refiere a los directivos y empleados pero no a sus familiares quienes pueden contratar libremente con el fondo siempre que no se demuestre que actúan como testaferros o intermediarios de aquellos.

El artículo 9° del Decreto 971 de 1974 es similar al artículo 11 del proyecto del Dr. Agudelo. Las innovaciones de esta última disposición consisten en que la prohibición para tener inversiones y contratar no solamente se dirige a los directores y administradores de las entidades financieras sino a todos sus empleados y que considera que dichos directores y empleados poseen inversiones o contratan indirectamente cuando lo hagan por intermedio de personas a las cuales estén en alguna forma vinculados económicamente.

En materia de inversiones la Ley 45 de 1923 en su artículo 91 dispone que todo director de un establecimiento bancario, con excepción de los del Banco de la República, deberá ser accionista de dicho establecimiento y poseer en él, por derecho propio, acciones por el valor requerido en los estatutos. Establece la misma norma que después de la elección el director no podrá empeñar, com-

38. Concepto No. 1097, Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Mayo 12 de 1967, pág. 157 y ss.

prometer o enajenar sus acciones, so pena de ser declarado vacante el cargo y de no poder ser reelegido para puestos similares durante un año.

Se ha entendido que en caso de no existir en los estatutos de un banco disposición que fije el número de acciones que deban tener los directores, es suficiente que al tomar posesión declaren ser poseedores por lo menos de una Acción<sup>39/</sup> pues es claro que la ley les exige el carácter de accionistas.

La anterior disposición debe complementarse con el artículo 404 del Código de Comercio<sup>40/</sup> según el cual los administradores de sociedades anónimas no podrán por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la sociedad donde ejerzan sus funciones, mientras estén ocupando dichos cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general por la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el voto del solicitante.

La sanción por la inobservancia de esta norma consiste en multas hasta de \$50.000.00, impuestas por la Superintendencia de Sociedades y, además, la pérdida del cargo.

Esta prohibición tiene por finalidad impedir que los administradores abusen, en perjuicio de los demás accionistas o de terceros, del conocimiento directo que tengan de la situación de la sociedad, adquirido a través del ejercicio de sus cargos<sup>41/</sup>

La Ley Bancaria no reglamenta el punto de si los directores y administradores de bancos pueden o no negociar con acciones del establecimiento. Sin embargo, no hay razón para adoptar, en esta materia, un régimen diferente, pues para ello debería demostrarse que la facultad de los directores para negociar acciones es una exigencia específica del negocio bancario que merece un tratamiento jurídico especial. Por el contrario, la consideración de los peligros resultantes de autorizar a los administradores para especular en acciones, motivo principal de la restricción, conserva toda su vigencia tratándose de bancos, reforzada por el interés público vinculado al manejo del crédito por parte de los establecimientos bancarios<sup>42/</sup>. En consecuencia puede concluirse que la norma del Código de Comercio es aplicable a los bancos en cuanto no pugne con las disposiciones especiales de estas entidades.

De esta manera, de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 45 de 1923 todo director de un banco deberá ser accionista del mismo, como condición indispensable para ocupar y permanecer en el cargo; pero el número de acciones que

39. Concepto No. 738. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Tomo II, pág. 135.

40. La prohibición contenida en el art. 404 del C. de Co. ya había sido prevista en el art. 25 de la ley 58 de 1931 y posteriormente en el art. 111 del D. 2521 de 1950.

41. Concepto No. 1060. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Tomo III, 1963, pág. 147.

42. Concepto No. 983. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Tomo III, 1963, pág. 147.

posea en el momento de iniciar sus funciones no podrá modificarse, a menos que obtenga la autorización de que habla el artículo 404 del Código de Comercio. Además, para evitar cualquier influencia desmedida derivada del volumen de acciones poseídas, los directores, al igual que todo accionista, estarán sujetos, en las votaciones en que, según la ley, pueden participar, al límite del 25% de los votos que correspondan a las acciones presentes en la asamblea, o del 10%, en caso de aprobarse el proyecto en estudio.

Las limitaciones existentes en la legislación actual no justifican la prohibición absoluta para los directores y empleados de poseer directa o indirectamente inversiones en las entidades financieras donde prestan sus servicios, tal como prevé el artículo 11 del proyecto, lo que entre otros efectos, quebranta el estatuto fundamental del accionista, al impedirle ejercer el derecho de participar directamente en la administración de la sociedad.

Es aconsejable mantener el principio del artículo 91 de la Ley 45 de 1923 que persigue, al exigir que los directores sean accionistas, vincular estrechamente los intereses de los administradores con los de la entidad, estimulando, así, una eficiente y diligente gestión por parte de aquellos, ya que de su buena administración depende no solamente el buen desarrollo del negocio bancario, sino la seguridad y rendimiento de sus propias inversiones.

#### 4.2.6. Capítulo VI — Limitaciones a las inversiones de los intermediarios financieros

Se refiere a las limitaciones de inversiones admisibles a las sociedades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria. Modifica en dos aspectos las normas vigentes. De una parte, limita la inversión de las entidades financieras en cualquier empresa al 10% de su capital pagado, mientras que el régimen actual habla no solamente de capital sino también de reserva legal; además, para determinar tal porcentaje se computará el capital que tengan sus filiales o subsidiarias. Y, de otra, limita la participación al 20% del capital de la compañía o de la empresa que reciba la inversión. Se exceptúan de estos límites las corporaciones financieras respecto de las empresas que promuevan; las inversiones de los bancos en los Almacenes de Depósito, los cuales se seguirán rigiendo por las normas actuales (hasta el 10% del capital pagado y reserva del banco sin restricción respecto del capital del almacén) y las que autorice en el exterior el Consejo Nacional de Política Económica, como en el caso de las inversiones de los bancos para crear sucursales fuera del país o las que exijan los desarrollos del Pacto Andino y de los programas del Caribe.

La redacción del artículo 12, que contiene la limitación a las inversiones, no es clara, pues al decir que, "las entidades financieras no podrán invertir en ninguna sociedad o empresa más del 10% de su capital pagado, incluyendo el de sus filiales o subsidiarias(...)", da lugar a dos interpretaciones distintas:

1. Puede entenderse que al efectuar una entidad financiera una inversión en otra empresa o sociedad, para determinar la suma que puede destinar con ese fin, deberá deducir de la cifra que corresponda al 10% de su capital el monto de las inversiones que sus filiales o subsidiarias posean en la sociedad receptora. De esta manera, se identifican como uno solo los capitales de las distintas entidades que conforman un grupo vinculado económicamente.

2. También con el fin de considerar las diferentes entidades de un mismo grupo, como una sola, para determinar el capital de la sociedad inversionista deberá sumarse, previamente, al de sus filiales y subordinadas, y una vez hecho esto se calculará el 10% de ese capital integral para saber cual será la suma de la inversión.

De acuerdo con esta segunda interpretación, la limitación que se refiere al capital de la entidad inversionista, tiene el siguiente alcance: se disminuye la base sobre la cual se aplica el porcentaje permitido, pues solamente se tendrá en cuenta el capital pagado y no la reserva legal, pero de otra parte se incrementa dicha base al permitirse que en el cálculo del capital del inversionista se incluya el de sus filiales y subsidiarias.

Sin embargo, en ambos casos, se excluye la reserva legal de las entidades financieras del cálculo para determinar la capacidad de inversión de las mismas, aspecto que es a todas luces criticable en razón de que la reserva tiene un valor efectivo que puede asimilarse al capital, y que sirve a los intermediarios financieros para ensanchar sus operaciones y para respaldar sus obligaciones frente a terceros.

En cuanto hace relación con la segunda limitación, esto es, desde el punto de vista de la empresa receptora, también se presentan cambios significativos ya que el proyecto determina como tope de la inversión el 20% de capital de dicha empresa. Esto significaría un recorte a la facultad que tienen los bancos de invertir en corporaciones financieras y en corporaciones de ahorro y vivienda, en donde pueden tener participaciones hasta del 50% y 30%, respectivamente, del capital de tales entidades. Las corporaciones financieras y las compañías de seguros también gozan, actualmente, de la posibilidad de suscribir y conservar acciones de las corporaciones de ahorro y vivienda en las mismas condiciones que los bancos.

El párrafo del artículo 12 autoriza a las entidades financieras a conservar sus inversiones conforme a las leyes vigentes antes de la expedición de la ley, pero establece que en ningún caso podrán aumentar el monto de dichas inversiones si éstas exceden de los nuevos porcentajes fijados. La autorización para que los intermediarios financieros conserven sus inversiones actuales, aunque superen los porcentajes arriba mencionados, tendrá pocos efectos prácticos, pues según la exposición de motivos del proyecto, la limitación del voto quitará a estas entidades el interés de mantener las inversiones con fines de control y las inducirá a invertir sus recursos en diversas empresas seleccionadas fundamentalmente por la rentabilidad de la inversión.

Según el doctor Agudelo, esta política daría al mercado bursátil gran fluidez, ya que las acciones estarían en manos de los intermediarios mientras se justificara tenerlas por su rendimiento, pero no para obtener el control de las empresas.

Merece especial atención la situación del mercado de acciones y el papel que en él juegan las compañías de Seguros. En los últimos años se ha apreciado una disminución significativa en la negociación de acciones, en beneficio de

otros papeles, lo cual incide negativamente en la solidez financiera de las empresas.

Este estado de cosas es el resultado, principalmente, del régimen tributario vigente y en particular de la doble tributación que se presenta al gravar las utilidades de las sociedades y las que se reparten efectivamente a los socios; así como las utilidades que perciben las sociedades por sus inversiones en otras<sup>43</sup>; y la imposición sobre ganancias ocasionales obtenidas en la enajenación de acciones o cuotas sociales, o en la liquidación de sociedades.

La exagerada carga fiscal que así resulta, reduce notoriamente la rentabilidad de las empresas y, por ende, la de las inversiones en acciones. Es así como el rendimiento nominal promedio de las sociedades anónimas en Colombia, en relación con su patrimonio, fue durante el período 1950-1971 de 9.9%, y el real deflactado, durante el mismo período, del 0.8%<sup>44</sup>.

De esta suerte, la doble tributación constituye un freno para la inversión en compañías, por cuanto los potenciales inversionistas toman en cuenta para colocar sus recursos el valor de los impuestos que pagará la sociedad y el de los que les corresponderá personalmente, lo cual favorece la inversión en papeles financieros, acreencias, etc.

Lo anterior conduce a que las empresas busquen financiarse a través de crédito y no de la colocación de acciones o cuotas sociales, no solo por la escasez de inversionistas, sino por la posibilidad de deducir los costos financieros del endeudamiento. Esta situación es delicada pues estimula las inversiones especulativas en detrimento de las de riesgo, hace más débiles y vulnerables a las empresas y favorece la concentración del poder económico de las grandes compañías por ser éstas las que tienen un mayor y más rápido acceso a las fuentes de financiación.

La tendencia descrita es demostrada por el deterioro que ha sufrido la estructura financiera de la sociedad anónima en nuestro país. Puede apreciarse claramente la preferencia por el crédito en vez de la emisión de acciones: la participación del capital pagado, respecto del total de activos, se redujo de un 47% en 1950, a un 19% en 1971<sup>45</sup>/lo que pone de manifiesto la posición desventajosa de la acción en el mercado de capitales como instrumento de financiación no cancelable y sin liquidez primaria, impidiendo la consolidación financiera de las empresas, esto es, que a través del mercado de capitales cambien sus pasivos a corto y mediano plazo, por capital de participación, es decir, por capital accionario.

43. En principio esta doble tributación se encuentra atenuada por el reconocimiento de descuentos tributarios por los dividendos o participaciones que, las sociedades anónimas y limitadas y sus respectivas asimiladas, reciben de otras sociedades. Se excluyen de estos beneficios las compañías inversionistas y las financieras que distribuyan menos del 60% de sus utilidades netas.

44. "La Doble Tributación sobre las Utilidades de las Sociedades Anónimas" Revista de La Andí, No. 32, Abril de 1977, pág. 34.

45. "La Doble Tributación sobre las Utilidades de las Sociedades Anónimas", Revista de La Andí, No. 33, Abril de 1977, pág. 34.

Lo deprimido del mercado de acciones, sin embargo, ha sido atenuado por la participación de los inversionistas institucionales, especialmente, las compañías de seguros de vida quienes desde 1974, en virtud del Decreto 1729, pueden invertir el 30% de las reservas matemáticas y técnicas de sus pólizas de seguros de ahorro en acciones de sociedades anónimas nacionales. De esta manera, buena parte de la financiación que han logrado captar las empresas en nuestro país, a través de la colocación de sus acciones, ha provenido de inversiones efectuadas por las aseguradoras.

Tanto el Decreto 2388 de 1976, que impide a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria utilizar los recursos provenientes del ahorro privado para adquirir el control de empresas, como el proyecto del Dr. Agudelo Villa, en caso de ser aprobado, que prohíbe a los organismos financieros invertir en cualquier sociedad más del 10% de su capital pagado y complementa esta prohibición con limitaciones al derecho de voto y con las incompatibilidades para desempeñar cargos directivos, tendrán como consecuencia directa reducir notablemente la compra de acciones por parte de las compañías de seguros, privando a las sociedades de su principal fuente de financiación y haciéndolas más débiles y vulnerables.

Sería aconsejable mientras subsistan las condiciones que mantienen a las acciones en una situación de desigualdad frente a otros papeles financieros, permitir a las compañías de seguros seguir invirtiendo en las mismas proporciones establecidas por el Decreto 1729, en razón de que actualmente estas compañías son el medio más importante para la canalización del ahorro colectivo hacia las actividades productivas, estimulando así, un verdadero desarrollo económico y social.

#### 4.2.7 Capítulo VII - Limitaciones en el otorgamiento de crédito.

El artículo 13 del proyecto establece los mecanismos para evitar el uso indebido del crédito en favor de los directores, administradores y empleados de las entidades financieras. Se requiere para estos casos el voto unánime de los miembros de la junta directiva, excluido el del beneficiario directo o indirecto del préstamo. Igual procedimiento se seguirá si el solicitante es familiar de los anteriores, si tiene con ellos alguna vinculación económica o si se trata de un socio o grupo de socios que, directa o indirectamente, en razón de la vinculación económica entre ellos, posean el 5% o más de las acciones de la entidad prestamista.

Este porcentaje es una limitación equivalente al del 10% del quórum mínimo decisorio establecido en el artículo 6°.

En todas las hipótesis señaladas, el crédito deberá celebrarse en condiciones comerciales normales, sobre la base de la solvencia económica del deudor y conforme a la reglamentación especial que expida el Superintendente Bancario.

Habíamos anotado que el artículo 86 num. 7° de la Ley 45 de 1923 exige, para el otorgamiento de créditos superiores a \$500.00 a directores o empleados,

la aprobación escrita de la mayoría de la junta directiva, sin contar el voto del director a quien se hace el préstamo. Así mismo si el director o empleado controla la mayoría de las acciones de cualquier otra corporación, el préstamo a ésta se considera como crédito a aquél.

La facultad otorgada a la junta directiva es indelegable y por lo tanto debe pronunciarse sobre cada una de las operaciones que exceda el límite indicado<sup>46/</sup>. Respecto de la identificación del director o empleado con la sociedad que controla, se ha considerado que dicho control puede ejercerse sobre cualquier tipo de sociedad, pues aunque el artículo 86 habla del control de la mayoría de las acciones de una corporación, debe entenderse de acuerdo con el sentido que esos vocablos tienen en inglés, idioma en que fue redactado el texto original.

Así, la palabra corporación significa también sociedad mercantil, en general, y no únicamente sociedad por acciones; mayoría de acciones equivale a mayoría del capital comercial; y control significa dominar, dirigir, gobernar, ser predominante, decisivo, determinante<sup>47/</sup>.

La tesis ininterrumpida de la Superintendencia ha entendido que basta que la sociedad beneficiada con el crédito esté en cualquier forma en una situación de subordinación económica, financiera o administrativa respecto de los directores o empleados de la entidad financiera, para que se requiera la aprobación de la junta directiva previo concepto del revisor fiscal.

En esta forma, el ser director o gerente de una sociedad, sin participar en su capital, es suficiente para considerar que se tiene el control, en virtud de la existencia de una subordinación administrativa, ya que de esta manera se gobierna la empresa o, al menos, la acción del director o gerente es decisiva o determinante en el desarrollo del objeto social<sup>48/</sup>. Igual posición debe adoptarse si el control proviene de la representación que el director o empleado tenga de otros accionistas<sup>49/</sup>.

En el régimen vigente la cifra, notoriamente baja, de \$500.00 hace que la totalidad de los créditos concedidos al personal bancario deba someterse a la aprobación de las juntas directivas con los inconvenientes administrativos que este procedimiento conlleva. El proyecto es aún más riguroso, en razón de que exige unanimidad para la aprobación de estos créditos, mientras que en la Ley 45 solo se requiere mayoría. De todas maneras sería oportuno establecer otro monto, que se adapte a la realidad y a las necesidades presentes, a partir del cual sería necesario el pronunciamiento de la junta directiva.

La sanción aplicable por infringir esta norma puede ser más drástica en la Ley 45, que prevé una multa igual al monto del préstamo. En el proyecto, se

46. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Vol. VI, pág. 293.

47. Concepto 1039, Septiembre 21 de 1953. Doctrinas y Conceptos de la Superbancaria, pág. 90 y ss.

48. Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Vol. VI, pág. 294 y ss.

49. Concepto 1039, Septiembre 21 de 1953. Doctrinas y Conceptos de la Superbancaria, pág. 90 y ss.

trata de una multa que impondrá, por cada vez, el Superintendente Bancario, hasta por una cuantía igual al crédito concedido.

Según el criterio del doctor Agudelo esta disposición corregirá aberrantes privilegios en la política de otorgamiento de crédito y restablecerá la conducta de severa y absoluta imparcialidad que deben asumir los directores de los bancos; imparcialidad que se infringe con facilidad tratándose de préstamos a los directores o gerentes a las sociedades en que estos participan directa o indirectamente. En estos casos frecuentemente las operaciones se realizan en condiciones privilegiadas por la cuantía, por los riesgos que el banco corre, por el incumplimiento de las exigencias legales sobre créditos de fomento y por la omisión de las condiciones comerciales que se aplican a los demás clientes y en particular la seguridad y rentabilidad.

Cabe anotar que estas disposiciones del proyecto del doctor Agudelo así como el artículo 2º del proyecto de ley No. 88 que determina el cupo individual de crédito, buscan desconcentrar el financiamiento que hasta ahora es beneficio exclusivo de un reducido número de clientes de las instituciones financieras. No se manifiesta de qué manera se puede llevar a grupos más amplios de usuarios las ventajas del crédito, superando los inconvenientes que una política de popularización de recursos financieros puede engendrar, y, particularmente, el de la exigencia de garantías adecuadas que respalden las obligaciones contraídas ante los establecimientos crediticios, que las requieren no solamente para asegurar sus intereses de empresa privada, sino, ante todo, para preservar los derechos de la sociedad en general que deja en manos de estas instituciones el manejo de buena parte de sus disponibilidades.

Esta labor de distribución del crédito a los distintos sectores económicos, especialmente a los de escasos recursos, ha venido siendo adelantada por los bancos oficiales y las cajas sociales y bien podría pensarse, para vincular a esta política a las entidades privadas, en el establecimiento de organismos especializados en el otorgamiento de garantías que facilitarían el irrigamiento de los recursos, sin poner en riesgo la situación financiera de las instituciones crediticias.

### 4.3. Apreciación General.

A pesar de los inconvenientes que pueden generar algunas disposiciones del proyecto, sus finalidades son laudables en razón de su contenido social y democrático que se refleja en las normas a través de las cuales se espera poner en movimiento un proceso de desconcentración del poder económico y de popularización del crédito, aspectos que persiguen vincular numerosos sectores de la población al desarrollo del país y a la gestión de sus unidades productivas (50/).

50. En un estudio realizado en 1975 (Fabio Hernán Gómez C. Concentración del Poder Económico en Colombia —Colección CIAS) sobre el sector financiero, Compañías de Cemento y Sociedades Anónimas con más de \$ 100 millones de capital, se muestra cómo los 1.130 cargos directivos que ofrecen estas entidades estaban ocupados por 705 personas. 473 personas de las 705, es decir, el 67m poseía un solo puesto directivo; 120 personas tenían 2 cargos, 57 personas 3 cargos, 31 con cuatro cargos, 11 con 5, 8 con 6 y una con 7 puestos directivos. Sin embargo, gran parte de este poder se encuentra en manos de los representantes del sector público en distintas entidades.

Sin embargo, una duda salta a la vista: la realización del proceso de des-concentración implica que un número creciente de personas tomen el lugar de la élite que hoy controla el sector financiero; pero, es bien sabido que fuera de ese grupo reducido de inversionistas el ingreso de las otras clases sociales en ningún caso es suficiente para adquirir tal poder económico. Tampoco el proyecto prevé mecanismos idóneos para lograrlo. Ante este dilema bien cabe preguntarse si el lugar que dejarán los inversionistas tradicionales no será ocupado por ciertos grupos de los que han dado en llamarse las "clases emergentes" cuyos integrantes han logrado un vertiginoso ascenso en el mundo social y económico gracias a dudosas operaciones y negocios que se ubican en terrenos aledaños del Código Penal. Si ello ocurriera se asestaría un rudo golpe a nuestras entidades financieras, que hasta el presente han gozado de una merecida imagen de respeto y seriedad, con los funestos resultados que fácilmente pueden preverse para el país.

DECRETO NUMERO 1773 de 1973  
(septiembre 5)

Por medio del cual se establece control sobre las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

**El Presidente de la República de Colombia,**

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 120, numeral 14 de la Constitución Nacional,

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Quedan sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, las personas jurídicas que manejen, aprovechen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado mediante la captación de recursos monetarios para transferirlos en préstamos o depósitos o que habitualmente cumplan funciones similares como intermediarias en la oferta y la demanda de dinero, con sus propios fondos o los de terceros, o unos y otros, bajo formas tales como el suministro en mutuo o la negociación de títulos de crédito sobre dinero, ya sean de naturaleza civil o comercial.

**Parágrafo 1°** Se presume que una persona jurídica está comprendida por este artículo, cuando su objeto social contemple alguna de las actividades por él enunciadas.

**Parágrafo 2°** Las personas jurídicas a que se refiere este artículo, que operen en el país, deberán inscribirse ante la Superintendencia Bancaria, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de este Decreto.

**Artículo 2°** La Superintendencia Bancaria establecerá de inmediato inspección y vigilancia sobre las personas jurídicas a que se refiere el artículo 1° si reúnen una cualquiera de las siguientes condiciones.

1<sup>a</sup> Que participe de su capital algún establecimiento vigilado por la Superintendencia Bancaria.

2<sup>a</sup> Que en su capital participe algún Presidente, Gerente o directivo de establecimiento vigilado por la Superintendencia Bancaria, o su cónyuge o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad.

3<sup>a</sup> Que en su capital participen personas jurídicas en las cuales tengan aportes cualquiera de las personas a que se refieren los numerales 1° y 2° de este artículo.

4° Que posea acciones en alguna entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria.

5<sup>a</sup> Que en su capital participe alguna entidad financiera o de crédito constituida legalmente en otro país.

**Artículo 3°** Los representantes para Colombia de entidades extranjeras que ejerzan cualquiera de las actividades a que se refiere el artículo 1° de este Decreto, quedan igualmente sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y deberán registrarse en ella dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de vigencia de este Decreto.

**Artículo 4°** La Superintendencia Bancaria vigilará las operaciones de las sucursales o filiales de las entidades nacionales a que se refiere el artículo 1° de este Decreto, que se establezcan u operen en el exterior.

**Artículo 5°** Para la vigilancia que este Decreto establece, la Superintendencia Bancaria tendrá las facultades de la Ley 45 de 1923 y demás normas que la adicionan y complementan.

**Artículo 6°** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su promulgación.

DECRETO NUMERO 971 DE 1974  
(mayo 24)

Por medio del cual se establecen normas de control para las personas naturales o jurídicas que manejen, aprovechen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado.

**El Presidente de la República de Colombia,**

en uso de las facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional,

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Las personas jurídicas a que se refieren los artículos 1° y 2° del Decreto 1773 de 1973 quedan sometidas a las obligaciones contempladas para los bancos comerciales en la Ley 45 de 1923 y en las normas que las adicionan y complementan, de acuerdo a los procedimientos que las mismas disposiciones establecen.

**Parágrafo.** Para continuar en ejercicio de su objeto social, después del 15 de julio de 1974, deberán obtener del Superintendente Bancario una concesión para tal efecto, concesión que se expedirá por períodos sucesivos de 20 años. Esta autorización se concederá, previo el análisis establecido por el artículo 27 de la Ley 45 de 1923. El Superintendente Bancario tomará posesión y procederá a liquidar a aquellas personas jurídicas que en el plazo fijado, no obtengan la correspondiente autorización.

**Artículo 2°** A solicitud del Superintendente Bancario y en cumplimiento de lo establecido por el artículo 266 del Código de Comercio, la Ley 45 de 1923 y el Decreto 1773 de 1973, el Superintendente de Sociedades procederá a cancelar el permiso de funcionamiento a las Sociedades Comerciales que, a juicio del Superintendente Bancario no hayan cumplido con las obligaciones establecidas en dichas normas y en el presente Decreto.

**Artículo 3°** Las personas naturales que profesionalmente manejen, aprovechen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado mediante la captación de recursos monetarios para transferirlos en préstamo o depósito, deberán inscribirse en la Superintendencia Bancaria en un plazo máximo de 30 días contados a partir de la fecha de este Decreto.

El Superintendente Bancario practicará las investigaciones que considere necesarias a fin de establecer si la persona inspira confianza y si la comunidad será beneficiada con otorgarle a tal persona, la facultad de emprender o continuar dicha actividad.

En tales casos expedirá la autorización o la negará según su criterio. Esta autorización será por períodos anuales previa la constitución de una caución a favor del Tesoro Nacional cuya cuantía y modalidad serán fijadas por el Superintendente Bancario.

**Parágrafo.** Las personas de que trata este Artículo deberán someterse a las normas generales de contabilidad que para el efecto expida el Superintendente Bancario.

**Artículo 4°** Las personas jurídicas previstas en los Artículos 1° y 2° del Decreto 1773 de 1973 y las naturales de que trata el artículo 3° de este Decreto, solo podrán anunciar su actividad profesional indicando la autorización concedida por el Superintendente Bancario.

**Artículo 5°** Las personas jurídicas a que se refiere el Decreto 1773 de 1973 y las naturales que se dediquen a las actividades previstas en el artículo 3° de este Decreto, no podrán continuar en el ejercicio de las mismas sin la previa autorización del Superintendente Bancario. El incumplimiento de estas disposiciones acarreará las sanciones siguientes, impuestas por dicho funcionario:

a) A las personas naturales, multas sucesivas de diez mil (\$10.000.00) a cien mil (\$100.000.00) pesos cada una.

b) A las personas jurídicas, toma de posesión y liquidación.

En las investigaciones a que haya lugar, el Superintendente Bancario o el funcionario comisionado por éste, podrá interrogar bajo juramento a cualquier persona apremiándola si fuere menester, con multas sucesivas hasta diez mil (\$10.000.00) pesos cada una.

**Artículo 6°** Las personas jurídicas a que se refiere este Decreto deberán tener un capital mínimo de diez millones (\$10.000.000) de pesos.

**Artículo 7°** El capital pagado y reserva legal, ambos saneados, de las personas jurídicas a que se refiere este Decreto, no podrá ser inferior al 10% del total de sus obligaciones para con el público.

**Parágrafo 1°** Para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, las personas jurídicas dispondrán de seis (6) meses contados a partir de la vigencia

de este Decreto, pero a solicitud de la parte interesada, el Superintendente Bancario podrá conceder prórrogas hasta por igual período o establecer sistemas graduales que permitan el ajuste de la relación de capital y obligaciones, en un plazo razonable y sin exceder de un año en total.

**Parágrafo 2°** Sobre los excesos de la relación prevista en este artículo, los infractores pagarán un interés del 2½ % mensual a favor del Tesoro Nacional y con sujeción a las liquidaciones que para el efecto elabore mensualmente el Superintendente Bancario.

**Artículo 8°** Las personas a que se refiere este Decreto deberán mantener en efectivo el 1% de los recursos que capten y efectuar y mantener inversiones no inferiores al 10% de los mismos, en los valores y a partir de las fechas que para el efecto señale la Junta Monetaria.

**Artículo 9°** Los Presidentes, Gerentes, Representantes Legales, Administradores, Apoderados Generales, Asesores, Miembros de la Junta Directiva, Principales o Suplentes, y funcionarios ejecutivos de las personas jurídicas a que se refiere este Decreto, no podrán tener, directa o indirectamente inversiones en entidades financieras sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, ni celebrar con ellas o con sus filiales o subsidiarias actos o contratos de los cuales deriven privilegios o beneficios económicos para sí o para sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, excepción hecha de aquellas operaciones que corresponden al uso de servicios bancarios ofrecidos al público en general.

**Parágrafo.** La Superintendencia Bancaria expedirá la reglamentación necesaria para hacer efectiva la presente disposición.

**Artículo 10.** No podrán pertenecer a las Juntas Directivas de las compañías a que se refiere este Decreto las personas que ejerzan los cargos de Gerente, Representante Legal, Director, Administrador, Apoderado General, Asesor o cualquier otro cargo que bajo distinta denominación implique funciones similares en otra u otras entidades financieras sometidas al control de la Superintendencia Bancaria.

**Artículo 11.** Para los efectos de este Decreto, se entiende por entidades financieras. los establecimientos de crédito bancario y de fomento, las compañías de seguros, los almacenes generales de depósito, las sociedades de capitalización, las sociedades administradoras de inversión y sus respectivos fondos, las corporaciones de ahorro y vivienda y en general todas las entidades que se dediquen a la captación de ahorros en cualquier forma y lo destinen, en todo o en parte, a inversiones o a la concesión de créditos.

**Artículo 12** Este Decreto rige a partir de su expedición.

DECRETO NUMERO 2388 DE 1976  
(noviembre 9)

Por el cual se dictan normas sobre fondos provenientes del ahorro privado.

**El Presidente de la República de Colombia,**

en ejercicio de sus atribuciones y en especial de las que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional,

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Los fondos provenientes del ahorro privado, que se encuentren en poder de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no podrán utilizarse para que aquellas entidades o las que les estén subordinadas o vinculadas, adquieran el control de otra empresa de cualquier especie, o realicen actos conducentes a adquirirlo.

La anterior prohibición no incluye las empresas industriales y comerciales del Estado ni las sociedades de economía mixta cuyo objeto sea de interés público o social o en donde el Estado tuviere el control administrativo o financiero. Con todo, si mediaren una o ambas características en alguna de estas sociedades, el Superintendente Bancario hará en cada caso la exclusión mediante resolución motivada.

Lo dispuesto en el inciso primero no se entenderá como restricción a la facultad que dan las leyes para que las compañías de seguros posean acciones en otras de su misma especie o en reaseguradoras.

Las corporaciones financieras podrán tener acciones o derechos sociales que les den el control de una empresa hasta por quince años, contados desde el primer aporte o la primera suscripción o adquisición de tales acciones o derechos. Para las que actualmente tuvieren ese control los quince años se contarán desde la vigencia del presente decreto.

**Artículo 2°** Para los efectos de este decreto, se entienden por entidades subordinadas o vinculadas las así definidas en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

**Artículo 3°** El Superintendente Bancario, de oficio o a petición de parte, investigará las operaciones a que se refiere el presente decreto. El Superintendente Bancario, previo concepto favorable de la comisión asesora a que se refiere el artículo siguiente y mediante resolución motivada, impondrá, mientras persista la infracción, multas sucesivas a la entidad infractora hasta por el doble del valor de la respectiva operación, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar por objeto ilícito.

**Artículo 4°** Créase una comisión asesora del Superintendente Bancario para dar cumplimiento a lo establecido en este decreto.

Dicha comisión estará integrada por cinco miembros designados así: uno, por el Presidente de la República; uno, por la Junta Monetaria; uno, por la Junta Directiva del Banco de la República; uno, por el Superintendente de Sociedades, y uno, por las bolsas de valores.

**Artículo 5°** El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

PROYECTO DE LEY NUMERO 88 DE 1976

por la cual se dictan disposiciones sobre el sector financiero.

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA:**

**Artículo 1°** Los fondos recibidos del público, distintos de los provenientes del ahorro privado, que se encuentren en poder de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no podrán utilizarse para que aquellas entidades o las que les estén subordinadas o vinculadas adquieran el control de otra empresa de cualquier especie, o realicen actos conducentes a adquirirlo.

La anterior prohibición no incluye las empresas industriales y comerciales del Estado ni las sociedades de economía mixta cuyo objeto sea de interés público o social en donde el Estado tuviere el control administrativo o financiero. Con todo, si existieren en alguna de dichas sociedades una o ambas características, el Superintendente Bancario hará en cada caso la exclusión mediante resolución motivada.

Las corporaciones financieras podrán tener acciones o derechos sociales que les den el control de una empresa hasta por quince años, contados desde el primer aporte o la suscripción o la adquisición de tales acciones o derechos. Para las que actualmente tuvieren ese control los quince años se contarán desde la vigencia de la presente Ley.

**Artículo 2°** El cupo individual de crédito que, según normas especiales, pueden otorgar las entidades referidas en el inciso primero del artículo 1° de la presente Ley, comprenderá los préstamos y cualesquiera otras formas de financiación otorgadas por la respectiva entidad, incluidas las garantías que respondan, ante terceros, por el beneficiario.

Se considerarán como una sola persona, para los efectos del inciso anterior:

- a) Las sociedades colectivas, las de responsabilidad limitada y las anónimas de familia, y sus respectivos socios y accionistas;
- b) Los socios gestores respecto de las sociedades en comandita;
- c) Las sociedades subordinadas o vinculadas entre sí.

**Artículo 3°** Se entienden por entidades subordinadas o vinculadas, para los efectos de esta Ley, las así definidas por los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

**Artículo 4°** El Superintendente Bancario, de oficio o a petición de parte, investigará las operaciones a que se refiere la presente Ley. El Superintendente Bancario previo concepto favorable de la comisión asesora creada por Decreto 2388 del 9 de noviembre de 1976, impondrá, mientras persista la infracción, multas sucesivas a la entidad infractora, mediante resolución motivada hasta por el doble del valor de la respectiva operación, sin perjuicio de las sanciones legales a que hubiere lugar por objeto ilícito.

**Artículo 5°** La presente Ley rige desde su sanción.

Presentada personalmente al honorable Senado por el suscrito Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Rodrigo Botero Montoya

Noviembre 10, de 1976.

### EXPOSICION DE MOTIVOS

Honorables Senadores:

En el transcurso de los debates que se cumplieron para dar trámite a la Ley 55 de 1975 se esbozaron algunas inquietudes relacionadas con la desmedida ingerencia que pueden tener las entidades del sector financiero en otras empresas.

El Gobierno Nacional considera que el proyecto que hoy somete a la aprobación del honorable Congreso de la República despeja esas inquietudes y conduce a que los recursos del público distintos de los provenientes del ahorro privado, que se hallen en manos de las entidades que constituyen el sector financiero no puedan ser utilizados en operaciones que tiendan a dar a éstas el control de otras empresas. El sistema que para tal efecto se propone permite que los destinatarios de la norma conserven su aptitud como inversionistas a fin de no entorpecer la tarea que ellos pueden cumplir en la economía nacional, a la vez que con un mecanismo jurídico ágil se habilita al Estado para lograr los objetivos de la Ley.

En el texto se precisa el ámbito del cupo individual de crédito a que se refiere el artículo 4° del Decreto número 329 de 1938 estableciendo que para tal efecto se entienden como una sola persona los entes a que se refieren los literales a, b y c del artículo 2° del proyecto. Con esta disposición se busca desconcentrar el crédito que otorga el sector institucional para darle mayor contenido social a tal servicio y atenuar algunos efectos como el que se percibe en el hecho de que el 1% del total de deudores del sistema bancario a 31 de diciembre de 1975 tenía más del 50% de la cartera del mismo sector.

Los artículos del proyecto presentan los siguientes aspectos de especial relieve:

Con el artículo primero se complementa el Decreto autónomo 2388 del 9 de noviembre de 1976, mediante el cual se dictaron normas tendientes a impedir el

control de empresas, por parte del sector financiero, con recursos provenientes del ahorro privado.

De esta manera, tanto el referido Decreto como este proyecto de ley, considerados como una unidad, buscan evitar que con los fondos del público las entidades del sector financiero lleguen a convertir empresas de cualquier especie en sus subordinadas o vinculadas. Las nociones de subordinación o vinculación son las que establecen los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, cuyos textos son del siguiente tenor:

“...Artículo 260. Las sociedades subordinadas pueden ser filiales o subsidiarias. Se considerará filial la sociedad que “...esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz. Será subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta...”.

“...Artículo 261. Se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros, en los siguientes casos:

1° Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas;

2° Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta de socios, o en la asamblea, o en la junta directiva, si la hubiere, y

3° Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales.

Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia...”.

Lo anterior no obsta para que las entidades del sector financiero continúen realizando las inversiones autorizadas por disposiciones especiales.

Las prohibiciones contempladas en el proyecto no comprenden las empresas industriales y comerciales del Estado ni las sociedades de economía mixta que expresamente sean excluidas por acto del Superintendente Bancario, cuando se establezca su interés público o social o el control administrativo o financiero del Estado. Por cuanto las corporaciones financieras están facultadas para promover empresas, tales entidades bien pueden detentar el control de otras sociedades por el término de quince años, al cabo de los cuales podrán persistir en la inversión que no les confiera dicho control, lo cual conduce a que su tarea sea verdaderamente de fomento y promoción.

En el artículo 4° se faculta al Superintendente Bancario para que, previo concepto favorable de la comisión creada por el Decreto 2388 de 9 de noviembre de 1976, imponga multas a las entidades infractoras. Dichas multas pueden ser sucesivas y de libre graduación sin que cada una de ellas exceda el doble del valor de la respectiva operación. De esta manera se garantiza que el concepto de la comisión asesora brinde claros fundamentos a la determinación que aplicará el Superintendente Bancario y las sanciones que éste imponga, por el hecho de ser sucesivas, desestimulan la perseverancia en la infracción.

El Gobierno nacional tiene certeza de que este estatuto por lo sencillo y eficaz permitirá desvanecer la tendencia a la concentración del poder económico.

Honorables Senadores.

**Rodrigo Botero Montoya.**

### PROYECTO DE LEY NUMERO 22 DE 1977

por el cual se limita la concentración del poder económico.

El Congreso de Colombia

DECRETA

CAPITULO PRIMERO

**De las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.**

**Artículo 1°** Además de las entidades que están sometidas a la inspección y vigilancia del Superintendente Bancario, quedan también sujetas a su control y vigilancia las empresas, sociedades y personas que se dediquen habitualmente a captar recursos financieros en cualquier forma y los destinen, en todo o en parte, a la concesión de crédito, directamente, o por intermedio de personas naturales o jurídicas con las que tengan vinculación económica. Tales entidades y personas disponen de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de la promulgación de esta ley, para obtener del Superintendente Bancario un permiso especial de funcionamiento.

**Parágrafo.** Las entidades y personas a que se refiere este artículo deben registrar las operaciones financieras que lleven a cabo en libros especiales, en los cuales identifiquen a las personas naturales o jurídicas que las provean de recursos, a título de depósito, préstamo, fideicomiso, o cualquier clase de relación contractual, y también a los beneficiarios de las operaciones crediticias que realicen en desarrollo de sus actividades, mediante recursos propios o canalizando los de terceros, con explicación de la cuantía de la operación, su plazo, el pago por capital, intereses o descuento. Estos libros deben inscribirse previamente en el Registro Mercantil.

**Artículo 2°** Las entidades y personas a que se refiere el artículo anterior, quedan sujetas a las disposiciones que dentro de su competencia dicte la Junta Monetaria.

**Artículo 3°** Para todos los efectos legales, son entidades financieras, los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y demás establecimientos de crédito, los almacenes generales de depósito, las compañías de seguros, las sociedades de capitalización, las sociedades administradoras de inversión y sus respectivos fondos y las demás entidades o personas a que se refiere el artículo primero.

## CAPITULO SEGUNDO

### De la vinculación económica entre personas naturales y jurídicas.

**Artículo 4°** A partir de la promulgación de la presente ley en las sociedades por acciones, éstas deben ser nominativas.

Dentro de los noventa días siguientes a la vigencia de esta ley las sociedades cuyas acciones sean al portador, deben convertirlas en nominativas.

**Artículo 5°** Se presume que existe vinculación económica entre personas jurídicas o naturales, en los siguientes casos:

1° Cuando entre las personas jurídicas exista relación de matrices y subordinadas en los términos previstos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio;

2° Cuando entre las personas naturales existan vínculos de matrimonio, o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil;

3° Cuando entre los representantes legales o apoderados de las personas jurídicas de que trata el numeral primero y las personas naturales señaladas en el numeral segundo de este artículo, existan vínculos de matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil;

4° Cuando entre las personas naturales o jurídicas existan intereses económicos, financieros o administrativos, comunes o recíprocos, directamente o por interpuesta persona, así como cualquier situación de control o dependencia económica, financiera o administrativa.

Se entiende que una persona jurídica está controlada económica o financieramente cuando otra persona o grupo de personas, naturales o jurídicas, que representen los mismos intereses económicos, poseen un porcentaje del capital que les permita, en cualquier momento, imponer sus decisiones en el manejo de la empresa, y que se refleja en hechos tales como tener la mayoría de quórum mínimo decisorio en la Asamblea General de Accionistas, en la Junta de Socios o en la Junta Directiva, o el control administrativo de la empresa.

CAPITULO TERCERO

De las limitaciones en las elecciones.

**Artículo 6°** Ninguna persona natural o jurídica, ni ningún grupo conformado por ella y otras personas naturales o jurídicas con las que tenga directa o indirectamente vinculación económica, puede votar en una Asamblea General de Accionistas o Juntas de Socios de cualquier entidad financiera, con más del 10% del total de las acciones o derechos que constituyan el quórum mínimo decisorio en la respectiva reunión. Lo dispuesto en este artículo no se aplica para la elección de Revisor Fiscal.

Para que una persona natural o jurídica pueda votar o dar la representación de acciones o derechos en una asamblea general de accionistas o Junta de Socios de cualquier entidad financiera, se requiere que hayan sido de su propiedad el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de la reunión de la respectiva asamblea o junta, y que continúen siendo de su propiedad a la fecha de esta.

El cuociente electoral se determina teniendo en cuenta, previamente, las restricciones establecidas en el presente artículo.

Las decisiones tomadas en contravención a lo dispuesto en el presente artículo no surtirán efecto alguno. Además, la junta directiva que se elija no podrá actuar, y continuará ejerciendo sus funciones la anterior, la cual convocará inmediatamente a la asamblea o junta de socios para nueva elección.

**Artículo 7°** Las entidades financieras solo pueden representar en la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, las acciones o cuotas que tengan en administración o fideicomiso, cuando obtengan de sus respectivos titulares autorización escrita para cada reunión, quedando, en todo caso, sujetas a las limitaciones del artículo anterior.

**Parágrafo.** Para los efectos de este artículo, las sociedades administradoras de inversión y sus respectivos fondos, requieren para cada reunión, obtener autorización expresa de los suscriptores de los certificados que hayan expedido.

**Artículo 8°** En las juntas directivas de las entidades financieras no podrán actuar dos o más personas que ejerzan en una misma empresa, en su matriz o en sus subordinadas, o con las que exista vinculación económica, los cargos de gerente o representante legal, director, administrador, apoderado, asesor, consejero o cualquier otro que, bajo distinta denominación, tenga iguales o similares funciones.

**Artículo 9°** Sin perjuicio del derecho de impugnación consagrado en los artículos 191 y 192 del Código de Comercio, corresponde al Superintendente Bancario velar por el estricto cumplimiento de las normas establecidas en los artículos anteriores. Para tal efecto, dicho funcionario deberá, inmediatamente después de realizada una elección, calificar si las personas elegidas son há-

biles para ejercer el cargo y tomar la debida posesión, por no haberse contra-venido ninguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en la presente ley.

## CAPITULO CUARTO

### De las incompatibilidades para desempeñar cargos directivos.

**Artículo 10.** Los presidentes, gerentes, representantes legales, directores, administradores, apoderados, asesores, consejeros, miembros de juntas directivas, y empleados de entidades financieras, o las personas que desempeñen en ellas cualquier otro cargo que bajo distinta denominación, tenga iguales o similares funciones, no podrán desempeñar ningún cargo en otra entidad financiera.

**Parágrafo.** Exceptúanse de la incompatibilidad establecida anteriormente:

a) Los miembros de las juntas directivas de las entidades financieras del Estado;

b) Las corporaciones financieras en relación con aquellas sociedades que promuevan, organicen o financien;

c) Los establecimientos bancarios en relación con las juntas directivas del Banco de la República y las demás entidades en que la ley en forma expresa los haya autorizado para tener acciones.

## CAPITULO QUINTO

### De la incompatibilidad para realizar inversiones en sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

**Artículo 11.** Los presidentes, gerentes, representantes legales, directores, administradores, apoderados, asesores, consejeros, miembros de juntas directivas y empleados de entidades financieras, o las personas que desempeñen en ellas cualquier otro cargo que, bajo distinta denominación, tenga iguales o similares funciones, no podrán poseer, directa o indirectamente por intermedio de personas a las cuales estén en alguna forma vinculadas económicamente, inversiones en entidades financieras, ni celebrar contratos con ellas o con sus filiales o subsidiarias, ni realizar actos de los cuales deriven ventajas, prerrogativas o beneficios de carácter económico para sí, o para sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, salvo la obtención de crédito y la utilización de los servicios bancarios conforme a la reglamentación que expida el Superintendente Bancario.

## CAPITULO SEXTO

### De las limitaciones de inversiones admisibles por parte de las sociedades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria.

**Artículo 12.** Las entidades financieras no podrán invertir en ninguna sociedad o empresa más del diez por ciento (10%) de su capital pagado, dentro del cual se computa el que tengan sus filiales o subsidiarias. Además, en ningún caso podrán tener más del veinte por ciento (20%) del capital de la compañía o de la empresa en la cual participen.

Se exceptúan:

a) Las inversiones de las corporaciones financieras en las empresas industriales transformadas o promovidas por ellas, y las inversiones de los bancos en los Almacenes Generales de Depósito, las cuales se regirán por las normas legales vigentes;

b) Las inversiones en el exterior autorizadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social.

**Parágrafo.** Se autoriza a las entidades a que se refiere este artículo a conservar sus actuales inversiones en los casos en que ellas superen dichos porcentajes. Pero en ningún caso podrán aumentar el monto de dichas inversiones si éstas exceden los porcentajes en él fijados.

## CAPITULO SEPTIMO

### De las limitaciones en el otorgamiento de crédito.

**Artículo 13.** En las entidades financieras las operaciones de crédito en beneficio directo o indirecto de sus presidentes, gerentes, representantes legales, directores, administradores, apoderados, asesores, consejeros, miembros de juntas directivas y empleados deberán aprobarse con el voto unánime de los miembros de la junta directiva, excluido el del solicitante o beneficiario directo o indirecto.

La misma regla se aplicará cuando el beneficiario del préstamo sea persona ligada por matrimonio, parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con las enumeradas en el inciso anterior, o que tenga con ellas alguna vinculación económica en los términos previstos en el artículo 5° de la presente ley.

Asimismo, se observará igual procedimiento para las operaciones de crédito con el socio o grupo de socios que directa o indirectamente, en razón de la vinculación económica existente entre ellos, sean propietarios del cinco por ciento (5%) o más de las acciones o derechos de la respectiva entidad.

En todos los casos previstos en este artículo, la operación de crédito se celebrará en condiciones comerciales normales, sobre la base de la solvencia económica del deudor y conforme a la reglamentación especial que expida el Superintendente Bancario, quien tiene facultades para exigir los informes que estime pertinentes.

**Parágrafo.** La contravención a lo dispuesto en este artículo se sanciona por cada vez, con multa que impondrá el Superintendente Bancario hasta por una cuantía igual al crédito concedido.

**Artículo 14.** El Superintendente Bancario queda obligado a crear los servicios y a nombrar el personal especializado para el cabal cumplimiento de esta ley.

**Artículo 15.** La presente ley rige desde la fecha de su promulgación.

Presentado a la consideración de la honorable Cámara de Representantes por el suscrito Representante.

**Hernando Agudelo Villa.**

Bogotá, D.E., agosto 3 de 1977.

### EXPOSICION DE MOTIVOS

Honorables Representantes:

Colombia inició en 1959 el proceso legislativo destinado a controlar las prácticas restrictivas monopolísticas y las tendencias a la concentración del poder económico.

Mediante esta política, cuyos efectos han sido prácticamente nulos, se buscaba sancionar las prácticas que tienden a eliminar la competencia, a centralizar el poder de dirección económica en pocas manos y a absorber las empresas medianas y pequeñas, todo lo cual se traduce en restricciones a la oferta de bienes y servicios, en la fijación de precios inequitativos para los consumidores, en altos costos de producción, en el desmejoramiento de los productos y en la eliminación de los incentivos para la innovación.

La legislación sobre los monopolios seguramente tendrá que ser actualizada y modernizada, por razones de justicia social y de eficiencia del sistema económico, para hacer frente a los fenómenos que vienen agudizándose en forma alarmante.

Pero es urgente legislar, en una primera etapa, en relación con las nuevas modalidades monopolísticas que han surgido durante la última década en el sector financiero y que han sido denunciadas desde tiempo atrás.

En marzo de 1969, el entonces Superintendente de Sociedades Anónimas, doctor Moisés Prieto, llamó la atención del país sobre este particular en los siguientes términos:

“De mis investigaciones se desprende que en el momento actúan con gran fuerza y beligerancia varios grupos que conocen perfectamente las técnicas y jugadas para el establecimiento de una nueva modalidad monopolística en Colombia.

“La nueva modalidad busca preferentemente tomar el poder de decisión de las juntas directivas e incluir dentro de su radio de acción a la banca y a las empresas financieras y en esta forma proyectar sus dominios económicos a las decisiones políticas y ser un beligerante agente de negocios.

“En la actualidad existen varios grupos financieros bien identificados, que a su vez han montado otros grupos que son en el fondo los más activos agentes de inversión y de negocios y quienes trabajan intensamente en empresas de toda índole para ir poco a poco ganando poder en las juntas y luego pedir la inyección necesaria de capital para quedar dominando una nueva empresa.

“Básicamente, la nueva modalidad monopolística busca el dominio de tres fuentes económicas indispensables para acrecentar sus ganancias y su fuerza: la banca, las corporaciones financieras y los instrumentos de inversión y de diversificación.

“Los nuevos monopolios ofrecen mucho peligro en razón de su poderío económico. Además, crean toda una serie de prebendas y prerrogativas en favor suyo, debido a que obtienen toda la información necesaria para actuar en negocios en los cuales sus propios deudores y acreedores tienen parte.

Durante la pasada campaña presidencial, el doctor Alfonso López Michelsen, denunció la “aparición de grupos económicos poderosos que gradualmente se van adueñando de las posiciones claves de la economía, las colinas dominantes de la economía de que hablara hace diez años el laborismo inglés”.

Y anunció que “pondría en vigencia la ley de monopolios y atendería como un reclamo aplazado y creciente, a la necesidad de dar término a la concentración del poder económico, mediante la captación de ahorro privado a través de los fondos mutuos de capitalización.

“Aquí tenemos —reiteró el Presidente López— una economía desbordada en donde los grupos financieros van concentrando la riqueza en todos los órdenes, en donde las industrias caen en pocas manos”.

### La intermediación financiera.

En todos los países de economía de mercado o de empresa privada, opera un conjunto de entidades —bancos, compañías de seguros, instituciones de ahorro y préstamo, fondos mutuos y sociedades de inversión, etc.— que integran la intermediación financiera.

Estos intermediarios son pieza esencial para el funcionamiento de cualquier economía, como lo indica una simple enumeración de algunas de las principales funciones que cumplen en el proceso económico:

Mobilizan los recursos financieros de la comunidad para mejorar la eficiencia general del sistema económico. Diversifican, a través del mercado de capitales, la oferta de recursos mediante la captación de ahorro y su inversión en sectores básicos para el desarrollo económico. Crean crédito para financiar la

formación de capital, a fin de incrementar la capacidad productiva del país y para financiar la producción corriente, el capital de trabajo de las empresas y el consumo de bienes duraderos, mediante un sistema bancario dinámico y capaz de garantizar una tasa adecuada de liquidez.

En Colombia, la intermediación financiera, básicamente sustentada en el sistema bancario, se ha venido ampliando, diversificando y modernizando en las últimas décadas, mediante el fortalecimiento del mercado de capitales y la creación de entidades financieras para canalizar el ahorro y orientarlo a la financiación de las inversiones privadas y públicas. A partir de 1960, se han constituido las Corporaciones Financieras, las Sociedades Administradoras de Inversión, los Fondos Mutuos de Inversión y las Corporaciones de Ahorro y Vivienda. Además, se ha adelantado, principalmente por parte del actual gobierno, una política destinada a incrementar el mercado financiero con estímulos al ahorro.

En esta forma, el Estado colombiano ha buscado el fortalecimiento, aun precario, de los organismos financieros encargados de suministrar los recursos necesarios para el crecimiento de una economía en expansión y que en general no pueden provenir de las ganancias de las empresas en las primeras etapas del desarrollo, como sí ocurre en las economías maduras, en las cuales la industria no depende tan fuertemente del sistema bancario y de los ahorros de la comunidad para el financiamiento de sus operaciones de funcionamiento e inversión.

### Tendencias monopolísticas.

El sector financiero de la economía es uno de los más propicios a la concentración económica y a la aplicación de prácticas monopolísticas, máxime en la época contemporánea, cuando han surgido las corporaciones multinacionales y los "conglomerados".

Dado el monto creciente de ahorros captados normalmente por las instituciones financieras en los países desarrollados, ellas se orientan a buscar oportunidades de inversión rentable y a constituir los llamados "conglomerados" en los que se fusionan los intereses de las grandes empresas productoras y de los bancos y entidades financieras.

En algunos países la tendencia a la concentración se caracteriza por grupos financieros que se apoyan en uno de los grandes bancos, que constituye el núcleo alimentador de una constelación de empresas productoras ubicadas en los sectores dinámicos de la industria.

Estas nuevas modalidades monopolísticas, sustentadas en las instituciones financieras, han determinado, cuando no se les imponen correctivos oportunos, grandes estructuras del capital que dan el poder de decisión a un reducido grupo de personas que están en capacidad de manipular el aparato financiero y productivo en función de sus propios intereses, y que excluyen a las grandes mayorías de la posibilidad de intervenir en los procesos en los cuales se toman decisiones vitales sobre el futuro económico de la nación.

En ciertos países el grado de concentración del capital y del poder económico es tan excesivo a través de los "conglomerados", que los enemigos del sistema de empresa privada ponen de presente cómo para socializar la economía bastaría estatizar 10 ó 12 grandes corporaciones y adjuntarlas a los respectivos ministerios.

### Factores de concentración en Colombia.

Vale la pena hacer un somero análisis de los factores que han determinado el proceso de concentración del poder financiero en Colombia.

A partir de 1960 se crearon en el país varios intermediarios financieros, captadores de ahorros, como las sociedades administradoras de inversión y los fondos mutuos de inversión. Además, se estableció desde entonces un régimen de inversiones para las compañías de seguros y las sociedades de capitalización, en virtud del cual se les permitió invertir en cualquier sociedad anónima nacional hasta el 10% de (sic)reservas patrimoniales y técnicas. En 1974, por medio del Decreto 1725, este régimen se hizo más liberal, pues se facultó a las compañías de seguros de vida para invertir libremente el 30% de sus reservas matemáticas en acciones de sociedades anónimas y se liberó del régimen de inversión forzosa el 80% de los depósitos de ahorro.

Esta libertad de inversión por parte de las entidades que captan ahorro, ha incrementado extraordinariamente sus actividades y les ha permitido formar los llamados "grupos financieros" que están tomando el control del capital y el manejo de entidades bancarias y de otras sociedades.

La sola facultad de las compañías de seguros para invertir libremente el 10% de sus reservas patrimoniales, ha facilitado que cada uno de los grupos aseguradores represente un volumen de acciones suficientes para controlar las empresas y que están en manos de diversas filiales constituidas para atender en forma separada las ramas de seguros de vida, capitalización y administración de fondos de inversión.

Asimismo, la creación y funcionamiento de las sociedades administradoras de inversión ha permitido concentrar en los fondos que administran, un volumen considerable de acciones bancarias, adquiridas en mercado abierto o mediante negocios de canje con otros fondos, con miras al control de las asambleas de determinados bancos, aprovechando su función de administradores, pero sin el consentimiento de los verdaderos titulares de las acciones, que son los suscriptores de los certificados de inversión.

En resumen, puede decirse que estos mecanismos han permitido que se lleve a cabo un proceso de concentración que las leyes no regulan ni controlan, y que consiste en que las entidades que captan ahorros, como las compañías de seguros, las capitalizadoras y las sociedades administradoras de inversión, paulatinamente asumen el control de los bancos y de otra clase de sociedades por intermedio de los "grupos financieros".

### Fenómenos de concentración y uso indebido del poder.

Los principales fenómenos de concentración y uso indebido del poder que se advierte en el sector financiero colombiano, son los siguientes:

A. Control casi total de las juntas directivas del sector financiero por grupos de accionistas que no poseen, en su conjunto, más del 30% de las acciones o derechos de la respectiva entidad. Este control tiene varias modalidades, entre las cuales pueden citarse las siguientes:

1. Por lo general, los grupos que controlan una institución financiera están vinculados económicamente entre sí a través de matrices o subordinadas, o por medio de personas naturales o jurídicas, entre las cuales no necesariamente existe la relación de matriz o subordinada en los terminos a que se refiere el Código de Comercio;

2. En algunos casos los grupos son fácilmente identificables desde el punto de vista de la sociedad inversionista, como de sus accionistas. En otros casos, el control se ejerce por medio de una serie de sociedades, con acciones al portador, aparentemente sin ninguna relación entre sí, pero en realidad dirigidas por la misma persona o grupo por intermedio de una serie de inversiones en cadena;

B. Una vez que un determinado grupo adquiere el control, aprovechando a varias personas naturales o jurídicas vinculadas económicamente entre sí, de las juntas directivas de una o varias instituciones financieras, se presentan, entre otros, los siguientes fenómenos de concentración de poder:

1. Desempeño, por parte de una misma persona, de cargos directivos en más de una institución financiera;

2. Utilización del poder decisorio de las juntas directivas para realizar inversiones, o para celebrar contratos de los cuales el grupo que tiene el control de la institución derive prerrogativas o beneficios de carácter económico, para sí o para otras personas naturales o jurídicas con las cuales se tiene vinculación económica;

3. Utilización del poder decisorio en las juntas directivas para tener acceso al crédito en condiciones preferenciales y sin otorgar al respectivo establecimiento de crédito las garantías que éste exigiría a cualquier persona no vinculada a su junta directiva;

C. Adquisición y control de otras empresas del mismo sector financiero o de cualquiera otro, utilizando los cuantiosos recursos captados.

La carencia de legislación apropiada sobre las entidades que captan ahorros, está propiciando, además, el florecimiento de peligrosas operaciones especulativas con acciones y títulos, el funcionamiento de entidades financieras sin control adecuado en relación con la captación del ahorro y la política de

préstamos, en igualdad de condiciones con las entidades bancarias controladas por la Superintendencia Bancaria, y posibles evasiones fiscales.

### **Desviación de los objetivos.**

Tanto la Ley 45 de 1923, orgánica del sistema bancario colombiano, como las leyes 16 de 1936 y 5ª de 1947, establecieron una serie de prohibiciones y restricciones encaminadas a evitar que los bancos controlaran otros institutos de crédito o empresas o sociedades de cualquier índole, a través de inversiones directas o mediante la concesión de crédito a aquellas en que sus directores o funcionarios tuvieran una participación importante de capital o su control administrativo. Este principio general solo tiene escasas excepciones, como las inversiones en Almacenes Generales de Depósito, Corporaciones Financieras y recientemente las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las cuales se consideran de gran importancia para el desarrollo económico.

Sin embargo, el control que se trata de evitar por parte de los bancos, en la práctica ha venido a ser sustituido por la acción de las compañías de seguros, de las sociedades administradoras de inversiones y los fondos mutuos de inversión que vienen utilizando los recursos provenientes del ahorro público para tomar el control de los bancos y concentrar en ellos un gran poder financiero.

Indudablemente, esto representa una flagrante desviación del objetivo social de estas entidades, pues ellas se crearon para fomentar y desarrollar el mercado de capitales, pero no para utilizar sus ingentes recursos con el fin de controlar otras empresas y en particular el sistema bancario.

Teniendo en cuenta que los intermediarios financieros operan con los ahorros de la comunidad y cumplen una eminente función pública, particularmente en el caso de los bancos que son un servicio público, y en presencia de la gravedad que revisten las modalidades monopolísticas que se presentan en el país, se hace imperativo que el Estado intervenga para regular el uso que se haga de los ahorros públicos e impida, mediante una adecuada legislación especial, que continúe el proceso acelerado de concentración del poder económico y financiero.

### **Régimen antidemocrático.**

Si estos mecanismos de concentración no se controlan, el régimen económico de libre empresa y libertad económica que los mismos patrocinadores de las prácticas monopolísticas dicen apoyar y defender, puede sufrir golpe irreparable, porque agudizan seriamente la ya de por sí desafiante concentración del ingreso, la riqueza y el poder en Colombia, como lo indican los siguientes datos:

El 60% más pobre de la población colombiana recibe solo el 15% del ingreso nacional, según estudio realizado por el Banco de Reconstrucción y Fomento.

El 51.4% de las empresas inscritas en la Bolsa de Valores de Bogotá, están en poder del 0.3% de los inversionistas, según declaraciones del Presidente de la entidad.

Menos del 1% de los deudores del sistema bancario, tienen más del 50% de la cartera, la cual el 31 de diciembre de 1975 sumaba 48.000 millones de pesos, según declaraciones del Superintendente Bancario.

Y aunque no parece que exista un estudio completo sobre el control personal de la economía colombiana, es indiscutible el alto grado de concentración de las juntas directivas de las sociedades anónimas, el cual se ha agravado con la integración y operación de los grupos financieros.

Es difícil concebir que una tendencia a la concentración de esta magnitud, pueda sostenerse dentro de formas políticas democráticas.

### Origen y finalidades del proyecto de ley.

Durante la discusión de las modificaciones propuestas a la reforma tributaria en la legislatura de 1975, el Congreso y el Gobierno llegaron a la conclusión de que era indispensable legislar en relación con el control de los monopolios del sector financiero y de que se requería la adopción de medidas de fondo que impidieran la creciente concentración del poder financiero por parte de pequeños grupos que se están apoderando de las palancas fundamentales de la economía.

La presente iniciativa propone el establecimiento de mecanismos legales para regular y controlar los fenómenos de concentración mencionados en los capítulos anteriores.

La concepción general del proyecto se aparta de los criterios tradicionales, según los cuales la política de vigilancia de las prácticas monopolísticas de las entidades financieras debe realizarse mediante prohibiciones a las personas naturales o jurídicas de poseer más de un porcentaje de las acciones en determinadas sociedades; o mediante la prohibición a los presidentes, gerentes o directores de las entidades financieras para hacer parte de juntas directivas de empresas del mismo sector financiero.

En verdad; estos sistemas de control están ya desuetos frente a las nuevas modalidades monopolísticas que se han presentado en los últimos años, pues las entidades financieras tradicionales como los bancos y las compañías de seguros no se controlan por personas individuales, naturales o jurídicas, sino por "grupos" que no trabajan única y exclusivamente con los establecimientos de crédito tradicionales que define la ley bancaria, sino que su actividad se desarrolla por medio de otras entidades.

Con base en este criterio, que cambia el énfasis de la política antimonopolística del control de la persona natural o jurídica individual, por el control del grupo como tal, el proyecto contempla tres partes principales:

I. El capítulo primero (artículos 1, 2 y 3), el cual se refiere a los canales existentes para la captación y colocación en forma de mutuo del ahorro privado. Es decir, define qué se entiende por intermediación financiera.

II. El capítulo segundo (artículos 4 y 5), establece procedimientos para definir qué es un "grupo", mediante la figura de la vinculación económica entre personas naturales o jurídicas.

III. Los capítulos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo (artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), restringen el uso del poder del "grupo", mediante el establecimiento de limitaciones para la elección de juntas directivas, incompatibilidades para desempeñar cargos directivos, realizar determinadas inversiones y hacer uso del crédito.

### I Entidades de intermediación sujetas a control.

Los artículos 1, 2 y 3 del proyecto definen el área financiera que se reglamenta, en relación con lo cual se dió un paso importante con los Decretos 1773 de 1973 y 971 de 1974 —ya declarados constitucionales por el Consejo de Estado— mediante los cuales se dispuso adscribir a la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia de las personas naturales que captan y manejan el ahorro privado y sometieron todo el mecanismo al régimen bancario de excepción contemplado en la Ley 45 de 1923.

No obstante el avance logrado, la legislación vigente sobre la materia tiene muchos escapes. En verdad la legislación define como intermediarios financieros a las personas que captan y colocan ahorros privados. Pero hay otras modalidades que no cobija esta definición: Algunos "grupos financieros" bien integrados ponen a una persona a captar recursos del público y a otra a colocarlos en mutuo. Entre las dos entidades funcionan simplemente préstamos internos. Estas dos entidades financieras intermediarias son, sin embargo, consideradas como personas independientes y por lo tanto escapan al control legal.

El artículo 1 del proyecto llena este vacío al someter a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria a todas las empresas, sociedades y personas que se dediquen habitualmente a captar recursos financieros en cualquier forma y los destinan, en todo o en parte, a la concesión de crédito directamente, o por medio de personas naturales o jurídicas con las que tengan vinculación económica. Gracias a esta figura de la vinculación, que se explicará adelante, se cierran las brechas de evasión que tienen las leyes vigentes.

El párrafo del artículo 1 obliga a los intermediarios financieros a un registro minucioso de sus operaciones, lo cual facilitará la investigación de los grupos, permitirá el control de operaciones especulativas y de aprovechamiento personal y adicionalmente un control mucho más estricto sobre la evasión tributaria que se está llevando a cabo por intermedio de una serie de intermediarios financieros y del mercado extrabancario, que captan y colocan recursos sin identificación de las personas de quienes reciben los depósitos o a quienes les otorgan los préstamos.

El artículo 2° establece que la Junta Monetaria, dentro de su competencia, puede dictar normas a las cuales queden sujetas todas las entidades o personas a que se refiere el artículo 1°.

El artículo 3° define claramente cuáles son en realidad las entidades financieras, para todos los efectos legales, a fin de evitar omisiones. Explícitamente se califica como tal a los Almacenes Generales de Depósito, los cuales, en verdad, cumplen funciones financieras, toda vez que expiden certificados de depósito y bonos de prenda.

### II. Los grupos financieros.

El artículo 4° establece el mecanismo por medio del cual el Estado o cualquier ciudadano, puede conocer cuándo existe vinculación económica entre personas naturales o jurídicas que conforman el "grupo financiero", de tal manera que sea posible detectar el control que un determinado grupo está en capacidad de ejercer en las asambleas y juntas directivas de las instituciones financieras.

Si no se puede definir el "grupo", el control de los intermediarios financieros se burla por lo cual esta figura es el eje del proyecto.

La definición de qué es un "grupo" para los efectos legales, es compleja, pues son muchas las maneras como una persona natural o jurídica puede lograr el control de otras. El caso excepcional es cuando el grupo se reduce a una sola persona natural o jurídica de gran capacidad financiera, que adquiere la mayoría de las acciones de las sociedades que se quiere controlar, ya sea directa o indirectamente. Incluso esta modalidad puede ser burlada a través del sistema de los "holding".

Hay otras formas más sofisticadas y sutiles: Control por medio de acuerdos tecnológicos mediante los cuales se entrega la administración de una empresa a una entidad que pone la tecnología, pero no el capital; control mediante acciones que no pertenecen a la persona que aparece controlando, sino a otra que está detrás y prestó el dinero para la adquisición de los títulos; control por medio de acciones adquiridas con pacto de retroventa o con contratos de opción de compra, etc.

En todas estas modalidades, las personas que controlan no figuran como dueñas y ejercen su poder utilizando mecanismos financieros disimulados.

La definición de "grupo" debe basarse en el criterio ya aceptado por el Código de Comercio, en los artículos 260 y 261, en relación con la vinculación económica entre personas jurídicas. El hecho de que en esta definición del Código no se hubiera contemplado la vinculación sino entre personas jurídicas, dejó abierta la puerta a muchas modalidades de engaño y disimulo, pues se utiliza para ejercer las prácticas monopolísticas a personas naturales como vínculos entre dos personas jurídicas aparentemente independientes.

Con este criterio, el proyecto amplía la noción de vinculación económica, circunscrita a las personas jurídicas en el Código, a un concepto de vinculación económica que incluya también a las personas naturales. En esta forma, se podrá identificar la acción de un determinado "grupo financiero" que configure el control que una persona natural tiene sobre varias personas jurídicas que aparecen como independientes entre sí.

El artículo 5° del proyecto facilita el establecimiento de la existencia del grupo, por medio del concepto de vinculación económica, al determinar aquellos casos que permitan presumir legalmente cuándo las personas naturales o jurídicas están vinculadas entre sí.

El concepto de relación de personas jurídicas entre matrices y subordinadas, del numeral 1, es el mismo del Código de Comercio.

En el numeral 2° se agrega un segundo concepto de vinculación tomando en cuenta a los accionistas o socios de entidades financieras cuando están ligadas por matrimonio o por determinado parentesco.

El numeral 3° complementa los dos anteriores al establecer el caso de la vinculación entre las personas de que tratan tales numerales.

En el numeral 4° se cambia la redacción del Código de Comercio en relación con el concepto de vinculación económica para incluir las personas naturales, como ya se explicó, pero respetando la terminología y el concepto general del Código sobre la materia.

El artículo 4° del proyecto establece que en una sociedad por acciones, éstas deberán ser nominativas. Tal disposición, que complementa la congelación a 31 de diciembre de las acciones con derecho a voto de que trata el inciso segundo del artículo 6° del proyecto, cumple tres finalidades principales:

- a) Facilitar el rastreo de los nexos económicos, tecnológicos o financieros entre las distintas personas que configuran un "grupo";
- b) Controlar la evasión tributaria, particularmente en materia de renta presuntiva, y
- c) Controlar el registro del capital extranjero que en muchos casos, con las acciones al portador, está en capacidad de apoderarse de importantes sectores de la industria.

La primera finalidad es la importante en el proyecto. Para que opere la definición de vinculación económica y la manera de configurar el grupo, es indispensable que la Superintendencia Bancaria, o el organismo competente puedan identificar exactamente cuáles son las relaciones entre las distintas personas o sociedades y ello se logra si todas las acciones son nominativas (hoy pueden ser al portador las de las sociedades en comandita por acciones). Actualmente, una investigación de esta naturaleza es fácil de perderse, puesto que, tomando como ejemplo un caso supuesto, una compañía de seguros puede

pertenecer a una entidad financiera extrabancaria que a su vez pertenece a 3 ó 4 sociedades en comandita por acciones al portador que no se sabe a quien pertenecen.

Debe estudiarse si la norma comentada es superflua en el proyecto, debido a que el Decreto-ley 1900 del 5 de septiembre de 1973, por el cual se puso en vigencia el régimen común de capitales extranjeros, en su artículos 45, dispuso que el capital de las sociedades por acciones debería estar representado en acciones nominativas; y que las acciones al portador actualmente existentes deberían transformarse en acciones nominativas dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigor del régimen de capitales.

En el caso de que se llegue a esta conclusión, el Estado debe proceder a hacer cumplir estrictamente la disposición citada, que está burlando abiertamente.

### III. Limitaciones al uso y abuso del poder financiero

Si se analizan las actas de las asambleas de las principales entidades financieras durante los últimos años, se advierte cómo reducidos grupos de personas que representan un porcentaje de acciones relativamente pequeño, han logrado controlar totalmente la mayoría de tales instituciones, y cómo los grupos, dado su grado de concentración y poder, han ido alejando a los pequeños accionistas de las asambleas en las cuales su papel es nulo.

Con base en el criterio de que el manejo de los ahorros privados no puede servir para acentuar la concentración del poder económico, el proyecto propone restringir o limitar su capacidad de voto en las asambleas generales de accionistas o juntas de socios de cualquier entidad financiera, a la persona natural o jurídica o al grupo conformado por ella y otras personas naturales o jurídicas con las que tenga directa o indirectamente vinculación económica.

El artículo establece, en consecuencia, una limitación del voto para cada grupo económico a un máximo del 10% del total de las acciones o derechos que constituyan el quórum mínimo decisorio en la respectiva asamblea general de accionistas o junta de socios.

Este porcentaje, a decir verdad, no es del todo arbitrario, pues su fijación se ha basado en el registro histórico del volumen de acciones o derechos que ha sido suficiente para que los "grupos" financieros hayan controlado las asambleas de accionistas o las junta de socios de muchas entidades del sector financiero.

Además, es importante fijar un porcentaje bajo para evitar las alianzas de diversos grupos que les permitan el control de las empresas. Ello se logra con el 10%, pues es difícil lograr el acuerdo de 4 ó 5 grupos, cuando cada uno de ellos quiere tener su campo propio.

Algunas personas preferirían prohibir totalmente a las entidades financieras votar en las asambleas o juntas de cualquier otra entidad del mismo sector. Sin embargo, se prefirió la limitación de la capacidad del voto, a la eliminación total, teniendo en cuenta, que ésta podría tener visos de inconstitucionalidad y también, que tal medida sería inoperable, ya que, como se ha analizado, el control que ejercen los grupos, se hace por medio de entidades cuyo objeto social es diferente al de los del sector financiero y a través de sociedades que funcionan con acciones al portador en muchos casos.

La severa limitación del voto que contempla el proyecto en su artículo 6° no se aplica para la elección del Revisor Fiscal, lo cual permite al grupo mayoritario elegirlo, de tal manera que mediante este funcionario pueda vigilar el buen manejo y administración de las inversiones, junto con sus representantes minoritarios en la junta directiva.

Debe anotarse también que la limitación de la capacidad de voto a los grupos financieros, abre la posibilidad a los pequeños accionistas de pertenecer a las juntas directivas, lográndose con ello una distribución mucho más equilibrada en el manejo de las asambleas y por consiguiente en la integración de las juntas y de todos los mecanismos directivos de las empresas.

Con el propósito de evitar las cesiones temporales y ficticias de acciones o títulos tendientes a desfigurar la vinculación económica y en consecuencia la existencia de los grupos, el inciso segundo del mismo artículo 6° exige que las acciones o derechos de una persona natural o jurídica hayan sido de su propiedad a diciembre 31 del año inmediatamente anterior, para que el respectivo titular pueda votar con ellos en las asambleas o juntas. Y por consiguiente, tales acciones deben aparecer en la declaración de renta del titular, correspondiente al año anterior al de la asamblea.

Es posible que esta medida no evite totalmente las transacciones ficticias. Pero el uso de testaferros se complica extraordinariamente, toda vez que en cabeza de ellos se cobrarían los impuestos patrimoniales y se declararía la renta presuntiva, fuera de los peligros que entraña para el cedente ficticio entregar acciones con varios meses de anticipación a personas extrañas, pues los parientes y allegados están cubiertos por la vinculación económica. Además, aunque la ficción pueda realizarse, quedan abiertos los caminos para investigar las transacciones sospechosas aplicando la misma figura de la vinculación.

El tercer inciso del artículo 6° estipula que el cuociente electoral se determinará teniendo en cuenta, previamente, las restricciones establecidas en el artículo, es decir, la limitación de la capacidad de voto al 10%.

En términos generales, de acuerdo con las leyes vigentes, el quórum decisorio está constituido por la mitad más uno de los asistentes a la respectiva asamblea. Las sociedades pueden establecer en sus estatutos otros porcentajes. Y la ley, para ciertos casos, exige mayorías específicas, como el 70%, de los asistentes para disolver una sociedad o para no repartir utilidades.

El cuociente electoral que se aplica en este estatuto es el mismo a que obliga la ley en todos los casos en que se trata de elegir un grupo de personas.

Para fijar el cuociente, teniendo en cuenta las anteriores explicaciones, previamente debe aplicarse la restricción de la capacidad de voto de que trata esta ley, como se indica en el siguiente ejemplo: Se trata de una sociedad con 100 accionistas cuya asamblea va a elegir una junta directiva de 5 miembros. Su quórum decisorio mínimo lo constituyen 51 votos. Para la elección se presenta un "grupo" con 30 votos y accionistas individuales con 40 votos. De acuerdo con esta ley, el grupo no podría votar sino con el 10% del quórum decisorio mínimo, o sea con 5 votos. El cuociente resultaría de dividir 45 votos (los 40 de los accionistas individuales y los 5 del grupo) por el número de casillas (5), o sea un cuociente de 9. En consecuencia, los accionistas que no integran grupo se adjudicarían 4 casillas por cuociente y el grupo una casilla por residuo y el revisor fiscal.

El último inciso del artículo 6° dispone que las decisiones que se tomen contraviniendo lo dispuesto en este estatuto no producen efecto alguno.

El artículo 7° regula la representación, por parte de las entidades financieras, de las acciones o cuotas que tengan en administración o fideicomiso y las somete a la misma limitación en cuanto a la capacidad del voto del artículo 6°, o sea al 10% del quórum mínimo decisorio en la respectiva asamblea general de accionistas o junta de socios. Además, para poder votar con ellas, se debe obtener de los respectivos titulares, autorización escrita para cada reunión.

En relación con las sociedades administradoras de inversión y sus respectivos fondos mutuos, se exige también que para cada reunión se obtenga autorización expresa de los suscriptores de los certificados. En esta forma se pone término a la práctica de los poderes en blanco que tanto ha contribuido al proceso de concentración económica, por intermedio de los departamentos fiduciarios.

El artículo 8° establece una limitación adicional a la del voto: En el caso de que el 10% atrás mencionado dé derecho a un determinado grupo a elegir más de un representante en la junta directiva, en ella no podrán actuar dos o más personas que ejerzan cargos en una misma empresa o en empresas con las que aquélla tenga vinculación económica.

En los artículos 10 y 11 del proyecto se establece una serie de incompatibilidades para desempeñar cargos en las entidades del sector financiero y se prohíbe a las personas vinculadas a él tener inversiones en entidades financieras y realizar con ellas actos o contratos de los cuales deriven beneficios de carácter económico para sí o para otras personas con las cuales tengan vinculación económica.

Concretamente, con las incompatibilidades establecidas en el artículo 10, se busca desconcentrar el poder de dirección que cada vez está en menos manos, gracias a las múltiples cadenas y mecanismos de reciprocidad que se han establecido en las entidades del sector financiero y en general en todas las sociedades anónimas.

### **Limitaciones a las inversiones admisibles**

El artículo 12 del proyecto establece una severa limitación a las inversiones admisibles por parte de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Tal limitación es doble: Las entidades financieras no podrán invertir en ninguna sociedad o empresa más del 10% de su capital pagado, incluyendo el de sus filiales o subsidiarias; ni tener más del 20% del capital de la compañía o de la empresa en la cual participan. Solo se aceptan tres excepciones establecidas por leyes vigentes en relación con las corporaciones financieras, los Almacenes Generales de Depósito y las que autorice en el exterior el Consejo Nacional de Política Económica, como en el caso de las inversiones de los bancos para crear sucursales fuera del país o las que exijan los desarrollos del Pacto Andino y de los programas del Caribe.

En el párrafo del artículo 12 y con el objeto de evitar una innecesaria descapitalización del sector, se autoriza a las entidades financieras a conservar sus actuales inversiones en los casos en que ellas superen los porcentajes establecidos en esta ley. Pero de todos modos, la limitación del voto impuesta en esta ley les hará perder el control que pudieran tener en la respectiva entidad al aprobarse el presente estatuto.

En la práctica, la limitación del voto quitará a las entidades financieras el interés en mantener las inversiones con fines de control y las inducirá a invertir los ahorros captados en diversas empresas seleccionadas fundamentalmente por la rentabilidad de la inversión.

Esta política daría al mercado bursátil gran fluidez, ya que las acciones estarían en manos de los intermediarios solamente mientras se justificara tenerlas por su rendimiento, pero no para obtener el control de las empresas.

### **Limitaciones en el otorgamiento de crédito**

El artículo 13 del proyecto establece los mecanismos para evitar el uso indebido del crédito por parte de los accionistas y de los administradores de las entidades financieras, así como por parte de las personas naturales o jurídicas con las cuales aquéllas tengan vinculación económica.

Los créditos para estas personas deben aprobarse con el voto unánime de la Junta Directiva, excluyendo el del beneficiario y la operación de crédito deberá celebrarse en condiciones comerciales normales, sobre la base de la solvencia económica del deudor y conforme a la reglamentación especial que expida el Superintendente Bancario.

Reviste especial importancia el hecho de que se establece el mismo procedimiento para las operaciones de crédito con el socio o grupo de socios que directa o indirectamente, en razón de la vinculación económica existente entre ellos, sean propietarios del 5% o más de acciones o derechos de la respectiva

entidad. Este porcentaje es una limitación equivalente al del 10% del quórum mínimo decisorio establecida en el artículo 6°.

Una norma de esta clase corregiría aberrantes privilegios en la política de otorgamiento del crédito y restablecería la conducta de severa y absoluta imparcialidad que tienen que asumir los directores de los bancos. Sin duda esta imparcialidad se infringe con facilidad tratándose de préstamos de la entidad a sus propios directores o gerentes de empresas que aquéllos dirigen o en que participan directamente o por medio de sus parientes y allegados. En estos casos, es fácil que las operaciones se realicen en condiciones privilegiadas por la cuantía, por los riesgos que el Banco corre, por el incumplimiento de las exigencias legales sobre crédito de fomento y por la omisión de las condiciones comerciales que se aplican a la generalidad de los clientes de las entidades bancarias, como son las de seguridad y rentabilidad.

### Competencia del Congreso

Tratándose de un proyecto de ley que se refiere básicamente a la intervención del Estado en relación con las actividades de los intermediarios financieros, parece indispensable que al abocar el estudio de esta iniciativa, el Congreso analice lo pertinente a su competencia para legislar sobre las actividades de las personas naturales y jurídicas que tienen por objeto el manejo, aprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro privado.

Como es bien sabido, hay un enfrentamiento nítido entre los criterios de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, tanto en cuanto a la precisión del contenido de la competencia asignada por la Constitución al Presidente de la República por medio del ordinal 14 del artículo 120 como respecto al rango jerárquico que tienen los decretos que el Presidente expida en desarrollo de esa competencia.

El criterio de la Corte es uniforme en relación con la potestad que acompaña al Presidente para regular todo lo concerniente al manejo del ahorro privado y en cuanto a que las normas que él expida tienen fuerza de ley. El Consejo de Estado se orienta en sentido diverso.

La jurisprudencia de cada uno de los dos máximos tribunales jurisdiccionales sobre la materia es muy vasta. La Corte ha desatado varias acciones de inexecutable en los casos de las Leyes 33 de 1971 y 7ª de 1973, entre otras, y el Consejo de Estado ha proferido varios fallos relacionados con los Decretos 98 y 265 de 1973 (Fondos de Capitalización Social); 678 de 1972 (Corporaciones de Ahorro y Vivienda); y 1773 de 1973 y 971 de 1974 (vigilancia de los intermediarios financieros).

El estudio que lleve a cabo el Congreso sobre la materia será de mucha importancia para asegurar que el estatuto que se expida no quedará viciado de nulidad por falta de competencia; o para darle mayor fuerza a los decretos que dicte el Ejecutivo sobre el particular.

Por último, debe advertirse que en el proyecto no se proponen sanciones, que pueden ir desde simples multas hasta la disolución de empresas y que el asunto se deja para ser definido durante las discusiones en el Congreso.

Honorables Representantes.

**Hernando Agudelo Villa**

Bogotá, agosto 3 de 1977.