

**LA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN FINANCIERA EN COLOMBIA Y ALEMANIA
FRENTE A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EN EL SISTEMA FINANCIERO**

FERNANDO ORTEGA CARRASCAL

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA
2.007**

**LA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN FINANCIERA EN COLOMBIA Y ALEMANIA
FRENTE A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
EN EL SISTEMA FINANCIERO**

FERNANDO ORTEGA CARRASCAL

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

Director:

Dr. CARLOS ANDRES GONZALEZ

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA**

2.007

CONTENIDO

PRIMERA PARTE

MARCO REFERENCIAL

1. Sobre la intervención estatal en la economía en general
 - 1.1. Desarrollo histórico
 - 1.1.1. Perspectiva económica de la evolución del papel del Estado
 - 1.1.2. La regulación como instrumento de la intervención
 - 1.1.3. Evolución e impacto en la estructuración estatal y/o constitucional
 - 1.1.4. Doctrinas y corrientes actuales

SEGUNDA PARTE

INSTITUTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN FINANCIERA DESDE EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FINANCIERO

- 2.1. La Libre Competencia
- 2.2. El Abuso de la Posición Dominante en Colombia
- 2.3. El fenómeno de la Concentración de grupos en los sistemas financieros
- 2.4. El concepto de Fusión y tipos de fusiones
- 2.5. Los Conglomerados Financieros desde el ámbito comunitario europeo

TERCERA PARTE

LA REGULACIÓN FINANCIERA EN ALEMANIA Y COLOMBIA

- 3.1. La regulación financiera en Alemania

- 3.1.1. Generalidades
- 3.1.2. Estructura de la economía alemana
- 3.1.3. Desarrollo actual
 - 3.1.3.1. Estructura del sistema bancario alemán y forma jurídica de las entidades que lo conforman
 - 3.1.3.2. Frente supervisor
 - 3.1.3.3. En cuanto a los Conglomerados Financieros
- 3.2. La regulación financiera en Colombia
 - 3.2.1. Evolución de la supervisión financiera en Colombia
 - 3.2.1.1. Generalidades
 - 3.2.1.2. Antes de 1.923
 - 3.2.1.3. Desde 1.923 hasta la crisis de los 80's
 - 3.2.1.4. La creación del FOGAFIN
 - 3.2.1.5. Las reformas a partir de los 90's
 - 3.2.2. Desarrollo actual
 - 3.2.2.1. La Ley 795 de 2.003 y los ajustes al EOSF
 - 3.2.2.2. La nueva supervisión financiera unificada
 - 3.2.3. Los Acuerdos de Basilea I y II desde la perspectiva de la regulación y supervisión en Colombia

CUARTA PARTE

ANÁLISIS DE CAMPO

- 4.1. Descripción normativa del proceso formal de autorización para la integración de sociedades financieras en Colombia
- 4.2. Descripción normativa del proceso formal de autorización para la integración de sociedades financieras en Alemania
- 4.3. Cuadros anexos: Cronología normativa del proceso de autorización de las operaciones de integración financiera en Colombia, Alemania y de manera comparada

QUINTA PARTE
CONCLUSIONES GENERALES

BIBLIOGRAFIA
JURISPRUDENCIA
NORMAS CITADAS
SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

INTRODUCCIÓN

Al contemplar la evolución de los mercados en el siglo XXI, se advierte con facilidad un progresivo y constante incremento de la concentración económica. Concentración y desarrollo de los mercados aparecen así como términos equivalentes en este proceso. Sin embargo, la intensidad y el grado de concentración, varía de acuerdo a la estructura de cada mercado en particular, esto es, de cada espacio geográfico que lo delimita y de las autoridades que se encargan de regularlo dentro de dicho espacio. En cualquier caso, especialmente en el sector financiero y de servicios se observa siempre una tendencia general a la concentración, dado el avance de las nuevas tecnologías, gracias a las cuales se revolucionaron por completo las tradicionales formas de producir y de intercambiar bienes, servicios e incluso, capitales.

No es aquí el lugar oportuno para proceder a un examen pormenorizado del proceso de concentración económica y de su correspondiente tratamiento teórico-económico, ni de su incidencia práctica sobre las estructuras y procesos de mercado. El objeto del presente trabajo es pues, desde una perspectiva jurídica y comparada, describir y conceptualizar los cuerpos normativos que se encargan de ordenar, regular o incluso de favorecer dichos procesos de integración; o en su caso, analizar la medida en que los Estados a través de sus autoridades supervisoras, intervienen el mercado para controlar o no, la tendencia global a la concentración de la propiedad en diversos sectores de la economía y para nuestro estudio, en el sistema financiero.

Es así que en los últimos años e incluso meses, se han presentado históricas operaciones de integración y/o adquisición de gran envergadura en el sistema financiero colombiano, sin que, como observaremos en las conclusiones finales de la presente monografía, las autoridades supervisoras tengan claramente

establecidos los criterios que permitan identificar posibles restricciones a la libre competencia (exceso de concentración) que pueden surgir como consecuencia de dichas integraciones; cuestión que en cambio, se encuentra claramente establecida en el caso alemán, país cuya estructura de intervención administrativa incluye una autoridad especializada en el control de integraciones: La *Bundeskartellamt*.

Así, consciente de las grandes diferencias estructurales que existen a nivel económico e incluso a nivel jurídico, el autor se atrevió a realizar esta propuesta investigativa, esperando que la aproximación desde el Derecho Comparado sea de utilidad para conocer a fondo nuestra regulación, mas que para emitir conclusiones absolutas que denoten criterios peyorativos sobre el estado actual de nuestra legislación y doctrina especializada.

Dado lo anterior, el trabajo iniciará con un marco referencial en donde se abordarán los fundamentos de la intervención del Estado en la economía en general, su desarrollo histórico, su impacto en la estructuración estatal y constitucional, así como las doctrinas y tendencias actuales.

Seguidamente, se observarán los más importantes institutos jurídicos que sirven de instrumento para el análisis de la regulación financiera desde la perspectiva del control del fenómeno de la concentración. En dicho contexto, se profundizará de acuerdo al objeto del presente estudio en conceptos tales como la Libre Competencia, el Abuso de la Posición Dominante, la Fusión y sus tipos, así como la definición de Conglomerados.

En una tercera instancia se hará un acercamiento a la regulación financiera en Alemania y Colombia con sus particularidades normativas, permitiéndose así conocer a fondo la estructura en la que opera el mercado financiero en ambos países.

En su cuarta parte y a manera de análisis de campo, el presente trabajo examinará mediante un ejercicio de descripción normativa comparada, el proceso formal de autorización para la integración de sociedades financieras en Colombia y Alemania.

Finalmente, a manera de cierre se encontrarán las conclusiones generales de la monografía.

PRIMERA PARTE
MARCO REFERENCIAL

1. SOBRE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA EN GENERAL

Las disfunciones del mercado y la preocupación por la equidad ofrecen una justificación económica para la intervención estatal, pero no existen en lo absoluto garantías de que tal intervención vaya a beneficiar a la sociedad. Tal y como podrá observarse a continuación, a partir de la misma génesis del Estado se han concebido diversas formas de intervención que han determinado el futuro de las naciones.

Desde su premisa esencial de naturaleza “fiduciaria”, que busca garantizar la seguridad del individuo, hasta el aparato gubernamental sofisticado de nuestro días, cuya prioridad es el bienestar material y la estabilidad de los mercados en los cuáles participa; en esta primera parte de enfoque meramente teórico se pretende dar un vistazo a los fundamentos conceptuales necesarios para el abordamiento del tema capital del presente trabajo: La regulación y supervisión financieras¹.

Así las cosas, veremos en detalle la evolución que a lo largo de la historia ha tenido el papel del Estado y analizaremos la relación de dichas nociones con ciertos conceptos de naturaleza constitucional y macroeconómica. Igualmente, haremos un acercamiento a las nociones de regulación e intervención económica y su afectación puntual dentro

¹ Desde ahora se hace necesario advertir al lector sobre el carácter netamente conceptual que caracteriza esta primera parte. Para aquellos interesados en ahondar directamente en el cuerpo descriptivo y analítico del presente trabajo, se recomienda iniciar su lectura a partir del segundo acápite.

del ordenamiento jurídico. Finalmente, evaluaremos las ideas imperantes que sobre el intervencionismo y las transformaciones del Estado se discuten actualmente, y al cierre de esta primera parte apreciaremos los más importantes conceptos relacionados con la intervención en el sistema bancario en particular.

1.1. Desarrollo histórico (Generalidades)

1.1.1. Perspectiva económica de la evolución del papel del Estado: *A lo largo de la historia han habido grandes cambios en la forma de concebir al Estado.*

1.1.1.1. Los inicios

Los seres humanos han tendido siempre a agruparse en sociedades de mayor tamaño, desde los grupos familiares y de parentesco hasta llegar al Estado moderno. Para que el Estado exista, los individuos y las agrupaciones se han visto obligados a ceder competencias en esferas fundamentales –como la defensa- a organismos públicos. Éstos deben contar con ciertos poderes básicos o coercitivos sobre todas las demás organizaciones establecidas dentro de un determinado territorio.

Ha habido Estados de todo tamaño y condición, según la combinación de factores como la cultura, la dotación de recursos naturales, las oportunidades comerciales y la distribución de poder. En la antigua Atenas, por ejemplo, el Estado tenía como soportes fundamentales la esclavitud y el expolio colonial.

Más hacia el este, desde la remota antigüedad hubo complejas estructuras estatales cimentadas sobre la propiedad pública de la tierra o, como en la India de los mogoles o la China imperial, basadas en sistemas administrativos y de recaudación de impuestos muy desarrollados. En esas regiones, la combinación de propiedad estatal de la tierra y una burocracia compleja, obstaculizaron por largo tiempo la aparición de economías modernas basadas en el mercado.

Pero, a pesar de esa diversidad de orígenes, en todo el mundo los Estados han adquirido con el tiempo varias características comunes y definitorias. Los Estados modernos tienen territorios consolidados y poblaciones estables, en cuyo seno desempeñan un papel centralizador y coordinador.

Sin embargo, la configuración de los Estados ha presentado grandes diferencias de un continente a otro y a lo largo de los siglos, pero los debates acerca del papel de las esferas pública y privada se han mantenido invariables. Ya se trate de *El Príncipe* de Maquiavelo, el *Arthashastra* de Kautiliya, los escritos de Confucio o el *Muqaddimah* de Ibn Jaldún, los debates han girado siempre en torno a los derechos y obligaciones mutuas de los Estados y los ciudadanos. En casi todas esas tradiciones se ha reconocido el papel del Estado en la provisión de bienes públicos básicos, por lo que el uso de los recursos estatales para proporcionar determinados bienes públicos esenciales y elevar la productividad privada no es nada nuevo.

Ahora bien, si vamos más allá de esas funciones mínimas, el acuerdo sobre el papel propio del Estado en el fomento del desarrollo económico ha sido mucho menor. Los mercantilistas del siglo XVII consideraban que una función importante del Estado era la de orientar el comercio, pero la aceptación más generalizada de que el mercado es el mejor instrumento para impulsar el crecimiento y el bienestar no llegó hasta que Adam Smith escribiera *La riqueza de las naciones*, a finales del siglo XVIII. En su opinión, lo mejor era reservar al Estado determinadas funciones

básicas (suministrar bienes públicos como la defensa, garantizar la seguridad de las personas y las propiedades, educar a los ciudadanos, entre otros), que se consideraban imprescindibles para la prosperidad de los mercados.

A pesar de eso, la intervención estatal pasó a desempeñar un papel catalizador de importancia vital en el desarrollo y en el crecimiento de los mercados en gran parte de Europa, el Japón y América del Norte. En Estados Unidos, donde a lo largo de la historia la participación estatal en la economía ha sido más limitada que en Europa o el Japón, el gobierno tuvo una intervención decisiva en la construcción de la primera línea telegráfica, que impulsó el desarrollo de la industria de las telecomunicaciones, así como en las actividades de investigación y extensión agrarias, que estimularon el crecimiento de la productividad².

Pero el papel del Estado en la redistribución del ingreso era aún muy limitado en el siglo XIX. El sistema tributario se limitaba normalmente a las aduanas, el consumo, los monopolios y los productos primarios. El impuesto sobre la renta, que se había introducido en Francia y Gran Bretaña a finales del siglo XVIII, no representaba una fuente importante de ingresos. Pero fue finalmente con la unificación de la nación germánica, cuando los primeros balbuceos de un Estado del bienestar en sentido moderno se produjeron a finales del siglo XIX. Fue el

² Mas que el desarrollo en la industria de las telecomunicaciones o en el sector agrícola, el ejemplo clásico que ilustra el advenimiento de la regulación estatal como instrumento de intervención del Estado norteamericano en la economía lo configuró inicialmente la necesidad de regular los monopolios privados que existían al final del s.XIX sobre las líneas del ferrocarril interestatales, lo cuál terminó, por voluntad del legislativo, con la creación de la primera agencia pública de regulación independiente (*Interstate Commerce Commission-ICC*) en el año de 1887. Dicho ente tenía la facultad así mismo, de regular los nacientes servicios de telefonía hasta que, bajo el "New Deal" del Presidente Roosevelt, el Congreso de los Estados Unidos sancionó la *Communications Act of 1934*; una nueva ley de comunicaciones por medio de la cuál se creó la actual *Federal Communications Commission (FCC)*, como una nueva agencia pública de regulación. Para profundizar en el estudio de la evolución y el desarrollo de la Regulación Pública en los Estados Unidos es imperativo observar el impacto jurídico de la denominada cláusula "*Commerce Clause*" y de un caso en particular: *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Co. v. Illinois, 118 U.S. 557 (1886)*. Fuente: Apuntes de la cátedra *Administrative Comparative Law*, Prof. Dr. Ruthig, Universität Mainz, Mayo de 2005.

Canciller Otto Von Bizmarck quien introdujo pues, los primeros sistemas nacionales de seguridad social³.

1.1.1.1.1. Su expansión

- A. En los países industriales

Hasta bien entrado el siglo XX, la dimensión del Estado en todo el mundo siguió siendo reducida, si se compara con lo que ahora es habitual. El punto de inflexión se produjo como resultado de una serie de acontecimientos trascendentales posteriores a la primera guerra mundial. El primero de ellos fue la revolución rusa de 1917, que llevó a la abolición casi total de la propiedad privada y confió al Estado el control de toda la actividad económica a través de la planificación centralizada. El segundo, la Gran Depresión de los años treinta, que causó en el mundo no comunista una catástrofe económica de tal magnitud que impulsó a los gobiernos a experimentar políticas anticíclicas para restablecer la actividad económica. El tercero, desencadenado por la segunda guerra mundial, fue la rápida disolución de los imperios coloniales europeos. Ese cambio geopolítico (unido al clamor en favor de seguros sociales en los países industriales) abrió la puerta a cincuenta años de debate sobre la conveniencia de ampliar la intervención estatal.

Ese paradigma de la posguerra se concretó en torno a tres principios básicos, que lograron un acuerdo amplio, por no decir universal, y se mantuvieron en gran parte intactos hasta la primera crisis del petróleo de 1973. El primero era la obligación de ayudar a quienes sufrieran una privación transitoria de ingresos u otras

³ WORLD BANK REPORT. El Estado en un mundo en transformación: Evolución del papel del Estado. INFORME SOBRE EL DESARROLLO MUNDIAL 1997. Primera Edición. Washington, U.S.A.: World Bank 1997. p 21.

desgracias; el segundo, la superioridad de la economía mixta, que a menudo significaba la nacionalización de una serie de industrias estratégicas; el tercero, la necesidad de una política macroeconómica coordinada, ya que el mercado no podía conseguir por sí solo unos resultados macroeconómicos estables y coherentes con los objetivos individuales. Con el tiempo, se reconocieron explícitamente los objetivos de la política macroeconómica: el pleno empleo, la estabilidad de los precios y el equilibrio de la balanza de pagos.

Así pues, el Estado asumió nuevas funciones y amplió las que ya tenía. Para mediados del siglo XX, las instituciones públicas tenían que ocuparse no sólo de ofrecer más obras de infraestructura y servicios públicos, sino también de prestar un apoyo mucho más amplio a los sectores de la educación y la atención de la salud. De hecho, según un informe del Banco Mundial sobre el desarrollo, a comienzos de la década de 1990 podía afirmarse con justicia que

“(...) los gobiernos de la mayoría de los países industriales pasaban más tiempo intercambiando fondos entre distintos componentes de la economía, en forma de transferencias y subvenciones, que suministrando los bienes públicos tradicionales”⁴.

- B. En los países en desarrollo

En los países en desarrollo el sector público ha crecido y ha ampliado su campo de acción en forma espectacular a partir de la segunda mitad del siglo XX. Inicialmente, gran parte del crecimiento se debió a la construcción nacional y estatal tras el colapso del colonialismo, pero también tuvieron un efecto importante los altibajos de los mercados internacionales de los productos primarios. Países

⁴ Ibíd.

ricos en recursos tendieron a utilizar los enormes ingresos derivados de las alzas de los precios del crudo de los años setenta y de otros auges de precios de productos básicos para ampliar sus sectores públicos. Mientras tanto, los países importadores de petróleo, obligados a adoptar medidas de austeridad fiscal, no pudieron aumentar su gasto en la misma medida⁵.

Más importante que esas fuerzas ha sido quizás el cambio de mentalidad sobre el papel del Estado a lo largo de los últimos cincuenta años. La mayoría de los países en desarrollo de Asia, Oriente Medio y África superaron el período colonial con una firme creencia en el desarrollo económico protagonizado por el Estado. Éste movilizaría recursos y personas para conseguir un rápido crecimiento y la erradicación de las injusticias sociales. El control estatal de la economía, inspirado en el modelo de la Unión Soviética, era un elemento fundamental de esa estrategia. Muchos países de América Latina, el Oriente Medio y África siguieron en la posguerra este modelo de industrialización promovida por el Estado y basada en la sustitución de importaciones⁶.

Esta creencia se vio reforzada por la gran aceptación del activismo estatal en todo el mundo. La Gran Depresión se consideró como un fracaso del capitalismo y los mercados, en tanto que las intervenciones estatales (el Plan Marshall, la regulación Keynesiana de la demanda y el Estado del bienestar) parecían cosechar un éxito tras otro. El nuevo credo intervencionista tenía su contrapartida en la estrategia de desarrollo del momento, que destacaba las numerosas disfunciones del mercado y asignaba al Estado un papel principal en la corrección de las mismas. La planificación centralizada, las intervenciones correctoras de la

⁵ *Ibíd.*

⁶ Para el lector interesado en ahondar sobre el análisis del modelo de desarrollo de sustitución de importaciones (o Cepalino) imperante hace varias décadas en nuestra región, se puede recomendar los estudios al respecto elaborados por Salomón Kalmanovitz. En este sentido, la obra del Profesor Luis Fernando López Garavito, *“Pensamiento Económico y Fiscal Colombiano”*, también podría ser de gran utilidad.

asignación de los recursos y un férreo control estatal del desarrollo de las industrias incipientes eran partes integrantes de tal estrategia.

Pero llegados los años setenta, los costos de esta estrategia empezaron a volverse en su contra. El colapso de la Unión Soviética fue el golpe de gracia de la era del desarrollo. De repente, el fracaso del sector público, incluida la quiebra de las empresas estatales, se hacía patente en todas partes. Los gobiernos empezaron a adoptar políticas encaminadas a reducir el ámbito de la participación pública en la economía. Se contuvo la intervención estatal en la producción, los precios y el comercio. En amplios sectores del mundo en desarrollo se arraigaron estrategias en armonía con el mercado. El péndulo había oscilado desde el modelo de desarrollo dirigido de los años sesenta y setenta hasta el Estado minimalista de los años ochenta⁷.

Sin embargo, las enseñanzas de varias décadas de continua reflexión sobre el papel del Estado en el desarrollo son en nuestros días mucho más matizadas. Por eso, hoy se afirma no sin cautela que han fracasado los intentos de desarrollo basados en el protagonismo de Estado, pero también que fracasaron aquellos intentos que se quisieron realizar a sus espaldas. En últimas, sin un Estado eficaz, el desarrollo es imposible⁸.

1.1.1.2. El Estado en el contexto de los mercados: *Al final, la historia demuestra la importancia que tiene aprovechar las ventajas*

⁷ WORLD BANK, Op. Cit. p. 21

⁸ Autores de cierta relevancia mundial como el novel Joseph Stiglitz, han convertido esta premisa de contenido meramente macroeconómico, y que se refiere al cabal funcionamiento del Estado en el mundo en desarrollo como pre-requisito esencial para el crecimiento, en todo un elaborado discurso político. En este contexto podrían recomendarse dos obras capitales del mencionado economista: *El Malestar en la Globalización* y *Los Felices Noventas*. Ambas obras concebidas en el marco de un debate que cuestiona el papel de los entes multilaterales de crédito en las últimas décadas y su relación con las profundas crisis económicas que se sufrieron en algunos países del tercer mundo.

relativas del mercado, del Estado y de la sociedad civil para aumentar la eficacia estatal.

1.1.1.2.1. Estado, instituciones y resultados económicos

¿Qué es lo que hace el Estado?⁹ En primer lugar, establece la normativa oficial (leyes y reglamentos) que es parte integrante del entorno institucional de un país. Esa normativa oficial, junto con las reglas oficiosas de la sociedad en sentido amplio, son instituciones que actúan de mediadoras del comportamiento humano. Pero el Estado no es sólo un árbitro que se limita a elaborar normas y a hacerlas cumplir desde afuera; interviene también en forma activa, y a veces dominante, en la economía. Cada día, los organismos estatales invierten recursos, orientan el crédito, adquieren bienes y servicios y negocian contratos. Si se realizan correctamente, estas medidas pueden acelerar el desarrollo. De lo contrario, provocarán el estancamiento o, en casos extremos, la desintegración económica y social¹⁰. Por todo ello, el Estado se encuentra en una posición singular: no sólo está obligado a establecer, a través de un proceso social y político, la normativa oficial a la que deben ajustarse todas las demás organizaciones; por ser una organización, el Estado tiene también que atenerse a dicha normativa¹¹.

⁹ Más adelante se profundizará en lo referente a las funciones del Estado y su materialización en diversas formas de intervención económica.

¹⁰ WORLD BANK, Op. Cit. p. 38.

¹¹ Sea ésta la oportunidad para traer a colación algunas observaciones hechas por el Profesor Dr. Josef Ruthig, quien en dicho contexto afirma: "(...) también han aumentado varios tipos de importantes reglamentaciones, que por cuya naturaleza han sido objeto de la regulación estatal dentro del ámbito del Derecho Público y de la Competencia, es decir, que se encuentra dentro de la regulación económica estatal y el Derecho de la Competencia, lo que nos lleva al comercio estatal (...) Una señal de esta esfera sería la ausencia de una codificación formal o de una sistematización normativa satisfactoria (...) Son este tipo de materias de naturaleza "indefinida" las que a pesar de todo, hacen necesaria la intervención del Estado (...) también la regulación del mercado de capitales posee una naturaleza de difícil orientación, usualmente vinculada a fundamentos etimológicos netamente comerciales e industriales de determinadas tendencias que a pesar de todo siempre han estado encaminados a observar los poderes generales y difusos del Derecho de la Supervisión (...) De esta forma, se ha transformado una importante rama del Derecho Privado o Comercial para complementar el espectro del clásico procedimiento administrativo (...)". Tomado de: "Offentliches Wirtschaftsrecht" ("Derecho

No es difícil citar ejemplos del poder del Estado para mejorar la calidad de vida de las personas. Desde los sistemas de agua potable y saneamiento de la antigua Roma, hasta la erradicación de la viruela en el siglo XX, las intervenciones públicas en los sectores de la salud y el saneamiento han conseguido repetidas veces saltos de gigante en la esfera de la salud pública. Asimismo, los Estados han contribuido en forma decisiva a estimular progresos duraderos proporcionando infraestructura, seguridad y unas condiciones macroeconómicas estables. La Internet es tan sólo el último de una larga generación de notables avances científicos y técnicos que han sido posibles gracias a un apoyo público importante desde sus comienzos¹².

Así, destilando las enseñanzas de siglos, se observa que el Estado puede mejorar los resultados del proceso de desarrollo de varias maneras, por ejemplo: Creando un entorno macroeconómico y microeconómico que ofrezca los incentivos apropiados para una actividad económica eficiente; estableciendo una infraestructura institucional que aliente una inversión productiva a largo plazo; y asegurando la prestación de los servicios básicos de educación y atención en salud y la infraestructura física necesaria para la actividad económica, así como protegiendo el medio ambiente¹³.

1.1.2. La Regulación como un instrumento de la Intervención

1.1.2.1. Las tres facetas de la intervención

Público Económico”), RUTHIG Josef, STORR Stefan; C.F. Müller; Heidelberg, 2005. pp. 9, 212. Así, el Profesor Ruthig concibe al nuevo Derecho Público Económico como “motor” de la modernización del Derecho Administrativo.

¹² *Ibíd.*

¹³ STIGLITZ, Joseph. *El Malestar en la Globalización*. Tercera Edición. Madrid: Editorial Taurus, 2002. p. 19 y ss.

Existen en realidad tres maneras diferentes de intervención del Estado. En primer lugar, se encuentra aquella que se configura mediante la función de garantía que recae en cabeza del ente estatal. Se trata pues de garantizar los derechos gracias a los cuales surgió el Estado propiamente dicho, es decir, la vida y seguridad individual y la propiedad. Es así que la propiedad se convierte, a la luz del liberalismo clásico, en la principal función del Estado en materia económica, al permitir así el intercambio de bienes y servicios que le dan forma a la economía de mercado.

Mas adelante, algunos otros derechos de contenido económico como la libertad de asociación y la libre competencia, surgieron con el desarrollo de la revolución industrial, haciéndose necesaria la tutela estatal de los mismos.

Al respecto, los profesores Miranda Londoño y Márquez Escobar nos aportan la siguiente afirmación:

“De la función de garantía se deriva la de fomento por medio de la cual el Estado interviene en la economía y desarrolla una labor de estímulo o impulso a favor de la población, con el fin de lograr que el mayor número de personas accedan a los derechos garantizados”¹⁴.

La segunda manera de intervención Estatal en la actividad productiva es la que conlleva su actuación como agente económico en estricto sentido, al participar en la producción e intercambio de diversos bienes y servicios. Así, en la actualidad el Estado interviene en mercados tales como el monetario, crediticio, bursátil y

¹⁴ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Primera Edición. Bogotá: Universidad de Quindío – Corporación José Ignacio de Márquez. p. 25.

asegurador principalmente como consumidor y excepcionalmente como productor¹⁵. En dicho sentido el Estado también afecta de manera importante al mercado laboral, al ser un importante demandante de mano de obra, así como a varias otras áreas en donde se desarrollan actividades de intervención directa en la economía.

La tercera forma en que se configura la intervención del Estado en la economía es la que se refiere a la actividad de dirección. Es así que como consecuencia directa de los movimientos socialistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, los países le entregaron al Estado la facultad de dirigir y de regular la economía bajo las respectivas directrices constitucionales y legales, a lo cual, algunos teóricos han denominado como intervención normativa en la economía¹⁶.

En esencia, mas allá de dirigirse a corregir las inevitables fallas del mercado, lo que se busca es delimitar claramente las restricciones que se le deben imponer a la iniciativa privada, reflejando las particulares políticas y los intereses del Estado, los cuales se encuentran desarrollados por el respectivo ordenamiento jurídico.

Así pues, con los anteriores tres espectros de la intervención delimitados, el Estado se encarga de configurar la estructura gubernamental que a la manera de inspección, vigilancia y control, vela por el cumplimiento efectivo de todo el andamiaje normativo que limita la iniciativa privada. Así mismo, dichas autoridades administrativas con facultades de regulación económica orientan hacia el equilibrio a toda la actividad productiva. De esta forma, la regulación económica es, tal y como lo afirma el Profesor Joaquín Tornos Mas,

¹⁵ Antes lo hacía incluso como productor exclusivo, al ser titular de varios monopolios en diversos sectores de la economía nacional. Véase al respecto para más información: Kalmanovitz Salomón, *Historia Económica de Colombia*.

¹⁶ MIRANDA LONDOÑO, Op. Cit. p. 28.

“la nueva forma de intervención mediante la cuál se puede dirigir todas las actividades productivas que dominan el mercado”¹⁷.

1.1.2.2. El concepto de regulación como mecanismo de Intervención del Estado¹⁸

Dado lo dicho hasta este punto, es claro que el principio de legalidad es el principal determinante de la materialización de la intervención pública.

Sin embargo, la regulación como tal en el contexto latinoamericano es un concepto cuya concepción presentó ciertamente una gran evolución a partir de la superación del modelo intervencionista y “cepalino” impuesto a partir de la segunda mitad del siglo XX. Lo anterior, implica pues que al configurarse la relación se estará reflejando un modelo de desarrollo en particular, por lo que actualmente el concepto responde al modelo de apertura económica imperante en la actualidad.

En efecto, desde finales de los años ochenta en nuestra región se abrió la competencia, por ejemplo, a la prestación de los servicios públicos, generando una separación entre quien establece las reglas generales y los agentes regulados¹⁹.

Es evidente entonces, tal como lo afirma Muñoz Machado, que en la actualidad

¹⁷ TORNOS MAS, Joaquín. La actividad de regulación. En: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2000. p. 156.

¹⁸ Autores como el mencionado Profesor Dr. Josef Ruthig, han tenido como objeto central de su estudio el tema de la regulación estatal de la economía. Así, en una de sus tantas reflexiones al respecto apunta lo siguiente: *“Cuando el Estado establece un marco regulatorio para la actividad económica persigue un conjunto de objetivos muy diferenciados que de ninguna manera son diseñados para un sector de la economía en particular, por lo que éstos se sustraen en sí para la cabal configuración del sistema (...) Es así que el Derecho Comercial, como orden jurídico especializado, sirve junto al propio Derecho regulatorio al noble fin de evitar los conflictos y riesgos de naturaleza económica, inspirados en un modelo normativo de esencia policiva (...)”*. Tomado de la obra *“Offentliches Wirtschaftsrecht”* (“Derecho Público Económico”), RUTHIG Josef, STORR Stefan; C.F. Müller; Heidelberg, 2005. pp. 11,12.

¹⁹ KALMANOVITZ, Salomón. Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia. Primera Edición. Cali: Editorial Norma, 2001. p. 40

“el nuevo orden de mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación”²⁰

Por lo que, se apunta desde diversas perspectivas al surgimiento de una nueva forma de administración, respondiendo a la necesidad de desligar al regulador del regulado en actividades de carácter productivo.

Por eso, se debe tener en cuenta que la regulación no se refiere estrictamente a las normas generales de intervención en la economía, sino a aquella intervención del Estado, que ejecuta la administración y que tiene como fin la consecución de un orden económico definido por el constituyente²¹. Es así que la consecución de un concepto preciso de regulación tiende a confundirse con la facultad reglamentaria en cabeza del ejecutivo, afectando la noción que se tiene de la regulación.

Dado lo anterior, semánticamente no existe claridad sobre el significado que le atribuye cada legislador, generando cierta ambigüedad técnico-jurídica en la función que se le debe otorgar al término. Al respecto, el autor Polo-Rosero le ha dado un alcance mayor al artículo 365 de la carta magna colombiana, interpretando la función que en nuestro caso, le otorgó el constituyente al concepto de regulación:

²⁰ MUÑOZ MACHADO. Servicio Público y Mercado. Primera Edición. Madrid. Universidad Complutense, 1997. Volumen II. p. 78.

²¹ MIRANDA LONDOÑO, Op. Cit. Pág: 10. En dicho contexto, y específicamente para el caso de Alemania, el Profesor Ruthig afirma lo siguiente: *“El Derecho Administrativo Económico (o de la economía) obedece a la plena voluntad del legislador de la Federación. (Artículo 74 Nral. 11 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*. Tomado de la obra *“Offentliches Wirtschaftsrecht”* (“Derecho Público Económico”), RUTHIG Josef, STORR Stefan; C.F. Müller; Heidelberg, 2005. pp. 8.

“la función de regulación consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad”²².

Pero a pesar de dicho contexto difuso en que se ha desarrollado el concepto, existen en la actualidad descripciones ciertamente clarificadoras. Tal es el caso de autores como Maisl, quien se atrevió a afirmar lo siguiente:

“...la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido...un modo de regulación. Pero el término de regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de regulación...para designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o asegurar su buen funcionamiento, a mantener el equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”²³.

Al respecto, vale la pena adicionar la afirmación que hace Jongen:

²² POLO-ROSETO, Miguel. Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En: La Maestría en Derecho Económico. 2004, Número 2. Pág: 40

²³ Maisl, *Le regulation des télécommunications, changements et perspectives*, RFDA, Paris, 1995.

“el nuevo orden impuesto con la regulación tiene como fundamento posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias...de sectores sensibles, gracias al otorgamiento de las pertinentes facultades a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas que las propias de la administración pública directa”²⁴.

Según el pensamiento de los anteriores tratadistas, se puede deducir entonces que la regulación no solo se refiere a la potestad reguladora propiamente dicha, sino también a la facultad de autorización, sanción y en algunos casos, de mediación y de arbitramento en general. Por eso, cabría terminar esta parte del trabajo haciendo alusión a la conclusión de la que se sirven los autores Miranda Londoño y Márquez Escobar para completar su ensayo, a saber:

“(...) la regulación sirve a los intereses de la administración como mecanismo de ejecución del mandato legislativo que establece el marco de la acción de los particulares. Así, la finalidad de la regulación no sólo es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos sancionatorios, también implica desarrollar una actividad, por intermedio de mecanismos previamente establecidos, que implemente y logre el orden económico ya definido en la Constitución (...)”²⁵.

En dicho contexto, para el caso colombiano los mencionados autores culminan con la siguiente afirmación:

²⁴ Jongen, *La police de l’audiovisuel*, Bruselas, 1994.

²⁵ MIRANDA LONDOÑO, Op. Cit. Pág: 56

“(…) en el caso colombiano, la regulación forma parte de la posibilidad de intervención del Estado en la economía. Consiste en la creación de normas que desarrollan los preceptos constitucionales y legales, por parte de las autoridades administrativas autorizadas para el efecto”²⁶.

1.1.3. Evolución e impacto en la estructuración estatal y/o constitucional

1.1.3.1. En el mundo

A mediados de la década de 1980-90 y a raíz de la presencia de estudios sobre las tendencias de la economía mundial para el siglo XXI, los gobernantes de Estados Unidos e Inglaterra recibieron recomendaciones para focalizar sus políticas económicas hacia la economía de oferta. Esta concepción obligaba a tomar medidas para propiciar un crecimiento libre de barreras proteccionistas, de subsidios y precios intervenidos por los Estados, y fortalecer políticas de integración económica por bloques de países.

Así, la política económica volvía en esas naciones al cauce trazado por los clásicos del siglo XVIII, que recomendaban la libertad de los mercados y un sector

²⁶ *Ibíd.* Para mas información en relación con el concepto de regulación para el caso colombiano en particular, puede ser de gran ayuda una lectura cuidadosa de la sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, con ponencia del magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Aunque está enfocada a delimitar las funciones que se les debe otorgar a las comisiones de regulación de los servicios públicos, el autor del presente trabajo considera pertinente rescatar una afirmación trascendental que se encuentra presente en el cuerpo de la mencionada decisión judicial, y que se configura en un concepto de origen jurisprudencial que por lo tanto ya fue integrado al ordenamiento jurídico que nos gobierna actualmente: *“Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370)”*.

público muy reducido en sus efectos impositivos y del gasto sobre el resto de la economía. Esta tendencia del liberalismo económico se expandió por otros países del mundo, particularmente sumergidos en crisis económicas, con relativo éxito. Ni más ni menos lo que se propició en forma intensa a partir de 1987 en muchos países intervencionistas moderados y limitados fue una reingeniería en el sector público de sus economías, donde se suprimían dependencias públicas innecesarias, ineficientes o duplicadoras de esfuerzos.

Es así como en últimas, todos los gobiernos modernos son intervencionistas cuando se trata de conducir la economía nacional. Lo relevante es identificar que frentes económicos y sociales ameritan la acción del Estado y cuáles deben dejarse a la iniciativa privada, iniciativa ésta que es el fundamento de las economías de mercado.

Estamos pues, es evidente, y siguiendo las reflexiones del Profesor Luis Carlos SÁCHICA:

“(...) ante un cambio de época, no de régimen político, que desborda el Estado ordenado, sustituido por una sociedad autorreguladora movilizadora por el individualismo competitivo, superadora de la gestión pública dirigida a una política igualitaria, de masas, lo que significa un cambio cultural de tales dimensiones que subvierte, o mejor, invierte las relaciones Estado-sociedad”²⁷.

De otra parte, en nuestros tiempos todo se está internacionalizando. Si un pueblo quiere ser contemporáneo, por fuerza ha de acceder a las instancias políticas supraestatales, que son el foro donde se debaten y deciden las macro políticas de alcance universal en materia de Derechos Humanos, nuevo orden institucional,

²⁷ SÁCHICA, Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Duodécima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 350

uso de los recursos naturales renovables y no renovables, condominio de los espacios marítimos y aéreos, compatibilidad de los regímenes políticos con los comunes propósitos de una humanidad en paz y bienestar. Cuestiones estas, que antes eran de competencia nacional y que ahora son definidos por poderes exteriores al ámbito estatal, aunque con el concurso de todos los miembros de una comunidad internacional, cuyo influjo e influencia es muy palpable en nuestros tiempos.

Vamos pues hacia otro modelo de Estado, cuyos contornos aún no son claramente perceptibles, dado que no se han aumentado todavía los mecanismos de articulación entre los nuevos actores sociales²⁸.

1.1.3.2. En Colombia

A nivel constitucional, la intervención de la economía como tal en Colombia se consagró oficialmente durante la administración del presidente López Pumarejo, en el marco de la llamada “Revolución en marcha”²⁹. Es así que por medio del Acto Legislativo Nro. 1 de 1936, el cual reformaba el antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886³⁰, se establece que el Estado podrá intervenir “..por medio de leyes..”, con el fin último de darle forma a un marco regulatorio para el desarrollo de la actividad productiva.

Mas adelante, y en concordancia con las corrientes político-económicas de la época, mediante el Acto Legislativo Nro. 1 de 1945 se determina la intervención

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Aunque con anterioridad existían normas que carecían de rango constitucional y que implicaban claramente cierta intervención, como el caso de la Ley 45 de 1923 (primera ley de Bancos en Colombia).

³⁰ Según el artículo 32, al Estado le era dable intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados.

estatal “..por mandato de la ley..”, consagrando de manera concreta la facultad de intervenir en la economía en competencia con los particulares³¹.

Mas de dos décadas después, con la “descentralización administrativa por servicios” iniciada en 1968, se otorgan facultades de intervención directa al ejecutivo por medio de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Así, actualmente el constituyente de 1991 establece en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política³² la preponderancia del Estado en la dirección general de la economía. Así mismo, consagra la libre iniciativa privada y la libre competencia como elementos fundantes del Estado Social de Derecho. En efecto, la Constitución Política de 1991 consagró la propiedad privada (Art.58), el derecho a

³¹ Vale la pena remitirnos a un pronunciamiento del **Consejo de Estado en Sentencia del 7 de Mayo de 1974**, en donde se hicieron algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica que tenían los actos de intervención estatal en Colombia: *“La institución política de la intervención estatal es, en el derecho colombiano una sola. Su naturaleza, sus fines, su alcance económico y social, sus limitaciones y condiciones fundamentales, vale decir, su filosofía, están determinados en el artículo 32 de la Constitución Nacional (...) el ejercicio mismo del poder interventor que, en esencia, consiste en la determinación de los medios para su realización, le corresponde al gobierno. Esto quedo completamente definido en virtud del Acto Legislativo de 1945 que cambió la expresión “intervenir por medio de leyes” por la intervención “por mandato de la Ley”. Entonces operó un traslado de competencia normativa, del Congreso al Gobierno. Durante la vigencia del A.L. No. 1 de 1936 era de la competencia del Congreso no sólo la definición política sobre la oportunidad o la conveniencia de intervenir sino también el señalamiento de los medios a través de los cuales se haría operante la intervención, de forma que al gobierno le incumbía únicamente la ejecución de la Ley y la expedición de los reglamentos necesarios para tal efecto, en ejercicio de su función administrativa ordinaria y corriente (...)”*. En dicho contexto, es conveniente también transcribir lo dicho por la **Corte Suprema de Justicia en Sentencia de febrero 18 de 1971**, en donde al respecto de la noción de la intervención del Estado en la economía se había afirmado lo siguiente: *“Ahora bien, de acuerdo con los principios dominantes de la libertad de industria y comercio, de la libertad de empresa e iniciativa privada que, dentro de los límites del bien común, consagra la Constitución (artículos 32 y 34), las actividades de los ciudadanos en materia de prestación de servicios públicos y privados no pueden restringirse sino a virtud de la ley y conforme con un doble mecanismo que regula el memorado artículo 32, procedimiento que esta Corporación ha descrito así: De una parte, declaración de orientaciones y lineamientos generales “por mandato de la Ley”; y de otra, aplicación en detalle de tales directrices, adaptándolas a las mudables necesidades del movimiento económico, a través de medidas concretas del Gobierno consistentes en Decretos”*.

³² El inciso 1ero. del mencionado artículo 333 de la C.P. establece el bien común como límite a la libertad económica y en su inciso final se afirma que *“la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*. Mientras tanto, el artículo 334 de la C.P. consagra la intervención del Estado *“(...) en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, (...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*.

la igualdad (Art.13), la libertad de profesión u oficio (Art.26) y la libertad de asociación (Art.38), entre otros; como pilares necesarios para el cabal desarrollo de la economía social de mercado concebida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

De esta forma, se puede deducir así que a pesar de ciertos límites elementales existentes, la importancia otorgada por nuestro ordenamiento jurídico a la iniciativa privada es absoluta, tanto en cuanto puede ser limitada solo por medio de una Ley de la República y en la forma de una ley de intervención económica³³.

Sin embargo, el tipo de compromiso plasmado en la Constitución entre intereses liberales, conservadores, y social-demócratas no logró constituir un Estado capaz de hacer efectivos los principios de la democracia liberal. Hubo demasiados artículos que buscaban predeterminar el futuro de la sociedad, aprovechando la gran ocasión, pero no se establecieron reglas para que la sociedad de cada época pudiera resolver sus conflictos a su manera, respetando ciertos principios básicos. Hubo también mayor énfasis en la distribución y apropiación de rentas pero se descuidaron las condiciones para crear riqueza³⁴.

De todas formas en el país se han combinado ciertos elementos que han contribuido a darle forma a su estructura estatal. Un banco central independiente que significaba que el Estado renunciaba a extraer en forma despótica el impuesto inflacionario; una mayor cobertura de los servicios de salud y educación; el abandono del monopolio estatal sobre la prestación de servicios en comunicaciones, televisión, energía y gas; declaraciones genéricas de rango constitucional sobre el gasto social como elemento fundamental del Estado de

³³ Para mas información en relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica en nuestro país, y las facultades de intervención del Estado en la economía, se pueden consultar los fallos que sobre la materia ha emitido nuestra Corte Constitucional en las sentencias C-560 de 1994 y C-398 de 1995 respectivamente. Ambas con ponencia del magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁴ KALMANOVITZ, Op. Cit. p. 201

Derecho y el acceso a la vivienda digna; forman parte integral del ordenamiento colombiano de hoy.

1.1.4. Doctrinas y corrientes actuales: *El reto es conseguir que los procesos políticos y las estructuras institucionales cuenten con los incentivos idóneos que les impulsen a intervenciones que realmente mejoren el bienestar social. A continuación, un análisis crítico de las drásticas transformaciones.*

1.1.4.1. Las nuevas perspectivas del intervencionismo de Estado

La definición de un perfil de lo que en el futuro debe y no debe hacer el Estado, y lo que debe, a nivel de gobierno y con qué recursos, es una temática aún pendiente en la doctrina jurídico-económica. Y esto no es fácil concretarlo por la disparidad de criterios existentes.

Luis Alberto Zuleta, profesor de economía en la Universidad Externado de Colombia, expresó sobre el papel del Estado estos términos:

“En toda sociedad moderna el papel principal del Estado consiste en la producción de “bienes públicos”, es decir, aquellos que pueden ser apropiados sin excluir a nadie, así no se pague por ellos. Los bienes públicos por excelencia son la justicia y la seguridad nacional [...] Las vías, los parques, las playas, y los andenes [...] El Estado no solo debe producir los bienes públicos por excelencia, sino

*también regular los posibles abusos de los agentes económicos privados ante restricciones en la competencia*³⁵.

Pero para esto se necesita un Estado eficiente. Eficiente asignando recursos públicos, financiando programas, planeando su política económica y social. Sin embargo, visiones internacionales sobre la función del Estado plantean lo siguiente:

“Es posible que la planeación central y la propiedad estatal hayan pasado de moda y que las barreras contra el comercio y los flujos de capital se hayan reducido, sobre todo en el mundo en desarrollo. Sin embargo, las opiniones en torno a como y cuando debe interferir el Estado en el funcionamiento de las economías todavía difieren notoriamente. Los liberales, incluido The Economist, creen que la defunción del socialismo y de los [...] modelos de [...] sustitución de importaciones [...] permitirá un crecimiento más rápido y sostenido en los países que mantengan libres sus economías. Otros consideran que el éxito reciente de Asia del este demuestra que, aplicado con inteligencia, el control estatal impulsa el crecimiento [...] La libertad económica es un abrigo de múltiples colores [...] (la libertad económica debe evaluarse no solo como la intervención estatal reducida, sino según la forma como ella afecta los incentivos de los individuos) [...] Y debe evaluarse a lo largo

³⁵ ZULETA, Luis Alberto. Economía Política de la Crisis. En: El Tiempo, Bogotá. 26 de Marzo de 1996.

*del tiempo, pues la credibilidad de las leyes políticas e instituciones es por lo menos igual de importante que su diseño. Así como las promesas de los ministros de acabar con la inflación exigen años de logros antes de ser verosímiles, así también un cambio general hacia la libertad económica no transformará el crecimiento o la riqueza de un día para otro”.*³⁶

La globalización de las relaciones comerciales en el mundo define una función del Estado enmarcada en los principios del libre cambio. La nota anterior nos advierte que ese manejo debe darlo el Estado con prudencia y sin olvidar la posibilidad de prácticas de intervención que, si bien no parecen de buen recibo a fines de la última década del siglo XX, pueden ser necesarias ante el menor asomo de crisis externas que, como las guerras, seguirán minando por tiempo aún indefinido la voluntad de progreso y libertad de las naciones.

1.1.4.2. Aspectos político-económicos de las transformaciones

La transformación de los mercados, las megafusiones, la internacionalización de los procesos productivos y, sobre todo, el crecimiento notable del capital financiero y de su capacidad de tránsito – apoyado por el desarrollo de las tecnologías de comunicación – son fenómenos transformadores que traspasan el ámbito económico para ser los elementos motores de la interconexión global.

Esto pasa de tal forma que hoy es imposible desvincular una cosa de otra – la política de la economía -, en un proceso continuo en que el debate político se vio

³⁶ The Economist. ¿La libertad económica implica prosperidad?. En: International Press Syndicate, Summa, Nro. 105, 1996.

reducido considerablemente tras el derrumbe del muro comunista. Por eso mismo, tal vez sea esta la dimensión más importante de la llamada globalización.

En la dimensión económica y política destaca el papel de los grandes actores globales, resultando difícil explicar muchas de las transformaciones contemporáneas sin hablar de ellos. Hay que decir que muchos de estos actores no son nuevos e incluso hasta son muy conocidos por sus tradicionales mecanismos de presión y su forma de actuación singular o corporativa. Otros, a su vez, fueron formándose y cristalizándose para hacer frente a intereses específicos. Entre ellos se incluyen las grandes corporaciones transnacionales, las entidades políticas supranacionales, los grandes conglomerados bancarios, las entidades sectoriales y los organismos internacionales de fomento y desarrollo.

En dicho marco, la formación de nuevos acuerdos y tratados, y el proceso de regionalización o mundialización del espacio económico, de la misma forma que proporcionaron la creación de nuevos actores, aumentaron el dominio y la capacidad de actuación de los mismos, haciendo que su poder transbordase cada vez más las fronteras políticas entre los Estados, de tal forma que los procesos locales de decisión se volvieron más permeables a la influencia de sus decisiones³⁷. Paralelamente a esto, tanto la capacidad de articulación política de los Estados, como sus mecanismos de gestión y control se encontraron en una situación de creciente desafío para hacer frente a la presión de sus actuaciones.

En este punto se debe poner de relieve la fuerza que tienen las decisiones adoptadas por organizaciones regionales o supranacionales, o incluso los bancos centrales de los EE.UU., Japón y la U.E. Estas organizaciones disminuyen el espectro político de decisiones de las entidades políticas locales, y de las propias

³⁷ Al respecto, cabe insistir en las reflexiones que hace Joseph Stiglitz sobre el efecto que han tenido las decisiones de los entes "multilaterales" de crédito en naciones subdesarrolladas, superando la propia voluntad de las mismas; o incluso la evaluación que hace sobre el manejo de las crisis Rusa y del este asiático, las cuales terminaron afectando a todos los mercados financieros en el mundo, golpeando duramente las economías emergentes.

“mayorías” nacionales. Podría incluirse también los “lobies” sectoriales, grupos de presión especiales e incluso algunos movimientos sociales (organizaciones de productores, religiosos, ecologistas) que contribuyen a alterar la forma dinámica de las relaciones intra y supra estatales y de la propia sociedad. Esto evidencia la frecuencia a la que muchas veces los procesos democráticos internos de los países están también sometidos al orden del sistema global.

Como consecuencia de todo lo anterior, la idea que constituye el modelo de la democracia, “que una comunidad se gobierne así misma de forma efectiva y el funcionamiento de sus instituciones políticas determine su propio futuro”, es hoy, altamente problemática. Si se acepta el argumento de que hay que repensar la democracia a la luz de la interconexión de los Estados y las sociedades, una nueva agenda para la teoría y práctica democrática se habrá creado en el orden global. Una teoría de la democracia debe ofrecer una explicación del significado del impacto del orden global en el desarrollo de las asociaciones democráticas, ahora enlazadas en la enorme arena nacional e internacional. La cuestión más difícil de solucionar es ¿cómo diseñar una nueva arquitectura global que pueda mantener un nivel mínimo de control local sobre los procesos políticos y económicos que más le afectan?

En este escenario, los Estados vienen perdiendo gradualmente la capacidad autónoma para dirigir y coordinar la implementación de determinadas políticas públicas, lo que ha dado lugar al incremento del poder de los actores globales no-Estado y en la potenciación de la interdependencia tanto vertical como horizontal entre los Estados (lo que refuerza, en este escenario, el poder relativo de influencia de los Estados más fuertes)³⁸.

1.1.4.2.1. Estados Vs. Mercados de Capitales

³⁸ *Ibíd.*

El cambio mas sustancial de la actual globalización es observado en los mercados financieros, lo que es llamado también globalización financiera. La financiarización de la economía mundial comienza ya en los años 80, con una notable concentración de inversiones externas de los países centrales en el propio centro. Con esto, en lugar de expandirse sobre la periferia mundial, la enorme masa líquida de capital fue concentrándose en el centro, sobre todo en Estados Unidos. De esta forma, con la creciente liberalización de la economía, los mecanismos de control gubernamentales se ven sustancialmente debilitados frente a la intensiva y veloz actuación de estos capitales. Al respecto, autores como Castells sostienen lo siguiente:

“...una economía capitalista globalizada suele tener prerrequisitos para el crecimiento económico. Pero los países que se dejan exclusivamente a los impulsos de las fuerzas del mercado en un mundo donde las relaciones de poder establecidas por gobiernos y empresas (...) condicionan las tendencias del mercado, se vuelven extremadamente vulnerables a los flujos financieros volátiles y la dependencia tecnológica”³⁹.

Por eso, el poder desestabilizador que tienen y la dificultad de control sobre ellos hacen que su equilibrio consista en uno de los mayores desafíos para las instituciones monetarias nacionales e internacionales.

³⁹ CASTELLS, Manuel . Materials for an Exploratory Theory of the Network Society En: The British Journal of Sociology, Vol. 51, January/march 1999.

Así, uno de los orígenes principales de esta inestabilidad ha sido la liberalización y desreglamentación que los mercados locales sufrieron, sobre todo al principio de la década de los noventa, que ha traído consigo la virtual universalización del mercado de capitales. Otro factor, ligado al anterior, es el crecimiento de las llamadas “burbujas financieras”, en que los niveles de ganancias son tan altos como los riesgos, mientras no haya un movimiento repentino de salidas de los inversores. De esta forma, resulta cada vez más difícil controlar las crisis financieras, que se propagan con inusitada rapidez por todo el planeta, afectando a las economías más frágiles, donde el capital especulativo no encuentra refugio seguro⁴⁰.

Los gigantescos fondos de inversiones, los conglomerados bancarios y los megaespeculadores se constituyen en importantes actores de relieve en lo que atañe a la magnitud de sus actuaciones en el mercado financiero. El creciente poder desestabilizador que ellos poseen en la economía consiste en uno de los mayores desafíos para las políticas económicas de los Estados-naciones. Como afirma Castells:

*“...estos no obedecen mas a la naturaleza del mercado financiero, la forma mas antigua de capital en la historia, sino a las condiciones tecnológicas (...). A saber, la superación del espacio y tiempo por medios electrónicos”.*⁴¹

Es claro pues que frente a la actuación del mercado, el Estado se ve en una encrucijada. El intento de alzar nuevas barreras para los flujos financieros o para la integración de la economía internacional tendería a representar costes

⁴⁰ Al respecto, cabría observar en detalle los análisis elaborados con posterioridad a la crisis financiera del este asiático y su propagación a nivel internacional; cuestión ya mencionada anteriormente en este trabajo.

⁴¹ Ibid.

económicos y políticos mayores. Desde el punto de vista político es prácticamente inviable, visto el predominio de la economía sobre los demás aspectos de la vida social. En dicho marco, Cerny afirma lo siguiente:

“...los rumbos de la economía están hoy en un orden de prioridad por encima de la propia democracia. Es decir, habría una crisis en las demandas democráticas, una vez que el orden político y la estabilidad de los gobiernos electos está más sometida al andamio de la economía. Desde el punto de vista político, valdría la pena algún sacrificio en la democracia antes que sufrir pérdidas económicas”⁴².

Esto refuerza la necesidad de creación de nuevas formas de regulación transnacional para una actuación más concertada entre los Estados, que, a su vez, también encuentra dificultades, dada la necesidad de encontrar mecanismos de mediación para intereses muchas veces opuestos en un juego cuyas reglas son impuestas por los mas fuertes.

En dicho marco, es la creciente interdependencia entre los Estados la que extiende las consecuencias de la desreglamentación de los mercados financieros hasta las esferas políticas y sociales. De este modo, acaba constituyéndose una cadena de la cual no se puede liberar fácilmente y en la que las demandas locales se someten en parte considerable a las órdenes del plano económico.

⁴² CERNY, Philip. Globalization and Erosion of Democracy. En: European Journal of Political Research, (1999). Vol. 36.

SEGUNDA PARTE

INSTITUTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA DESDE EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FINANCIERO

Más allá de lo económico, es imperativo que se puedan identificar con claridad, desde el punto de vista legislativo, los diversos institutos jurídicos que se manifiestan en las diversas operaciones de integración que tienen lugar en el mercado financiero. A continuación, un acercamiento a dichas concepciones relevantes.

2.1 LA LIBRE COMPETENCIA

2.1.1. Concepto y elementos desde el ámbito jurídico

Existe en la literatura una marcada tendencia a diferenciar el concepto ahora estudiado desde la perspectiva económica o jurídica, según el caso. Es así que la noción de la libre competencia parte de supuestos diferentes según la perspectiva que se deba abordar, sobre todo teniendo en cuenta que muchos problemas de los que se pretende ocupar el derecho, son también objeto de estudio de la ciencia económica⁴³.

⁴³ Dicho escenario es muy evidente en la doctrina: "(...) Frente a esta situación se ha afirmado que el derecho no puede ocuparse de hipótesis abstractas y cambiantes, sino de objetos delimitados y de realidades caracterizadas con precisión, aunque ello pueda ser tachado de simplismo desde la óptica de la ciencia económica (...)": ALMONACID SIERRA Juan Jorge Y GARCÍA LOZADA Nelson Gerardo, DERECHO DE LA COMPETENCIA, Legis Editores S.A. 1era. Ed. Bogotá 1.998. p. 30.

Sin embargo, atendiendo las finalidades del presente trabajo, hemos de considerar la libre competencia desde la órbita jurídica, teniendo claro que en ocasiones será necesario referirnos a ciertos institutos económicos, así sea marginalmente⁴⁴.

En efecto, desde una perspectiva jurídica la literatura se ha ocupado de las consecuencias problemáticas que genera el fenómeno de la competencia, esto es, de las perturbaciones evidentes que se relacionan con dicho concepto, a saber: la competencia desleal, el abuso de la posición dominante, etc. Especialmente en las doctrinas alemana y española se ha deducido que los modelos teóricos elaborados por la ciencia económica son inútiles para el jurista e inaplicables en el razonamiento jurídico, ya que la noción de competencia dependerá de las formas de funcionamiento del mercado. Es por esto que el Derecho no puede ocuparse de hipótesis abstractas y cambiantes, sino de objetos delimitados y, sobre todo, de hechos fácticos susceptibles de ser regulados dentro de los límites del Estado.

No obstante lo anterior, lo cierto es que aún desde el propio marco conceptual de la ciencia jurídica tampoco es fácil construir un concepto de la noción de competencia. Es así que se hace necesario remitirnos a la doctrina alemana, donde se ha señalado que la dificultad para formular un concepto jurídico unitario de competencia, reside en el triple significado que efectivamente se le puede atribuir a dicha noción:

⁴⁴ En esos términos, el estudio sobre Derecho Económico realizado por Norbert Reich, nos ofrece una definición primigenia desde lo económico que nos ayuda a comprender el bien protegido desde lo jurídico: *“En la formulación teórica clásica del pensamiento de Adam Smith, el mercado se presenta como un proceso de interacción entre sujetos privados. El instrumento de dirección de ese mercado lo constituye la competencia perfecta (libre competencia). La competencia así entendida tiene por función el desapoderamiento de todos los sujetos de mercado y se ocupa al mismo tiempo de la obtención de resultados óptimos en la esfera de la producción y de la distribución (...) El mercado ha perdido su carácter de institución privada (...) la intervención del Estado se va convirtiendo cada vez más en un signo característico de los procesos de mercado (...) Si bien actualmente los operadores del mercados siguen siendo, en general, sujetos privados (...), el Estado señala a través de diversos instrumentos, imposibles ahora de relacionar con detalle, tanto datos globales para el desarrollo del mercado, como fines específicos del bienestar social para la obtención de determinados resultados”.* REICH, Norbert: Mercado y Derecho, Edit. Ariel S.A. Barcelona, España. 1985. p. 27

- a. *La competencia como la relación de una pluralidad de empresarios en el marco de un modelo de mercado determinado;*
- b. *La competencia como proceso a través del cual una pluralidad de personas lucha por conseguir la misma meta al mismo tiempo, y*
- c. *La competencia como sistema social dentro del cuál se ordenan las actividades de los diferentes sujetos de conformidad con unos objetivos específicos*⁴⁵.

De esta forma se deduce que la construcción jurídica del concepto de la libre competencia económica debe abarcar necesariamente los componentes que la caracterizan desde las tres dimensiones que la conforman:

- El primer elemento es el **estructural**; entendiéndose que para que ésta se pueda ejercitar es necesaria la existencia de una pluralidad de empresas o competidores autónomos, que interactúan entre sí en el marco económico conformado por un determinado modelo de mercado.
- Existe también la dimensión **dinámica, competitiva o conflictual** de la competencia, conforme a la cual ésta se concibe como un proceso de actuaciones y comportamientos de los diferentes agentes económicos que participan en el mercado, a través de los cuales aquella pluralidad de personas lucha entre sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio, esto es, la lucha entre los competidores por atraer a los consumidores, promover la contratación de los bienes o servicios ofrecidos y maximizar las ganancias. Esta dimensión se identifica con lo que se puede denominar *aspecto de conducta* de la competencia, caracterizado por el hecho de que las empresas concurrentes actúan

⁴⁵ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y Otros. DERECHO DE LA COMPETENCIA. 1era. Edición: Bogotá: Legis Editores S.A., 1998. p. 32.

autónoma y libremente en el mercado poniendo en práctica sus proyectos y parámetros de acción para el logro de sus propios objetivos e intereses⁴⁶.

- El último elemento es el que conforma la dimensión **ideológica o político social**, según la cual, la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los agentes económicos. Es dimensión ideológica y sociopolítica de la competencia conforma la concepción institucional de la competencia como núcleo central del sistema de economía de mercado. Aquí se incluyen por lo tanto las disposiciones que reconocen, garantizan, promocionan o limitan el ejercicio de la libre competencia, e igualmente las políticas, directrices y finalidades socioeconómicas que se espera alcanzar a través del sistema de la libre competencia.

En resumen, las conductas adoptadas por los agentes desde la dimensión dinámica o conflictual pueden ocasionar importantes modificaciones en la conformación de la dimensión estructural. Igualmente, la conformación de una determinada estructura de mercado puede llegar a favorecer la realización de ciertas conductas no deseables o eliminar las que no son nocivas. De otro lado, la dimensión institucional define tanto frente a la dimensión estructural como frente a la dimensión conflictual, el modus operandi, la filosofía inherente y la conformación de la competencia como de vida social.

2.1.2. Justificación de la regulación de la libre competencia

⁴⁶ Las conductas competitivas en un mercado y las tensiones conflictuales entre los intereses opuestos de los diferentes agentes, son función de las condiciones estructurales del mercado en cuestión; de aquí que el comportamiento competitivo de los agentes competidores esté condicionado por la estructura existente en el mercado.

En un sistema económico liberal, el objeto principal de la libre competencia debe ser el bien común, dado que la ausencia de competencia provocaría el dominio de los monopolios y de los grandes conglomerados, desapareciendo así la igualdad de oportunidades, la eficiencia y, sobre todo, la libertad en el terreno económico.

Así las cosas, para que esta competencia resultara una energía ordenadora de los intercambios económicos, tenía que inscribirse en un ordenamiento jurídico que limitara los derechos de cada uno con los iguales derechos de los demás, y cada competidor debía asumir cierta actitud ética que tuviera en cuenta las consecuencias de las propias acciones en busca del bien particular sobre los demás miembros de la sociedad⁴⁷.

Sin embargo, la historia se encargó de demostrar que el equilibrio y el desarrollo económico no se pueden lograr dejando actuar simplemente las fuerzas de la oferta y la demanda, ya que la exagerada confianza en el mercado (la mano invisible), puede ocasionar la autodestrucción de las economías capitalistas debido a la ausencia de regulación de la competencia que evite la concentración de los medios de producción.

Así pues, se ha considerado que la sola marcha económica de los mercados no era suficiente, era necesaria la existencia de una regulación desde el ámbito jurídico, adoptando una posición frente al fenómeno desde dicha óptica, definiendo principalmente cuáles son los supuestos a regular, las finalidades a lograr y las conductas a reprimir atentatorias contra tales supuestos y finalidades.

2.1.3. Consagración Normativa en el caso colombiano

⁴⁷ Dichos supuestos tenían además por base la teoría económica desarrollada por ADAM SMITH, según la cuál, se creía en la existencia de un equilibrio natural de los impulsos humanos de modo que las acciones de cada individuo, al buscar su propio provecho, redundaban en beneficio para toda la comunidad. Por este motivo se postulaba que el Estado no debía intervenir en la economía, ya que ésta se regulaba por sus leyes propias que la guiaban como una “mano invisible” hacia el equilibrio.

En el caso colombiano, las reglas básicas relativas a la competencia⁴⁸ en el sector financiero se encuentran consagradas en el capítulo décimo cuarto, artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en cuyos apartes se observan las facultades del Estado (hoy ciertamente limitadas) para intervenir en el sector. A continuación, los apartes más importantes de conformidad a los propósitos del presente trabajo, teniendo en cuenta que en Colombia ha sido más bien a través del ente supervisor o mediante conceptos jurisprudenciales, como se ha regulado en la práctica gran parte de dicha materia⁴⁹:

“ARTICULO 98.

1. Reglas sobre la competencia. *Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador.*

La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar, como medida cautelar o definitivamente, que los empresarios se abstengan de realizar tales conductas, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer (...).

(...) 3. Acciones de clase. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990, las personas perjudicadas

⁴⁸ Particularmente acerca de la Libre Competencia existen dos antecedentes normativos importantes: La Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, y el Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 48 establece ciertos actos contrarios a la libre competencia.

⁴⁹ Sobre la Libre Competencia es importante mencionar la Circular Externa 007 de 1996, emitida por la Superintendencia Bancaria. Ver Título 1, Capítulo 6 Nral. 1.

por la ejecución de las prácticas a que se refieren los numerales anteriores del presente artículo podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3. a 7. y 9. a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia Bancaria, en estos casos, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13. del mencionado artículo 36, se efectuará por estado (...).

(...) 5. Numeral adicionado por el artículo 25 de la Ley 795 de 2003: Con el propósito de garantizar el derecho de los consumidores, las instituciones financieras deberán proporcionar la información suficiente y oportuna a todos los usuarios de sus servicios, permitiendo la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado. En todo caso, la información financiera que se presente al público deberá hacerse en tasas efectivas. El Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general, determinará la periodicidad y forma como deberá cumplirse esta obligación.

6. Conflictos de interés. Numeral adicionado por el artículo 26 de la Ley 795 de 2003. Dentro del giro de los negocios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario con acceso a información privilegiada tiene el deber legal de abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflictos de interés.

La Superintendencia Bancaria impondrá las sanciones a que haya lugar cuando se realicen operaciones que den lugar a conflicto de interés, de conformidad con el régimen general sancionatorio de su competencia. Así mismo, podrá establecer mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de conflicto de interés, si a ello hubiere lugar.

Adicionalmente, la Superintendencia Bancaria podrá calificar de manera general y previa la existencia de tales conflictos respecto de cualquier institución vigilada”⁵⁰.

Finalmente, vale mencionar que las reformas introducidas mediante la expedición del Decreto 4759 de 2005, representaron un avance en las políticas colombianas de regulación (y de autorregulación) del sector, por ejemplo en materia de transparencia de los mercados. Sin embargo, dado que se encuentra enfocado hacia el mercado de valores, más que al sistema bancario, evidentemente desborda el campo de estudio del presente trabajo.

⁵⁰ Sobre la figura de acciones de clase, se puede consultar el concepto de Julio 8 de 1999 emitido por la Superintendencia Bancaria. Se encuentra además publicado en: DOCTRINA Y CONCEPTOS FINANCIEROS 1999, Superintendencia Bancaria. Editorial Imprenta Nacional, 2000, p. 6.

2.2. El Abuso de la Posición Dominante en Colombia

2.2.1. Concepto

Técnicamente, la posición dominante implica la ausencia de una competencia efectiva en el marco de un mercado determinado en el que, por lo general, existe un competidor que se encuentra con la capacidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de dicho mercado⁵¹.

En el caso colombiano, la doctrina ha considerado tradicionalmente⁵² que el propio legislador ha definido que debe entenderse por posición dominante en el mercado colombiano, por lo que se remiten a la Ley 155 de 1.959, de cuyo artículo 2do. se deduce que la posición dominante es la capacidad que tiene una empresa para determinar los precios en el mercado en razón de la participación en el mismo⁵³.

Dicha norma impuso además a las empresas el deber de informar previamente al gobierno los proyectos de fusión, consolidación o integración de empresas dedicadas a una misma actividad económica, así como la prohibición a las empresas comerciales de utilizar procedimientos tendientes a monopolizar la distribución.

⁵¹ Dicha acepción tiene fundamento en lo planteado por el profesor Ernesto Rengifo García. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2.004. 2da. Ed. p. 369.

⁵² Entiéndase profesores destacados como Juan Camilo Restrepo Salazar o Miranda Londoño.

⁵³ Artículo 2, Ley 155 de 1959: *“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”*.

Pero no fue sino hasta 1.991 cuando se configuró una consagración positiva del concepto de abuso de la posición dominante en nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 333, inc. 4º: “El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

De esta forma, nuestro constituyente de 1.991, aunque no definió la posición dominante como tal, si concibió la figura como el poder que le permite a un ente económico sustraerse a una competencia efectiva en una parte importante del mercado afectando la libertad económica y los intereses de los consumidores, de lo cuál, se concluye claramente que nuestra constitución no prohibió la posición dominante, mas allá de su abuso⁵⁴.

En la actualidad, los elementos analizados por la doctrina son bien resumidos en las consideraciones que el profesor Rengifo García hace en su obra sobre el instituto jurídico ahora analizado:

“(…) Habrá abuso de posición dominante cuando un competidor, en ejercicio de su derecho de competir en el mercado, abusa de dicho ejercicio y, en consecuencia, lo que era legal deviene ilegal, o cuando lo que era ajustado a derecho deviene abusivo. Hay en el abuso de la posición dominante un cambio de status deóntico no por la posición

⁵⁴ En efecto, nuestro constituyente observó las experiencias vividas en el marco del derecho comunitario europeo y especialmente, las exigencias propias del nuevo sistema económico mundial. Para ver las manifestaciones e intervenciones de los constituyentes al respecto, se puede consultar la Gaceta Constitucional No. 80 de Mayo 23 de 1991, p. 20.

*en sí misma considerada, sino por el ejercicio abusivo del poder que se tiene en el mercado (...) también respecto de las relaciones jurídicas subjetivas individuales provenientes de ciertos tipos de contratos con cláusulas predispuestas (...)*⁵⁵.

2.2.2. Posición dominante contractual y de mercado

En general, la posición dominante se observa más en relación con el mercado que con situaciones jurídicas subjetivas particulares. Sin embargo, la normatividad colombiana ubica la figura no solamente en relación con el mercado sino también respecto de las situaciones jurídicas provenientes de cierto tipo de contratos de adición, utilizados fundamentalmente en el sistema financiero, y en particular con los créditos hipotecarios y de consumo.

Es así que la figura de la posición dominante tiene una esencia “dual”, dado que se manifiesta como consecuencia de un negocio jurídico o dentro de un mercado determinado, según el caso. De esta forma, se ha establecido que el abuso de posición dominante contractual se presenta generalmente entre no competidores, mientras que el de mercado tiene incidencia entre éstos con relación al principio de la libre competencia económica⁵⁶.

Así, el abuso de posición dominante contractual puede ser calificado y censurado por cualquier juez o árbitro, mientras que el abuso de posición dominante en el mercado requiere un control especializado del sector público (entiéndase ente

⁵⁵ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2.004. 2da. Ed. p. 369.

⁵⁶ Mencionado en el punto inmediatamente anterior.

supervisor) o por los jueces mediante el ejercicio de una acción especial de carácter constitucional⁵⁷.

2.2.3. Mercado Relevante y Posición Dominante

Al momento de hablar de la posición dominante, es necesario referirse a un mercado específico, y es dicho mercado el que se conoce como mercado relevante. Así, para saber si una empresa se encuentra en una posición dominante es imperativa la determinación del mercado donde ejerce dicha posición.

A pesar de que legalmente existe una definición de posición dominante⁵⁸, su determinación es una cuestión que requiere sin duda un análisis económico, ya que con base en éste se sabrá si la empresa investigada tiene el poder económico suficiente para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado relevante, es decir, si puede actuar dentro del mismo con independencia de sus competidores, clientes y consumidores. Esto, teniendo en cuenta que la competencia efectiva o sustancial, ya sea nacional o internacional, elimina la posición de dominio⁵⁹.

Así pues, las leyes de la competencia no imponen el deber de cooperar entre competidores, sino que más bien buscan garantizar que la lucha en el mercado no sea anticompetitiva. El abuso de la posición de dominio en el mercado es pues, una práctica anticompetitiva, cuya determinación es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias que acompañan a la situación investigada. En términos generales, el fortalecimiento de una empresa dentro de un mercado determinado no está prohibido por las leyes antimonopolio cuando ello se realiza

⁵⁷ En nuestro caso, vale mencionar la competencia que tiene la Superfinanciera para censurar y prohibir las prácticas contrarias a la libre competencia en el sector financiero.

⁵⁸ Posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado.

⁵⁹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2.004. 2da. Ed. p. 415.

con prácticas normales como la innovación, la adopción de una producción en escala, métodos competitivos de distribución, etc⁶⁰.

2.2.4. Antecedentes jurisprudenciales

Nuestros tribunales nacionales han asumido en términos generales una posición más bien garantista frente a diversas situaciones que de hecho, indican que en la práctica en el sistema financiero se utiliza la posición dominante como una herramienta normal e intrínseca para el funcionamiento del mercado, independientemente del producto o servicio que se ofrezca por parte de la entidad. Es así que la jurisprudencia colombiana ha reconocido plenamente la existencia de la figura de la posición dominante en el mercado financiero, con pronunciamientos que como veremos, pretenden castigar el abuso de la misma, más no su existencia como herramienta de mercado:

“(...) Dicho en otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones, es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, (...) les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual no pueden predeterminar unilateralmente e imponerles a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ellos, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo

⁶⁰ *Ibíd.*

reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia (...) incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del Art. 830 del Co. Com., está obligada a indemnizar (...) para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible y, asimismo, que en cuanto posición dominante es determinante para quien goza de situaciones particulares activas de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos”⁶¹.

En dicho sentido también se ha expresado nuestro máximo tribunal constitucional, ente que al fallar la procedencia de la Acción de Tutela contra las entidades financieras, reconoció el estado de indefensión en que se encuentran los usuarios de los servicios financieros en Colombia:

“(...) la acción de tutela puede entablarse contra un particular, en los casos que la ley contemple, cuando se encargue de la prestación de un servicio público, cuando su conducta afecte de manera grave y directamente el interés

⁶¹ Sentencia del 19 de Octubre de 1994. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

público y cuando, respecto de él, el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (...) frente a las entidades financieras, si bien no puede hablarse de subordinación, la persona –cliente, deudor, depositante– se puede encontrar en un estado de indefensión, en una situación específica, en la cual no le sea posible hacer nada, desde el punto de vista fáctico y en el aspecto jurídico, para impedir que se le vulnere un derecho fundamental o que le sea puesto en franco peligro o en inminente amenaza”⁶².

Finalmente, al pronunciarse sobre el inciso 2º del numeral 4to. del Artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁶³, el Consejo de Estado conceptuó lo siguiente:

“(...) aún cuando expresamente el legislador no prohibió a los establecimientos de crédito cobrar cuotas de manejo por cuentas inactivas, sí prohibió a las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria el pacto de cláusulas exorbitantes, como son a juicio de la Sala cláusulas en virtud de las cuales se cobra al depositante una cuota de manejo en cuentas inactivas, ya que resulta evidente que el establecimiento de crédito se está aprovechando de su posición contractual dominante para implícitamente obligar al cliente a mover su cuenta de ahorros (...) siendo que

⁶² Sentencia T-261 de 1995. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶³ Nuestro EOSF establece en su artículo 98, numeral 4º inciso 2º lo siguiente: “(...) en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”.

*dichas actividades son facultativas de su parte y no obligatorias. Lo exorbitante de una cláusula como la que prevé una cuota de manejo en cuentas inactivas no radica entonces en el monto de dicha cuota, el cual a pesar de lo irrisorio (...) no deja de ser abusivo*⁶⁴.

Así las cosas, cabe deducirse que nuestra jurisprudencia ha cumplido su función incluso mediante la aplicación y eficacia directa de normas de estirpe constitucional, en el caso de nuestro máximo tribunal⁶⁵, para que, de este modo, se conciba al instituto jurídico de la posición dominante como un todo que se sustrae a una competencia efectiva, determinada por el mercado, que precisa de coordenadas geográficas y de la identificación de la materia objeto de transacción para efectos de calificar su existencia.

2.3. El fenómeno de la concentración de grupos en el sistema financiero

Sin duda alguna, actualmente uno de los grandes retos de los entes supervisores en el sistema financiero es encontrar el balance ideal que permita a los actores del sistema desarrollarse dentro del mercado sin afectar al consumidor, esto es, sin afectar la competencia.

En dicho contexto, aún se discute hoy en día si la concentración de grupos en el sistema financiero, al igual que en los demás sectores de la economía, atenta contra la soberanía del consumidor, al limitar sus posibilidades de escoger

⁶⁴ LONDONO PINZÓN, Daniel, "La posición dominante en el mercado financiero colombiano: Visión Crítica del sistema a la luz de las normas internacionales", Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001. p. 144.

⁶⁵ Entiéndase particularmente los artículos 95 y 230 de nuestra Constitución Política.

libremente y, sobre todo, al crear estructuras en cuyo escenario aparecen pocos competidores.

Modelos econométricos han sido utilizados para defender, desde lo teórico, el grado de concentración ideal que debe existir en el número de actores necesario para el cabal desarrollo del sistema⁶⁶. Es así que la aparición de los conglomerados financieros es un hecho económico cuya razón obedece a la voluntad de “la mano invisible”, por encima de las disposiciones regulatorias existentes, lo cuál ha implicado una rápida adaptación de los reguladores a nivel global, para mantener la integridad del mercado⁶⁷.

La concentración de grupos es pues, una realidad impuesta por el mercado y especialmente por la globalización financiera, en donde se controlan diversas fuentes de recursos, la circulación de bienes materiales e inmateriales y otros factores productivos a nivel global, abarcando territorios de varios países⁶⁸.

De esta forma, a pesar de que aún se discuten los beneficios de un mercado financiero mas concentrado, dado que se logran mejoras en eficiencia, productividad y calidad de productos y servicios, es dable afirmar también que algunos grados de concentración pueden llegar a afectar la competencia, en especial al disminuir el número de competidores, y sobre todo cuando se utiliza como mecanismo agresivo para el reforzamiento del poder económico en los mercados frente a los demás participantes⁶⁹.

⁶⁶ Cabe mencionar dos estudios sobre el tema: El primero, de dos economistas norteamericanos llamado “*Bank Concentration, Cross Country Evidence*”, por Kunt y Levine, World Bank, October 2000; y el segundo, delimitado dentro del mercado financiero colombiano: “*Análisis de la Estructura Competitiva del Sistema Financiero Colombiano*”, el cual fue publicado en *Ecos de Economía*, No. 18, Medellín, Abril de 2004.

⁶⁷ Un ejemplo claro lo configura el dictamen C-271 del 13 de Septiembre de 2001, emitido por el Banco Central Europeo para la supervisión adicional de las entidades financieras. El objetivo era establecer normas prudenciales comunes para la supervisión de los conglomerados financieros en toda Europa.

⁶⁸ Op. Cit. ALMONACID SIERRA, pag. 37.

⁶⁹ *Ibíd.*

Es por esto que el fenómeno de la concentración del sistema financiero es determinante para la política de regulación de la competencia en el sector, y por ende, para el regulador financiero en particular.

2.4. El concepto de fusión y tipos de fusiones

A pesar de que en su oportunidad profundizaremos en el análisis del control de las fusiones en el sistema financiero, hemos considerado oportuno referirnos al concepto básico de este instituto jurídico, tan utilizado en nuestros días como herramienta para el desarrollo empresarial a nivel global.

Así, Para la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la fusión consiste en la transmisión del patrimonio de una o varias sociedades a otra sociedad, por medio de la absorción por parte de una sociedad. La fusión es una operación por la cual las sociedades pueden aumentar su producción o penetrar en mercados nuevos, teniendo varios objetivos: la búsqueda de una mayor eficiencia económica o de un poder sobre el mercado, una diversificación, un despliegue geográfico sobre todos los mercados, la obtención de sinergias financieras y, finalmente, para la investigación y desarrollo⁷⁰.

De esta manera, se entiende que existe **fusión por creación**, cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse y transmiten sus patrimonios a título universal, a una sociedad nueva que constituyen. Por otro lado, habrá fusión **por incorporación (absorción)**, cuando una o más sociedades se disuelven sin liquidarse y transmiten su patrimonio a título universal, a otra sociedad ya existente.

⁷⁰ BECERRIL ARREDONDO, Juan Carlos. Fusión de Sociedades: Análisis de la fusión de Time Warner. Primera Edición. México D.F., Universidad Panamericana, 2003. p. 67.

En dicho contexto, vale la pena traer a colación un concepto emitido al respecto en nuestro país por el señor Procurador General de la Nación:

“La fusión en el derecho comercial de acuerdo con la doctrina, corresponde a la reunión de dos o más sociedades preexistentes, bien sea que una sea absorbida por otra o que sean confundidas para constituir una nueva sociedad subsistente. Esta figura tiene como consecuencia que en tratándose de la absorción, una de las sociedades desaparece y en la fusión propiamente dicha o por combinación, se crea una nueva, pues en este evento hay lugar a que dos o mas sociedades se unan para conformar una nueva, las cuales se disuelven simultáneamente sin liquidarse”⁷¹.

Mas adelante dentro del mismo concepto, el señor procurador evalúa los fines que se persiguen mediante la materialización de una fusión, afirmando que:

“(…) El objetivo que se persigue en esta clase de operaciones es unificar inversiones y criterios comerciales de dos o mas sociedades de un mismo ramo o fines compatibles, es por tanto un mecanismo jurídico apropiado para la concentración empresarial, y la competitividad en una o distintas áreas (...) En este orden, es claro que una de las consecuencias

⁷¹ MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. Concepto No. 3925 emitido dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el segundo inciso del párrafo 1 y el aparte final del párrafo 2 de la Ley 790 de 2002. Expediente No. D-5880. Procuraduría General de la Nación, Bogotá: Septiembre 8 de 2005.

fundamentales de la fusión es la creación de un nuevo ente o sociedad, es decir, que por la naturaleza de esta figura jurídica, tanto en la absorción como en una creación, una de ellas pierde la esencia y prácticamente desaparece para hacer parte de la nueva (...)"⁷².

Así las cosas, es posible concebir a la fusión como un acto jurídico, en el que una o varias sociedades comerciales se extinguen sin haber sido liquidadas previamente para ser absorbidas o hacer parte de otra nueva, transfiriéndole todas sus relaciones jurídicas.

Finalmente, vale decir que la doctrina económica maneja otras clasificaciones al momento de referirse al acto de fusión, según las consecuencias que ésta tenga en el mercado⁷³. Sin embargo, en el contexto de la presente monografía cabe resaltar la denominada **"Fusión conglomerada para la extensión de producto"**, la cuál se presenta entre empresas que manejan sistemas de producción o distribución similares y cuyos productos no compiten directamente entre sí⁷⁴. Es claro entonces, que ésta última clasificación hace alusión a las fusiones que se presentan en los mercados financieros globales, donde la tendencia hacia la banca universal, en la que se ofrecen diversos productos financieros que no necesariamente compiten, explica la estructuración y el desarrollo de los grupos bancarios o conglomerados financieros.

2.5. Los Conglomerados Financieros desde el ámbito comunitario europeo

⁷² Ibid.

⁷³ Entiéndase por ejemplo, aquellas clasificaciones que hacen referencia a la fusión vertical u horizontal, según el impacto que ésta tiene dentro de la posición que ocupan las sociedades fusionadas dentro de la cadena productiva, o mercado geográfico.

⁷⁴ Op. Cit. BECERRIL ARREDONDO. Pág: 8.

Como Conglomerado Financiero se debe entender esencialmente a todo aquel grupo de empresas que está conformado por una empresa matriz, sus subsidiarias, y demás firmas en las que la empresa matriz o cualquiera de sus filiales tengan algún tipo de participación. Sin embargo, dada la naturaleza dinámica del concepto y los vacíos normativos existentes a nivel local, hemos considerado importante tener como referencia general del concepto ahora analizado, a un dictamen emitido por el propio Banco Central Europeo, en cuyos incisos 5to.y 6to. se esbozan con exactitud los elementos que debe contener la definición de “Conglomerado” como tal:

“El ámbito de aplicación del texto gira en torno a una definición de conglomerado financiero que contiene los siguientes elementos: la presencia en el grupo de una empresa de seguros o reaseguros y al menos otra entidad de un sector financiero diferente; la presencia en el grupo de al menos una entidad regulada (entidad de crédito o empresa de inversión o empresa de seguros); un volumen significativo de actividades intersectoriales, y la prestación de servicios principalmente financieros (...)”⁷⁵.

En relación con el último elemento mencionado, el Banco Central Europeo destaca que la prestación de servicios principalmente financieros depende de la definición de “sector financiero”, por lo que según la propia normatividad europea, el sector financiero comprende los sectores bancario, de seguros y de servicios de

⁷⁵ Banco Central Europeo, Dictamen C-271 del 13 de Septiembre de 2001. Es de advertir que dicho dictamen fue escogido entre varios otros que hacen referencia al mismo tema de la Supervisión de Conglomerados Financieros en la eurozona, sin ningún criterio en particular.

inversión, excluyendo así del sector financiero gran parte de la actividad de gestión colectiva de activos. Es por eso que en el mismo dictamen, el BCE sugirió, en virtud de un complejo análisis normativo, incluir a las sociedades de gestión dentro de la definición de entidades reguladas anteriormente enunciada, sujetándolas así, a la normatividad de supervisión adicional que rige a nivel comunitario⁷⁶.

En dicho marco, se entiende además que para que un grupo sea clasificado como Conglomerado Financiero, las empresas deben tener un conjunto de operaciones consolidadas en al menos dos sectores diferenciados, es decir, que deben configurar una actividad intersectorial considerable⁷⁷.

⁷⁶ Para un análisis más detallado y para el lector especializado, se recomienda consultar la norma traída a colación: Dictamen C-271 del 13 de Septiembre de 2001, Banco Central Europeo. Asimismo, ver la norma base en la eurozona, a saber: "Directiva 87 de 2002 de la Comisión Europea". Sin embargo, ya el Bundesbank había emitido algunos conceptos importantes que sirvieron como precedente para la actual y compleja normatividad europea. Ver por ejemplo, "Financial Conglomerates and their supervision", Deutsche Bundesbank, Monthly Report, Agosto de 1994.

⁷⁷ DEUTSCHE BUNDESBANK. Supervision of Financial Conglomerates in Germany. En: Monthly Report, April, 2005. p.19.

TERCERA PARTE
LA REGULACIÓN FINANCIERA EN ALEMANIA Y COLOMBIA

3.1. LA REGULACIÓN FINANCIERA EN ALEMANIA

Durante años, en muchos países la supervisión y regulación financiera ha sido establecida alrededor de agencias públicas especializadas que poseían responsabilidades diferenciadas para cada sector en particular⁷⁸.

Sin embargo, en años recientes se ha agudizado un fuerte debate alrededor de una necesaria reestructuración a la función de supervisión financiera⁷⁹ y, en particular, sobre la conveniencia o no de adoptar en muchos países una gran agencia única de supervisión, esto es, que una misma entidad esté en capacidad de supervisar dos o mas sectores que por su propia naturaleza, hoy se encuentran íntimamente ligados.

En este capítulo, examinaremos los recientes desarrollos estructurales e institucionales relacionados con la “nueva” supervisión unificada de los servicios financieros en la República Federal de Alemania. Esto implicará pues, un acercamiento a la forma en que se ha implementado allí la nueva regulación financiera, dado el advenimiento de los Conglomerados, y especialmente, el marco legal en el que se desenvuelve todo el proceso

⁷⁸ El bancario, el de valores, el asegurador, o el de otras entidades que presten diversos servicios financieros; según las características particulares de cada país.

⁷⁹ Discusión que se dio inicialmente en Gran Bretaña a finales de la década del noventa, dado que fue precisamente allí donde se introdujo por primera vez la estructura única de supervisión.

regulatorio en un país reconocido precisamente, entre otras cuestiones, por su notable estabilidad financiera.

3.1.1. Generalidades

Al decir verdad, no es poco lo que se ha escrito con respecto a la vital función de supervisión de los servicios financieros, y las potenciales ventajas o desventajas de un sistema unificado de supervisión⁸⁰. Dichos argumentos hacen referencia, por lo general, a cuestiones relevantes que se pueden concretar de la siguiente manera:

- Las economías de escala y de alcance, dado que un regulador único puede sacar ventaja de una sola estructura con un soporte central de servicios, incrementando así su eficiencia frente a los entes regulados y los diversos tipos de actividades que deben ser objeto de regulación.
- También se ha gestado un consenso alrededor del cual una supervisión unificada puede resolver eficientemente los conflictos que inevitablemente pueden emerger entre los diferentes objetivos de regulación.
- Se sostiene incluso que hoy no se justifican las divergencias existentes entre las formas de supervisión, ya que es claro que con una autoridad regulatoria múltiple o especializada se pueden generar inequidades competitivas por las reglas inconsistentes que se le imponen a los actores regulados.

⁸⁰ Es gracias a la afinidad de autores como C. Briault con la Autoridad de Servicios Financieros Británicos, que hoy es tan determinante la influencia que ha tenido la corriente dominante a nivel internacional, por la cuál se tiende a imponer en todo el mundo la supervisión unificada. Para conocer los postulados del mencionado autor al respecto, vale la pena dar un vistazo a un artículo suyo publicado en Mayo de 1999: *"The Rationale for Single National Financial Services Regulator"*, ("Las Razones para un Regulador Único de los Servicios Financieros Nacionales") Occasional Paper Series No. 2, Financial Services Authority, London.

- Finalmente, se aduce que otorgándole a un supervisor único una serie clara de responsabilidades, es posible luego incrementar la transparencia a través de todo el sistema de supervisión⁸¹.

Es a partir de los anteriores preceptos, que el autor del presente trabajo considera realmente difícil poder llegar a una conclusión definitiva en cuanto a una estructura óptima de supervisión. Y aunque, en algunos países y por varias razones (algunas de las cuales son netamente políticas), la unificación en un solo cuerpo de la regulación de los grandes servicios financieros ha sido exitosa e incluso puede ser deseable, no necesariamente podría ser apropiada en algunos otros casos, en cuyos países operan mercados financieros poco desarrollados e incluso poco interconectados entre los diversos sectores que componen todo el mercado en general. Así mismo, existen casos en donde nunca se han dado prácticas de banca universal o que carecen de conglomerados financieros como tales.

Cada situación pues, debe estructurarse con los objetivos que implica el afrontar los desafíos del sector financiero para cada país en particular. Esto implica que no existe una rígida o única estructura que responda de igual forma a los objetivos planteados, teniendo en cuenta además que distintos países tienen por lo general diferentes formas de aproximarse para enfrentar dichos desafíos. En últimas, con lo anterior se evidencia que las diferencias existentes pueden tener en el fondo, mucho más allá de la lógica económica, un variado contenido político, ideológico e histórico.

- El particular caso Alemán

El sector financiero alemán ha probado ser muy robusto durante los últimos 50 años⁸². A diferencia de un gran número de países desarrollados, Alemania ha

⁸¹ Ver C. Briault, *"A Single Regulator for the UK Financial Services Industry"*, ("Un Regulador Único para la Industria de Servicios Financieros en el Reino Unido) Financial Stability Review, Noviembre 1998, London.

sido ajena a crisis sistémicas de consideración. De hecho, desde la era de post-guerra Alemania se convirtió rápidamente en un protagonista económico global que se ha servido de una gran estabilidad y eficiencia en su sistema financiero.

Ahora bien, es muy importante resaltar el hecho de que las instituciones de crédito que operan dentro del sistema financiero alemán lo hacen con una estructura de “banca universal”, proveyendo una gran cantidad de servicios financieros a todos sus clientes. Además, los bancos alemanes operan generalmente como “Hausbank” de sus clientes comerciales, con la gran ventaja que esto implica al poder establecer una relación bancaria de largo término que permite tener una mejor evaluación de riesgo⁸³.

El número de bancos que operan en Alemania es comparativamente grande, asegurándose una fuerte competencia entre todas las instituciones, pero al mismo tiempo restringiendo sus niveles de rentabilidad. De todas formas, para efectos del presente trabajo, y en lo que se refiere al grado de concentración de la propiedad que presenta el sistema, es imperativo mencionar que la gran mayoría de bancos no poseen un gran tamaño y que incluso, para finales del 2003 las cinco mas grandes instituciones de crédito poseían no más del 28% del total de activos del sistema bancario⁸⁴.

⁸² Deutsche BundesBank. Globalisation: The role of institution-building in the financial sector. Case study on German experience prepared for the G-20. (“Globalización: El rol de la estructuración institucional en el sector financiero). Estudio de casos sobre la experiencia alemana preparados para el G-20). Frankfurt am Main, Agosto 2003.

⁸³ La relación que existe entre una empresa y su “Hausbank” es por lo general mucho mas intensa en el intercambio de información y está marcadamente orientada en el largo plazo. En el caso de las microempresas, el rol del “Hausbank” es especialmente activo en su condición de prestamista principal e incluso posee “responsabilidades especiales”. Igualmente, en el caso de las grandes corporaciones (además de ser importante prestamista), el “Hausbank” tiene una directa participación accionaria en la compañía, con derecho a un representante en la Junta Directiva de la misma. Esto es pues, un ejemplo claro de cómo funciona generalmente un “banco universal” en Alemania y el papel protagónico que ha tenido el sistema financiero en el desarrollo de los distintos sectores productivos de la economía nacional.

⁸⁴ *Ibíd.* Sin embargo, es necesario aclarar que dichos cálculos no pueden tener en cuenta los movimientos que en materia de fusiones se han podido desarrollar en el escenario financiero alemán durante los últimos dos años.

El sistema financiero en Alemania tampoco cambió dramáticamente durante las décadas anteriores ya que en gran parte muchos de los procesos de desregulación del sistema, así como la liberalización del movimiento internacional de capitales se configuraron relativamente temprano. De hecho, a mediados de la década de los 80's, el sistema en general se fortaleció gradualmente hacia una orientación de mercado ayudado por un gran número de reformas que buscaban dar respuesta a la creciente competencia que se afrontó a nivel interno en un contexto de globalización y de creciente integración europea. Adicionalmente, dicha modernización del sistema en general permitió que las compañías del sector asegurador y de pensiones jueguen hoy un papel importante como intermediarios financieros.

Una de las innovaciones mas importantes de estos últimos años fue sin duda el establecimiento de la Autoridad Federal para la Supervisión Financiera (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin), que combina las tareas que previamente cumplía la agencia para la supervisión bancaria, con las de los sectores asegurador y de valores bajo una sola estructura de supervisión. De esta manera, ejerciendo su función con total autonomía, la BaFin trabaja de cerca con el BundesBank, que de todas formas mantiene algunas de sus funciones pero ahora de forma subsidiaria o de última instancia, monitoreando los bancos y las firmas de inversión, además de algunos otros servicios financieros.

3.1.2. Estructura de la economía alemana

Una característica estructural importante que poseen las economías desarrolladas es la importancia decreciente que muestran los sectores agrícolas e industriales en favor del sector de servicios, no solo en términos de número de personas empleadas sino también en términos de valor agregado. Un factor importante que

se encuentra detrás de este desarrollo es el incremento en los ingresos reales que se ha presentado en dicho sector, dada la creciente demanda por servicios. Así, mientras la transición de la agricultura a la industria fue facilitada por el impulso dado por prospectos de antemano exitosos, el paso de una economía industrial a una de servicios se ha ido perfeccionando mas bien de forma lenta y gradual (contribuyendo consigo a un desempleo estructural) y afectando al mercado laboral al forzar al sector asalariado a migrar progresivamente hacia sectores donde el nivel de los salarios es sustancialmente menor⁸⁵. Esta evolución, que se ha presentado en varias economías desarrolladas, ha sido especialmente acentuada en Alemania, cuya economía de base esencialmente industrial fue siempre tradicionalmente fuerte, logrando facilitar el rápido crecimiento que vivió el país a partir de la post-guerra en términos de productividad e ingresos⁸⁶.

Asimismo, y al igual que en otros grandes países desarrollados, la estructura económica alemana está altamente diversificada y no existe una alta dependencia de ninguna actividad o sector productivo en particular; configurándose así una ventaja adicional al reducir los riesgos que se pueden presentar en una economía que se vuelve dependiente de aquel sector en el cual se especializa.

A pesar de lo anterior, la prevalencia diversificada de las pequeñas y medianas empresas dentro de la economía alemana ha tendido a reducirse en los últimos años; hecho que evidencia nuevamente la clase de respuestas dadas por la economía alemana frente al desafío de la globalización, dado que las pequeñas empresas, por ejemplo, se han convertido en entes de mayor tamaño para ser mas competitivas en el exterior. De todas formas, ese importantísimo rol que aún juegan las PYMES (pequeñas y medianas empresas) en la economía germana explica el carácter esencialmente bancario que posee el sistema financiero alemán.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

Otro atributo estructural importante es la pronunciada apertura de mercados en términos de intercambio comercial con el resto del mundo (exportaciones e importaciones), aunque es un hecho que existen países con economías incluso más abiertas. De cualquier forma, dicha característica de la economía alemana emergió inmediatamente después de la post-guerra, guiada por una rápida desregulación del sector real de la economía nacional. El “milagro económico” alemán (*Wirtschaftswunder*), le debe demasiado al exitoso camino impuesto por el registro histórico de sus exportaciones. En ese sentido, el desarrollo de Alemania debe ser especialmente considerado en gran parte por la fortaleza de su sector externo, el cuál ha sido el principal motor del crecimiento económico⁸⁷. Aún así, es un hecho que los graduales desarrollos que se dieron para desregular el sector financiero también fueron un factor clave para la armónica y posterior liberalización de los movimientos de capitales en una etapa que se puede considerar temprana⁸⁸, permitiendo así fomentar la integración internacional de la economía alemana.

- La gobernanza económica alemana

La política económica en Alemania está prácticamente gobernada por los principios esenciales de lo que se denominó como una “economía social de mercado”. Este término, popularizado por el Ministro Federal de Asuntos Económicos desde 1.949 hasta 1.963, Ludwig Erhard, denota un sistema económico que ha seguido con lujo de detalles los lineamientos impuestos por los principios consagrados en la Ley Fundamental Alemana, en donde las fuerzas del mercado poseen plenas libertades mientras el Estado se reserva la facultad de

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Por ejemplo, la regulación de las tasas de interés de largo plazo fue abandonada en 1952; al igual que las restricciones sobre la convertibilidad de las cuentas de capital en 1958.

definir “las reglas de juego” en aquellos escenarios en donde así lo considere necesario para asegurar la igualdad de oportunidades y la equidad social. Es así que para que se configuren dichos objetivos de política social, el Estado debe esforzarse por fortalecer los incentivos que permitan al cabal o “justo” funcionamiento de una economía de mercado garantizando la competencia por un lado, y proveyendo la ayuda necesaria a sus ciudadanos.

Es claro pues que la propiedad privada conserva su esencia y aún se le fortalece en este modelo de “economía social de mercado”; dejando solo a casos muy aislados la facultad de intervenir o afectar aquellos institutos esenciales que componen a todo Estado democrático, tales como los derechos de propiedad o la libertad contractual, que son de gran preponderancia a nivel constitucional⁸⁹.

En cualquier caso, las fuerzas de mercado comenzaron a prevalecer claramente dentro del sector real de la economía muy rápidamente después del final de la Segunda Guerra Mundial. El control de precios fue abandonado rápidamente permitiendo que la provisión de bienes y servicios creciera sustancialmente. Mas adelante, el Estado incrementó su intervención con medidas de carácter regulatorio y una estructura tributaria con miras a alcanzar una mejor distribución de los ingresos y otros objetivos, reduciendo con ello la eficiencia de las fuerzas de mercado. En consecuencia, particularmente el mercado laboral alemán aún no es lo suficientemente flexible como para responder satisfactoriamente a los cambios estructurales. En dicho sentido, existe hoy día un debate a nivel de la actual política económica en Alemania, tratando de concentrarse en fortalecer los elementos de mercado, siguiendo así los parámetros de ciertos conceptos que han sido exitosos en la gobernanza económica a nivel mundial.

3.1.3. Desarrollo actual

⁸⁹ Artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

3.1.3.1. Estructura del sistema bancario alemán y forma jurídica de las entidades que lo conforman

Como ya se ha mencionado de manera reiterada, la “banca universal” es el tipo de sistema bancario que predomina en Alemania, en donde las entidades financieras pueden participar en toda clase de negocios financieros. Sólo existen algunos bancos con funciones especializadas.

De esta manera, los denominados “bancos universales” en Alemania se pueden clasificar en tres grupos o pilares diferentes:

- Los bancos comerciales: Este grupo comprende todas aquellas instituciones que operan internacionalmente o a nivel federal, así como los bancos regionales y las pequeñas instituciones de crédito (banca privada). La característica esencial que identifica a este grupo tan heterogéneo es que poseen un régimen legal de empresas de Derecho Privado.
- Los bancos de ahorro: Aquí se encuentran los bancos de alcance estatal (no federal) que se identifican por prestar servicios basados en el ahorro del público. En este caso, la gran mayoría de estas instituciones está gobernada por el Derecho Público y su administración está en manos de autoridades públicas. Así pues, propietarios y garantes de la banca de ahorros son las autoridades locales, así como los gobiernos a nivel estatal. De esta forma, cuando la banca de ahorros emerge como tal en el siglo 19, el gobierno tuvo la capacidad de fomentar un acceso equitativo de la

población a los servicios financieros, generando así una la formación temprana de un mercado diversificado de bases amplias⁹⁰.

- Las cooperativas financieras: En este sector se incluye un largo número de instituciones de menor tamaño, a pesar de que sumaban mas de 1.500 bancos en el 2002⁹¹. Las cooperativas, al igual que en el caso de la banca de ahorro, surgen desde el siglo 19 como respuesta a una inadecuada provisión existente en los servicios financieros que se prestaban en las regiones. Originalmente, éstas se enfocaron en negocios de menor volumen y crédito agrario, en cuyo sector aún se encuentra su principal mercado. Es importante señalar además, que las cooperativas funcionan en el marco del Derecho Privado.

Ahora bien, medidos en términos posición en el mercado financiero por volumen, la banca comercial posee alrededor del 35%, mientras casi el 40% se encuentra en manos de los bancos de ahorro y las cooperativas tienen un 10%. Las instituciones especializadas conforman el resto⁹².

Desde 1.990, el número de bancos en Alemania ha caído considerablemente, siendo las cooperativas las que lideran dicho declive⁹³. A pesar de esto, aparentemente no se observa una clara tendencia a la concentración, en comparación con los mercados financieros de economías similares, como Estados Unidos y Japón. Este bajo grado de concentración en Alemania, refleja el hecho de que las fusiones y adquisiciones que se han venido presentando en los últimos

⁹⁰ Siguiendo un acuerdo suscrito con la Comisión Europea del ramo, el segmento de bancos de ahorro en Alemania perdió a partir del 2005 sus garantías financieras de naturaleza pública con el fin de aumentar el nivel de competencia en el mercado financiero alemán.

⁹¹ HACKETHAL, Andreas. German banks: a declining industry. ("Los bancos alemanes: Una industria en declive?"). Center for Financial Studies an der Johann Wolfgang Göethe – Universität Frankfurt am Main, CFS Working Paper No. 2003/27, Marzo de 2003.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

años aún no han afectado la estructura del sistema, mientras que se sigue observando una sana competencia entre las tres categorías antes mencionadas.

Así mismo, la industria financiera alemana se ha organizado de tal forma que existen diversas asociaciones diferenciadas a través de los tres segmentos antes señalados, según su naturaleza. Dichas asociaciones, por ejemplo, promueven la cooperación entre las entidades de crédito pertenecientes al mismo segmento, fortaleciéndose entre sí, y mejorando su competitividad frente a los otros pilares. Además, proveen esquemas especiales de protección de depósitos, campo en el cuál la regulación prudencial ha jugado también un rol importante.

3.1.3.2. Frente supervisor

3.1.3.2.1. Sobre la regulación básica

La supervisión bancaria alemana se enmarca en básicos principios de mercado. Los administradores de las instituciones de crédito son los plenos responsables de los negocios que llevan a cabo. Sin embargo, los bancos podrían ser incluso excluidos del mercado como resultado de las fusiones, adquisiciones o, por supuesto, su grado de insolvencia. En ese sentido, las autoridades supervisoras no intervienen directamente en las operaciones individuales que llevan a cabo las instituciones reguladas. Mas bien son los bancos los que deben observar ciertos criterios de calidad y cantidad en sus provisiones generales, abrir sus libros a las autoridades de supervisión y proveer buena información. El instrumento clave con el que se cuenta en la supervisión bancaria alemana es pues, la obligación que tienen todas las entidades de crédito de mantener sus niveles de liquidez y de solvencia en los criterios adecuados en todo momento.

La base legal de la supervisión bancaria es la llamada “Ley de bancos”, adoptada en 1.961 y enmendada recientemente en el 2.002. Dicha ley define cuales son las instituciones sometidas a supervisión y contiene las provisiones generales necesarias que se deben cumplir para limitar los riesgos del negocio bancario. Además, designa a la Autoridad Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (BaFin⁹⁴) y al Bundesbank como los organismos responsables de la supervisión bancaria y de las firmas de inversión, así como del marco organizacional del sector en el cuál ambos cooperarán. En dicho marco, la norma contiene también relevantes asuntos de regulación prudencial como lo que se relaciona con licencias de funcionamiento, inspecciones regulares, “in-situ” y manejo de crisis.

Durante las últimas dos décadas, la “Ley de bancos” ha sido complementada y adicionada con el objetivo de poder darle forma y armonizarla con la legislación prudencial que se está desarrollando en Europa con la visión de un único mercado financiero europeo integrado. Frente a este respecto, vale decir que se han dado importantes desarrollos durante la armonización de ciertos criterios, como los que se relacionan con las licencias para las instituciones de crédito y las firmas de inversión, así como los que se refieren a los requerimientos de capital adecuado y el reconocimiento del “país sede” para el caso de los Conglomerados Financieros transnacionales que se encuentran domiciliados en países que hacen parte de la Unión Europea.

Ahora bien, siguiendo la implementación del Nuevo Acuerdo de Basilea (Basilea II) para el final del 2.006, el énfasis de la nueva supervisión prudencial va a estar menos en la observancia cualitativa del cumplimiento de criterios de base consolidada (tales como la evaluación contable y reportes de auditorías), para mas bien concentrarse en cuestiones que favorecen la calidad de la supervisión (por ejemplo, mas auditorías en las operaciones bancarias que permitan valorar y

⁹⁴ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

evaluar el capital adecuado y los procedimientos para la administración de riesgo). Dado lo anterior, las inspecciones “in-situ” tenderán a ser cada vez mas importantes, intensificándose así en dicho proceso el contacto entre la autoridad supervisora y los administradores bancarios, a la vez que se incrementan la naturaleza sofisticada de las operaciones bancarias y de la administración del riesgo.

3.1.3.2.2. Organización institucional y normativa: La BaFin y el BundesBank⁹⁵

La tradición que relaciona al banco central con la supervisión bancaria en Alemania existía con anterioridad a la adopción de la “Ley de Bancos”. Como resultado de una crisis bancaria sistémica, la supervisión continua de los bancos fue introducida por primera vez en el año de 1.931. Dicha tarea fue concedida a un órgano especial controlado por el banco central, que al mismo tiempo estaba controlado por el gobierno. En 1.939, la competencia legal para la supervisión fue transferida a una nueva oficina supervisora que le reportaba todo al gobierno, mientras que el banco central conservó ciertas facultades de supervisión material. Después de la Segunda Guerra Mundial, la supervisión bancaria fue inicialmente descentralizada y puesta bajo la órbita de los distintos estados federados, quienes devolvieron al banco central las atribuciones de supervisión que éste había perdido.

Fue así que la “Ley de Bancos” de 1.961 transfirió la supervisión de las instituciones de crédito a la recientemente creada Oficina Federal de Supervisión Bancaria, con el banco central manteniendo integralmente las atribuciones de

⁹⁵ La cercana cooperación ejercida entre la BaFin y el Bundesbank está debidamente regulada por el Artículo 7 de la “Ley de Bancos” (Kreditwesengesetz – KWG); cuyos detalles se encuentran también esbozados en el memorial de entendimiento suscrito por ambas entidades.

supervisión materia que tenía, logrando adaptarse adecuadamente al funcionamiento del sistema bancario alemán. Adicionalmente, el Bundesbank debía tener siempre conocimiento de los estados financieros de la gran mayoría de los organismos para sus operaciones de política monetaria. Es así que estas especialísimas atribuciones que poseía el Bundesbank dentro del mercado monetario y financiero facilitaron el cabal control y desarrollo del mercado cambiario y de capitales, incluso todo el sistema de pagos de la economía, reflejando su grado de responsabilidad para el eficiente funcionamiento de los mercados financieros. Finalmente, aunque no menos importante, al Bundesbank siempre se le fue permitido utilizar la red de infraestructura de todo el sistema para los propósitos de supervisión “in-locus”, obviándose así la necesidad de concebir una infraestructura independiente para si misma.

La creación en Mayo de 2.002 de una regulación integrada estuvo basada en la norma para la supervisión de los servicios financieros integrados que se concibió como respuesta a la tendencia hacia la integración de las instituciones y los mercados financieros, dada la cada vez mas invisible línea divisoria que existe entre los productos financieros y sus canales de mercadeo. Es así que BaFin es una entidad legal que está gobernada por el Derecho Público y que está adscrito al Ministerio Federal de Finanzas. En concordancia con la “Ley de Bancos” y otras normas especiales, BaFin fue estructurado como el organismo central para la supervisión de bancos, empresas aseguradoras, firmas de inversión y el mercado de valores. Aunque es objeto de control por parte del ministerio, es un órgano independiente a nivel funcional y administrativo. Dicha independencia de BaFin está apuntalada también en términos financieros, de acuerdo a sus operaciones y estando completamente financiada por los impuestos pagados por las instituciones supervisadas.

Cabalmente, en el ejercicio de sus funciones y acciones supervisoras de manera independiente, BaFin coopera muy de cerca con el Bundesbank en el campo de la

regulación y supervisión bancaria⁹⁶. En dicho contexto, el Bundesbank debe atender las directrices de la BaFin, las cuáles, junto a las de él mismo, son las que rigen el sistema, incluyendo aquellas establecidas por el Ministerio Federal de Finanzas. Es así que mientras el Bundesbank lleva a cabo el monitoreo cotidiano de los bancos, en particular lo que se refiere a los estados financieros, reportes de auditoría, así como la evaluación del desempeño de las instituciones por medio de las inspecciones; la BaFin se ocupa de todas las medidas regulatorias que tienen que ver con las instituciones financieras, especialmente decretos y actos administrativos, incluyendo ordenes de auditorías. Asimismo, como regla general la BaFin debe fundamentar sus medidas regulatorias en las valoraciones y conclusiones que haya hecho el Bundesbank, aunque reservándose el derecho de llevar a cabo sus propias visitas “in-situ” en un limitado número de casos en los cuales la responsabilidad supervisora requiere intervenciones directas.

De todas formas, el rol del Bundesbank como supervisor bancario ha sido evidentemente fortalecido⁹⁷. Los recursos con los que cuentan la BaFin y el Bundesbank, sus campos específicos de acción, y sus sinergias de cooperación han aumentado en gran medida la eficiencia. Esta aproximación prudencial e integral que implica a una única autoridad regulatoria y al banco central es generalmente denominada “supervisión adicional intersectorial” y se ha convertido sin duda en sinónimo de una moderna estructura organizacional que permite desarrollar a cabalidad todas las tareas supervisoras⁹⁸.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Un conocido artículo publicado en un periódico especializado (“Börsen-Zeitung”) en el año 2002, concluye que el Bundesbank acabó teniendo incluso más poderes que nunca antes en lo que a la supervisión bancaria se refiere.

⁹⁸ El Banco Central Europeo publicó al respecto un informe titulado: “The Rol of Central Banks in Prudential Supervision” (El Papel de los Bancos Centrales en la Supervisión Prudencial), en el cuál se exponen diversos argumentos que apoyan el mantenimiento del papel fundamental de los bancos centrales en la supervisión prudencial de la zona euro. El documento oficial en español puede ser consultado en el sitio Web del Banco Central de España. Ver: www.bde.es/informes/bce/publibce/rolencb.pdf

3.1.3.2.3. La nueva supervisión unificada alemana:

a) El contexto y las razones de la integración

La decisión de crear una autoridad federal para la supervisión de los servicios financieros en Alemania fue tomada dentro de un contexto de fundamentales cambios en el mercado financiero, mediante los cuáles se pretende responder a la necesidad de asegurar la histórica estabilidad del sistema financiero alemán⁹⁹. En dicho marco, un documento publicado por la propia BaFin anotaba lo siguiente:

“La BaFin tiene tres grandes objetivos de supervisión: Como parámetro fundamental, el aseguramiento del cabal funcionamiento de toda la industria financiera en Alemania. A partir de este objetivo, otros dos pueden deducirse: Salvaguardar la solvencia de los bancos, de las instituciones de servicios financieros y de las empresas aseguradoras (las cuáles estaban bajo la órbita de las respectivas agencias de supervisión del sector); y proteger a los clientes e inversores”¹⁰⁰.

⁹⁹ Un análisis somero sobre la mencionada integración fue hecho por el profesor Dr. Josef Ruthig en los siguientes términos: “(...) También en la regulación del mercado de capitales encontramos a las autoridades federales actuando desde el “centro”. Es así que BaFin resume por primera vez la trascendental fusión de supervisión a la manera de la clásica “AllFinanzaufsicht”, todo bajo un mismo techo. Así, por un lado se transfiere la supervisión unificada de los bancos y aseguradoras, y por otro, se extiende la supervisión estatal sobre todos los servicios financieros, sin excepción (...)”. Tomado de: “Offentliches Wirtschaftsrecht” (“Derecho Público Económico”), RUTHIG Josef, STORR Stefan; C.F. Müller; Heidelberg, 2005. pp. 8.

¹⁰⁰ Ver, sitio web de la Agencia Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin): >http://www.bafin.de/index_e.htm<, visitado en Junio de 2006.

Íntimamente relacionadas con los tres objetivos arriba mencionados, la creación de BaFin obedeció, entre otras, a dos razones principales. En primer lugar, la BaFin fue una respuesta a la emergencia de la banca universal en Alemania. En segundo término, y muy relacionado, en el pasado, los bancos y las compañías aseguradoras no tenían demasiados vínculos e interactuaban mas bien poco; ahora, poderosos Conglomerados Financieros han surgido en Alemania, operando a nivel global¹⁰¹.

Aunque menos persuasivos, se puede considerar también que la creación de la BaFin pudo haber sido surgido de la necesidad que había de abolir ciertos desequilibrios que hubiera traído una competencia no muy saludable entre los distintos reguladores, lo cuál claramente habría ocurrido, dadas las diferencias regulatorias que impone un sistema de supervisión fragmentado.

Por otro lado, es evidente que la existencia de un nuevo regulador único del sistema financiero en Alemania conlleva ciertas ventajas. Así, especialmente para aquellas firmas con sede en el exterior, dichas ventajas se han materializado de antemano, considerando que en el pasado esas mismas compañías debían “lidiar” con las varias agencias supervisoras existentes en ese entonces para tratar de ofrecer sus productos en territorio alemán. En ese marco, la creación de BaFin ha facilitado mucho más el necesario intercambio de información con otras agencias de supervisión extranjeras, logrando con ello que en los foros internacionales de supervisión los intereses alemanes estén mas efectivamente representados a nivel global, fortaleciendo al país como un verdadero centro financiero mundial¹⁰².

¹⁰¹ Existen varios ejemplos de dichos conglomerados: Empresas como la que ahora conforman las recientemente fusionadas *Allianz/Dresdner Bank* u otras como el grupo *Münchener Rück/HypoVereinsbank*.

¹⁰² Al respecto, un documento publicado en la página web de la BaFin afirma textualmente lo siguiente: “(...) la voz del regulador federal alemán se fortalecerá en las negociaciones internacionales sobre regulaciones financieras”. Ver, sitio web de la Agencia Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin): >http://www.bafin.de/index_e.htm<, visitado en Junio de 2006.

Otro argumento adicional que ha sido expuesto en los documentos publicados por la BaFin, afirma que mas allá de una mejor capacidad para el desarrollo de reglas efectivas en el manejo del riesgo, la integración de las anteriores agencias reguladoras en un único cuerpo regulatorio permite la utilización del “know-how” y experiencia de dichas antiguas agencias de una forma mas eficiente, especialmente en lo que se relaciona con los nuevos canales de distribución d los productos financieros y el surgimiento de los Conglomerados como tales. Igualmente, se sugiere que ya no es necesario lograr la coordinación entre las distintas agencias independientes, lo cual implicaba en el pasado cierto tiempo y costos considerables.

Ahora bien, en materia normativa, cuando el Parlamento Federal estructuró la creación de un nuevo y único ente regulatorio, decidió no modificar las normas sustanciales en las cuales se enmarcaba la supervisión de los servicios financieros en el país¹⁰³. Es así que, globalmente, la estructura de la BaFin tiene muy en cuenta las diferencias sectoriales que aún se mantienen, separando a nivel interno u organizacional la supervisión de acuerdo a cada sector en particular, por lo que la llamada “supervisión prudencial adicional inter.-sectorial” está a cargo de diferentes dependencias o departamentos intersectoriales, cuyas funciones, entre otras, son la supervisión de los Conglomerados Financieros, la coordinación de los foros internaciones sobre la supervisión de los servicios financieros y la lucha contra el lavado de activos¹⁰⁴.

Paralelamente, el surgimiento de la BaFin como tal, resultó en últimas de la fusión de las antiguas agencias de regulación independientes, responsables de la supervisión de los distintos sectores que componen el mercado financiero, esto es,

¹⁰³ Este importante conjunto de normas sustanciales está compuesto principalmente por: La “Ley de Bancos” (*Gesetz über das Kreditwesen – KWG*), la Ley para la Supervisión del Sector Asegurador (*Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*), y la Ley Alemana para las Operaciones de Valores (*Gesetz über den Wertpapierhande – WpHG*).

¹⁰⁴ Ver, sitio web de la Agencia Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin): >http://www.bafin.de/index_e.htm<, visitado en Junio de 2006.

la Oficina Federal para la Supervisión Bancaria (con sede en la anterior capital federal, Bonn), la Oficina Federal para la Supervisión del Sector Asegurador (basada también en la ciudad de Bonn), y la Oficina Federal de Supervisión de Valores (ubicada en Frankfurt). De esta forma, desde la perspectiva “prudencial”, los poderes la nueva autoridad integrada cubren las funciones de supervisión que venían cumpliendo las agencias anteriormente mencionadas. Por otro lado, desde la perspectiva de la supervisión del mercado, la promoción de la protección del consumidor, la transparencia e integridad del mercado son también importantísimos objetivos de la BaFin.

Dentro del anterior marco, y resumiendo un poco lo afirmado hasta ahora, valdría la pena recordar la respuesta dada por el Presidente de la antigua Agencia Federal para la Supervisión Bancaria de Alemania, Jochen Sanio, quien desde una perspectiva mas global y comparada, se refirió a la particular visión germana de supervisión unificada de la siguiente manera:

“La respuesta, por supuesto, es el significativo rol que jugará el Bundesbank en la supervisión bancaria, y es precisamente ésa la razón por la cuál yo concebiría a la BaFin como una versión “modificada” de regulador único, en comparación con su par británica, por ejemplo. Es muy interesante comparar también la perspectiva alemana con el recientemente aprobado modelo de supervisión financiera holandés de estructura “intersectorial”. Y es que con las mismas motivaciones que tuvimos en Alemania para adoptar un modelo de supervisor único (fortalecer la estabilidad del sistema, la supervisión prudencial y una mejor gestión del sector), se llegó en Holanda a una muy diferente conclusión por parte de su legislador para estructurar el nuevo sistema.

Así, el Banco holandés debe mantener sus responsabilidades concernientes a la estabilidad del sistema y la supervisión prudencial de los bancos, mientras que la autoridad supervisora del sector asegurador y de pensiones tiene a su cargo la supervisión prudencial de los conglomerados financieros y las compañías de seguros; otorgándole de esta forma la supervisión de todo el mercado a supervisores distintos y adoptando para sí la doctrina de la “separación de los poderes de supervisión”, con una clara división, de base “intersectorial”, entre la supervisión prudencial y la supervisión de la mera gestión del mercado...”¹⁰⁵.

Se puede observar entonces como, de acuerdo a Sanio, el nuevo modelo alemán de supervisión unificada difiere significativamente de la perspectiva holandesa, en términos de cuan profundamente integrada esta la supervisión. Sanio sostiene que en Alemania gobierna un modelo de plena supervisión intersectorial, combinando aspectos prudenciales y de mercado; y en dicho sentido, cree que el reciente modelo alemán para la supervisión de los servicios financieros podría ser descrito como un modelo de regulador único, a pesar de que el nuevo régimen, con sus particularidades, ha sido concebido para solventar las especialísimas necesidades alemanas, las cuales han sido frecuentemente muy complejas¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ver charla del Señor JOCHEN SANIO, Presidente de la Oficina Federal para la Supervisión Bancaria en Alemania, (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*), Presidente de la Oficina Federal para la Supervisión Bancaria en Alemania, (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*), llevada a cabo en el marco de las Conferencias sobre Supervisión The new Single Regulator in Germany” (El Nuevo Regulador Único en Alemania), Conferencias sobre Supervisión Bancaria, organizadas por el Banco de los Países Bajos, Amsterdam, Abril 24 de 2002.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

b) Los elementos estructurales e institucionales de la nueva supervisión unificada

La BaFin fue concebida en el marco general de La Ley Alemana para la Supervisión de los Servicios Financieros, la cuál fue aprobada por el Parlamento el 22 de Abril de 2002, quedando formalmente establecida el primero de Mayo del mismo año. Es una institución de alcance federal que está, como se mencionó atrás, adscrita¹⁰⁷ al Ministerio Federal de Finanzas. Sus dos oficinas están localizadas en Bonn y en Frankfurt am Main, y emplea a aproximadamente 1.000 personas.

A pesar de que la BaFin es la agencia supervisora principal, ya se ha mencionado también, como debe cooperar con el Banco Central Alemán (Deutsche Bundesbank); el cuál es a su turno, el responsable de la supervisión permanente de las instituciones de crédito que comunica cualquier información relevante a la BaFin¹⁰⁸. Así, la BaFin supervisa alrededor de 2.700 bancos, 800 instituciones de servicios financieros mas de 700 empresas del sector asegurador¹⁰⁹.

b.1. Formación de BaFin (Contexto)

El 25 de Enero de 2.001 fue anunciada una reforma al esquema de supervisión de los mercados financieros alemanes por parte de Hans Eichel, el Ministro alemán de Finanzas. En esa ocasión, se propuso la creación de una nueva Autoridad

¹⁰⁷ Lo cuál, implica por supuesto que posee su propia personería jurídica.

¹⁰⁸ Ya se profundizará en el presente trabajo sobre ese respecto.

¹⁰⁹ Ver, sitio web de la Agencia Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin): >http://www.bafin.de/index_e.htm<, visitado en Junio de 2006.

Federal para la Supervisión de los Servicios Financieros que tuviera bajo su responsabilidad la guarda de las instituciones de crédito, empresas aseguradoras, firmas de inversión y demás instituciones financieras. Dicho plan para consolidar el mercado financiero fue acompañado por una propuesta de reestructuración del Banco Central Alemán (Bundesbank).

Con la propuesta de una estructura centralizada de gestión, Eichel buscaba asegurar una más eficiente representación del Bundesbank dentro del proceso de toma de decisiones que se debe seguir en el marco del Banco Central Europeo¹¹⁰. Dado lo anterior, la propuesta del Ministro Eichel dio lugar a numerosos y acalorados debates en el seno de la opinión pública (incluidos sectores políticos y académicos), entre los cuales se resalta la feroz oposición inicial mostrada por los distintos Estados federales (Länder), el propio Bundesbank e incluso el Banco Central Europeo.

Desde la introducción del Euro, (cuando los bancos centrales perdieron sus funciones de política monetaria) el gobierno federal y los Estados federales discutieron acerca de la estructura que debía mantener el Bundesbank. Así, desde antes de que el plan para la consolidación de la supervisión fuera anunciado, el liderazgo del Bundesbank había sido expuesto ante la opinión para desarrollar una campaña pública que permitiera configurarlo como el único supervisor bancario en Alemania, mediante la integración con la antigua agencia supervisora del ramo¹¹¹, que estaba encaminada a convertirse en un departamento más del Bundesbank. De esta forma, se pretendía compensar al

¹¹⁰ Desafortunadamente, un estudio más minucioso acerca de la concepción y configuración actual del Banco Central Europeo, así como el fundamental papel que allí desempeña Alemania, desbordaría no sólo las pretensiones del presente trabajo, sino también la propia materia del estudio que ahora nos ocupa, ya que abarcaría incluso cuestiones de “interés nacional” o asuntos de geopolítica. Sin embargo, cabría sugerir el estudio del tema para aquellos interesados en conocer más a fondo el funcionamiento del sistema financiero a nivel global, y su influencia en las políticas económicas que adoptan los diversos países actualmente.

¹¹¹ La cuál era conocida por sus siglas en alemán, “BAKred”.

Bundesbank dada la pérdida de hecho de sus responsabilidades de política monetaria a nivel federal.

Es así que ahora debe entenderse el activo papel que mantuvo el Bundesbank bajo el nuevo esquema de supervisión¹¹². Se argumentó entonces al respecto, que sin el fortalecimiento del rol del Bundesbank como supervisor bancario, se perdería la influencia alemana dentro del Sistema Europeo de Bancos Centrales, dada la responsabilidad que en dicho ámbito éstos conservan en la mayoría de los países de la eurozona. Por esa razón, temiendo una posible pérdida de competencias, el Bundesbank se opuso enérgicamente al plan del ministro Eichel de unir a los varios supervisores en una sola agencia.

En cualquier caso, al final el mismo banco central alemán no pudo conseguir el necesario apoyo de los Estados federados reunidos en el Bundesrat¹¹³, por lo que terminó respaldando el proyecto de reforma. En dicho apoyo, a pesar de todo, mucho tuvo que ver también el hecho de que el ministro Eichel haya “cedido terreno”, al garantizar que el Bundesbank y sus bancos regionales (Landeszentralbanken) podrían mantener un papel protagónico en la supervisión permanente del sector bancario, tal y como efectivamente sucedió. De ese modo, Eichel respondió al mismo tiempo a la advertencia que le había hecho el Banco Central Europeo, en el sentido de no sacar por completo a la supervisión

¹¹² Es pertinente ahora remitir al lector interesado a la nota al pie Nro. 60 del presente trabajo para más información.

¹¹³ Como cámara de representación territorial, el Bundesrat ejerce las mismas funciones que las cámaras altas o segundas cámaras de otros parlamentos federales bicamerales, rescatando que en el caso alemán, está compuesto exclusivamente por representantes de los gobiernos de los Estados Federados. Ahora bien, dado que las leyes federales son ejecutadas por las administraciones de los Estados Federados, aquellas leyes más importantes y de mayor repercusión financiera (como la de la creación de una nueva Agencia Federal que modifica algunas funciones de política monetaria a nivel federal y regional) ponen en juego por lo general su propia soberanía administrativa; dando lugar a ciertos conflictos a nivel político-administrativo. De todas formas, la actual coalición de gobierno ha convenido en sacar adelante una reforma estructural de la Ley Fundamental de Alemania, para modificar las relaciones que tiene hoy la Federación con los Estados Federados. Para mas información, se puede consultar el magnífico estudio comparativo del Profesor Paolo Biscaretti di Ruffía, “Introducción al Derecho Constitucional Comparado: Formas de Estado, Formas de Gobierno y Constituciones Modernas”, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997.

prudencial de la órbita del Banco Central. Así pues, el apoyo de los Estados Federados terminó siendo de vital importancia para sacar adelante la reforma (dada la importancia que tienen éstos en el Bundesrat¹¹⁴).

Fue así que el 22 de Marzo de 2002, la reforma al sistema de supervisión fue finalmente aprobada, para que el 1 de Mayo del mismo año el nuevo regulador único o Agencia Federal para la Supervisión de los Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin), comenzó a funcionar con base en la nueva Ley de Integración de las Agencias de Supervisión de los Servicios Financieros (Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht).

b.2. Estructura de BaFin

b.2.1. Estructura de Gobierno

- Consejo de Administradores (Unidad Central de Administración)

Es el órgano supervisor a nivel ejecutivo de BaFin y se encarga además de asesorar a la organización con miras al cumplimiento de sus metas y objetivos. Además, el Consejo es el que establece el presupuesto de la Agencia, el cuál está compuesto por los impuestos derivados del ejercicio de supervisión así como por los ingresos derivados de las licencias que se les otorga a quienes participan en el mercado¹¹⁵.

¹¹⁴ Los Estados Federados habrían podido incluso bloquear el proyecto de reforma con 2/3 de la mayoría en la Cámara Alta (Bundesrat), según lo dispuesto por la Ley Fundamental.

¹¹⁵ Al respecto, es importante resaltar que el nuevo ente supervisor es ahora completamente financiado por las entidades reguladas. Adicionalmente, la BaFin recibe ingresos por ciertos servicios que le presta a esas empresas que regula.

El Consejo es presidido por el Ministro Federal de Finanzas, y está compuesto por 21 miembros, los cuales son representantes del Ministerio Federal de Finanzas así como de otros ministerios, miembros de la Cámara Baja del Parlamento (Bundestag) y además, delegados de las instituciones de crédito y servicios financieros, incluyendo la industria aseguradora¹¹⁶.

- Junta de Asesores

La Junta de Asesores está compuesta por representantes de las empresas del sector financiero, de las asociaciones de protección al consumidor e incluso por personas pertenecientes al ámbito académico. La principal función de la Junta consiste en proveerle asesoría general a la Agencia y, más allá de su mandato específico, dar recomendaciones en lo referente al futuro desarrollo de la práctica de la supervisión. La Junta establece un marco general para que la industria del sector, las asociaciones de protección al consumidor y los sectores académicos para que se involucren más en el trabajo desarrollado por BaFin¹¹⁷.

b.2.2. Organización interna

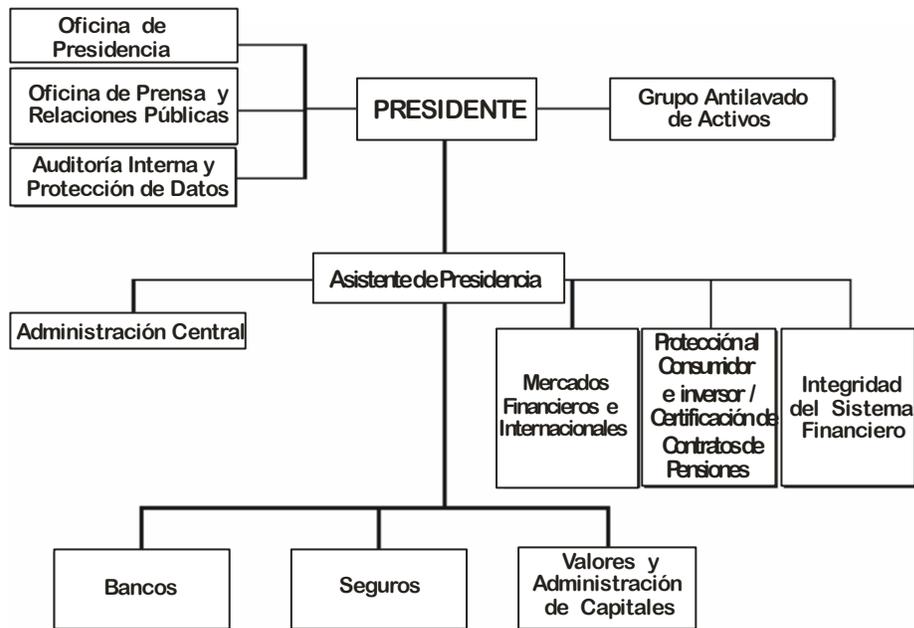
BaFin es dirigida por un Presidente y un Presidente alterno o Sub-director general, con el respaldo de tres diferentes Directores Ejecutivos que encabezan a su vez la tres áreas de dirección para la supervisión de cada sector en particular: Bancario, Asegurador y de Valores. Esta subdivisión corresponde en gran medida (aunque no del todo) al campo de jurisdicción de las antiguas agencias de supervisión. Al área de la Supervisión Bancaria, como ya se mencionó, se le han otorgado plenos poderes de regulación con el objetivo principal de supervisar los grados de

¹¹⁶ Ver, sitio web de la Agencia Federal para la Supervisión de Servicios Financieros (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin): >http://www.bafin.de/index_e.htm<, visitado en Junio de 2006.

¹¹⁷ *Ibíd.*

solvencia de las instituciones de crédito. Mientras tanto, el sector de la Supervisión del sector Asegurador es el responsable de velar por las empresas aseguradoras en términos de solvencia y de conformidad con los requerimientos legales. Finalmente, en lo que se refiere al área de valores y de administración de capitales, lo que se persigue es la regulación eficaz del mercado respectivo en concordancia con la Ley General de Valores (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) y la Ley General de Adquisición y Propiedad de Valores (Wertpapiererwerbs und Übernahmegesetz – WpÜG).

De esta manera, se pretende que mediante la articulación de los tres pilares antes mencionados se puedan salvaguardar las peculiaridades inherentes a cada sector diferenciado.



FUENTE: Schûler Martin, “Integrated Financial Supervision in Germany”, Discussion Paper Nro.04-35, Centre for European Economic Research (ZEW – Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH), Mannheim, Mayo de 2004.

Como se puede observar en el esquema, para maximizar las sinergias y enfrentar los desafíos que afectan por igual a todos los segmentos del mercado, fueron creados asimismo tres departamentos de naturaleza intersectorial, a saber:

- Departamento Internacional y de Mercados Financieros: Se encarga de la supervisión relativa a los Conglomerados Financieros, reportando y divulgando la información de los estados financieros reportados por la banca y las empresas aseguradoras. En dicho sentido, desde el frente supervisor también se encarga de los asuntos relacionados con los mercados financieros nacionales e internacionales. Adicionalmente, dentro

de las funciones que cumple este departamento se encuentra todo lo concerniente a la cooperación de la Agencia con los comités de supervisión internacional, tales como el Comité de Basilea y otros más a nivel europeo.

- Departamento de Protección al Consumidor e Inversor y de Certificación de Contratos de Pensiones: Coordina los asuntos fundamentales de protección al consumidor, así como otras cuestiones específicas de quejas en general que se relacionen con los bancos y las instituciones financieras y aseguradoras. Asimismo, este departamento se encarga de la certificación de los contratos de pensiones y estrategias o planes de retiro voluntario.
- Departamento de Integridad del Sistema Financiero: Coordina lo referente a cuestiones diversas de carácter legal relacionadas con el ejercicio ilegal de la actividad bancaria o de servicios financieros, así como las debidas prácticas en el sector asegurador.

El núcleo diferenciado de los tres directorios, los departamentos intersectoriales y la Unidad Central de Administración (la cuál es responsable también del personal, la organización, los asuntos de tecnología de la información y del presupuesto) se encuentran subordinados y deben reportar todo al Presidente alterno o Subdirector.

Ahora bien, existen cuatro diferentes unidades que se encuentran vinculadas directamente a la figura del Presidente, a saber: La Oficina del Presidente, Relaciones Públicas y Manejo de Información Interna, La Unidad de Protección de Datos y Auditoría Interna y finalmente el Grupo de Lavado de Activos.

Para finales del 2002, existían 1277 puestos de trabajo en la BaFin, de los cuáles, 468 correspondían a posiciones en el nivel ejecutivo, 464 a cargos senior de

administración, 284 eran puestos de nivel medio y 60 más pertenecían al nivel junior de servicio público¹¹⁸.

b.3. Funciones y Facultades generales de la BaFin

Actualmente, las funciones generales de la BaFin se encuentran consagradas en la Sección Cuarta de la Parte Segunda de la Ley General de Valores (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG), gracias a la enmienda aprobada por el Parlamento Federal para la reforma al sistema de supervisión financiera.

Dicho lo anterior, y como ya se ha mencionado, las funciones de la actual agencia tienen su origen en la fusión de las antiguas agencias de supervisión, debido a lo cual se encuentran todas reunidas bajo una agencia única de regulación que supervisa a los bancos, a las instituciones de servicios financieros y a las empresas aseguradoras a través de todo el mercado financiero. Bajo la nueva estructura, BaFin solo otorga licencias para la prestación de servicios financieros cuando una institución puede probar que es apta para cumplir con los estándares de regulación relativos al capital adecuado, organización y personal. BaFin también asegura la estabilidad del mercado supervisando la cabal conducción del mercado de valores en concordancia con la normatividad referida al lavado de activos.

En general, el enfoque de BaFin está encaminado a persuadir una política de supervisión que involucre todos aquellos aspectos claves de protección al consumidor y adecuados índices de solvencia. En cumplimiento de dichos objetivos, BaFin ha sido estructurada legalmente con amplios poderes, los cuales

¹¹⁸ Ibid.

pueden ser utilizados para contrarrestar el surgimiento de prácticas indeseables dentro de los servicios bancarios y financieros. Dichos poderes incluyen el derecho a requerir información relacionada con su negocio a las instituciones de crédito, y, en casos de prácticas ilegales del mismo, puede hasta rechazar o revocar la licencia de dichas instituciones. Igualmente, BaFin puede utilizar una gran variedad de facultades de investigación para entrar e inspeccionar ciertos asuntos de las instituciones financieras; inclusive, bajo ciertas circunstancias, la BaFin puede consultar documentos específicos y otras cuestiones relacionadas de tal forma que, de encontrar evidencia importante, puede asegurar su posesión sobre la misma.

En dicho sentido, es necesario enfatizar que BaFin coopera muy de cerca con las Agencias Públicas encargadas de combatir los delitos financieros, dentro de los cuales se encuentran ciertas prácticas injustas enmarcadas en la línea de manipulación del mercado y de los precios de las acciones. Sin embargo, es únicamente el ente público acusador quién tiene la autorización legal para iniciar cualquier procedimiento formal relacionado con el levantamiento de cargos criminales. En cualquier caso, BaFin tiene el derecho de denunciar e imponer multas administrativas cuando existan contravenciones a las normas vigentes¹¹⁹.

3.1.3.3. En cuanto a los Conglomerados Financieros

En el caso particular de Alemania, la BaFin debe ser la responsable de determinar con certeza cuando un grupo con una creciente actividad intersectorial puede ser considerado como un Conglomerado Financiero según lo estipulado en la “Ley de Bancos” o en la normatividad del sector asegurador. Generalmente, las

¹¹⁹ MWENDA , Kenneth K., Legal Aspects of Unified Financial Services Supervision in Germany, En: German Law Journal Vol. 4 No. 10 - 1 October 2003.

valoraciones que hace la BaFin en estos casos están fundamentadas en las cuentas anuales del año financiero que reportan todas las entidades vigiladas. Paralelamente, además de los procesos existentes a nivel nacional para determinar cuando ciertas unidades se convierten en “Conglomerados Financieros”, actualmente existe una constante coordinación entre las diversas autoridades de la zona euro para alcanzar una homogeneización plena, que permita identificar de la misma manera las operaciones intersectoriales realizadas por los conglomerados financieros a nivel europeo¹²⁰.

3.1.3.3.1. Los Conglomerados Financieros desde la órbita de la Supervisión en Europa: Una normatividad en plena gestación

Tal y como lo hemos venido describiendo a lo largo del presente trabajo, en los últimos años la cuestión de la supervisión de los Conglomerados Financieros ha venido siendo objeto de una notable discusión doctrinaria en la literatura especializada. El objetivo, por supuesto, debe ser la cabal neutralización del riesgo generado por los varios tipos de negocios y su cada vez mas estrecha conexión entre los diversos sectores, lo cual contribuye a la creación de una particular estructura de riesgo asociada con los grupos financieros activos a través de los distintos sectores. Desde la década de 1.990, ya el Bundesbank había propuesto la consolidación de la banca-aseguradora para evitar el advenimiento de mayores riesgos y asegurar una adecuada capitalización.

¹²⁰ Es de anotar que los Conglomerados Financieros que son identificados como tales, deben reportar sus actividades ante la Comisión Europea, en el marco de la normatividad existente en la eurozona sobre la “Regulación Prudencial Adicional”, la cuál por supuesto, se refiere especialmente a los Conglomerados.

La reacción institucional a la desaparición de las fronteras intersectoriales en muchos países, fue entonces, al igual que en Alemania, la creación de una autoridad unificada de supervisión. Fue así que a nivel internacional se creó en el año de 1.996 el denominado “Joint Forum on Financial Conglomerates”, radicado en la ciudad de Basilea (Suiza). Dicho foro está compuesto por diversas organizaciones especializadas en el asunto de la supervisión bancaria, tales como el propio Comité de Basilea para la supervisión bancaria (BCBS por sus siglas en inglés), entre varios otros. Es así que luego de un extenso proceso consultivo, el mencionado foro logró publicar en 1.999 diversos documentos relativos a la supervisión de Conglomerados Financieros, los cuáles fueron reunidos a manera de compendio en el 2.001¹²¹.

De esta forma, de acuerdo a lo recomendado por el “Joint Forum”, dichos documentos comenzaron a delinear la estructura que terminarían adoptando la mayoría de autoridades nacionales para la supervisión de los Conglomerados Financieros. Se armonizaron entonces normas relativas a la propiedad, al capital adecuado, a las operaciones intra-grupo y a la concentración del riesgo resultante de las actividades de negocios en diversos sectores llevadas a cabo por los conglomerados.

Dicho trabajo complejo realizado desde Basilea, y complementado por un grupo técnico conformado por expertos de todos los sectores designados por la Comisión Europea, fue la base para que en Abril de 2.001 se propusiera una directiva relativa a los Conglomerados Financieros, la cuál fue adoptada el 16 de Diciembre de 2.002 como la “Directiva de la Comisión Europea Nro. 87 de

¹²¹ Los mencionados documentos pueden ser consultados en la web, a saber: www.bis.org y www.iaisweb.org

2002”¹²², integrada al orden jurídico alemán desde Enero 1 de 2.005 mediante la especial “Ley para la implementación de la Directiva Europea sobre Conglomerados Financieros”¹²³.

Es evidente pues que las normas existentes sobre Conglomerados Financieros intentan cerrar la brecha actual que se da en la regulación de los diversos sectores, dado que el marco regulatorio dirigido a cada sector en particular es frecuentemente insuficiente para la supervisión adecuada de los grupos que son activos intersectorialmente. Por eso, solo con un enfoque integrado es viable la concepción de una supervisión adicional eficaz. Así, a nivel de todo el Conglomerado es factible atender mejor las situaciones de solvencia, y al mismo tiempo, la concentración de riesgo y las operaciones intra-grupo pueden ser monitoreadas.

Por eso, mediante dicha directiva general, se alcanzaron ciertos ajustes mínimos necesarios para la regulación del sector financiero en su totalidad, previniendo también las arbitrariedades a nivel de la supervisión que antes se daban en razón a los requerimientos de cada sector y las necesidades de los Conglomerados Financieros. En cualquier caso, la directiva arriba mencionada fue apenas el primer paso de una armonización normativa completa que deberá permitir la evolución de la industria de prestación de los servicios financieros, no solo a nivel europeo, sino sobre todo a nivel global.

¹²² Directiva 2002/87/EC del Parlamento Europeo y el Consejo para la Supervisión Adicional de las Instituciones de Crédito, Empresas de Seguros y Firms de Inversión que hagan parte de un Conglomerado Financiero.

¹²³ En alemán, Finanzkonglomeraterichlinie-Umsetzungsgesetz.

3.2. LA REGULACIÓN FINANCIERA EN COLOMBIA

Una economía globalizada, caracterizada por mercados y actividades financieras de gran innovación tecnológica y uso intensivo de la información, puede ofrecer enormes potenciales de rentabilidad, pero también grandes retos en la asunción de riesgos, y por lo tanto en la supervisión y regulación del mercado.

En nuestro país, el reto que se debe afrontar está relacionado con el enfoque y el esquema de autorregulación que se va a implementar siguiendo el marco otorgado por la recientemente aprobada Ley 964, norma que contempla la autorregulación para la totalidad el mercado. En lo referente al enfoque, existen dos opciones: la autorregulación del agente y la del mercado. La primera es de carácter preventivo, orientada hacia el profesionalismo de los agentes del mercado; mientras que la segunda es de carácter correctivo, dirigida hacia las buenas prácticas de mercado y cumple con una función normativa coordinada con los agentes y el regulador. Ahora bien, internacionalmente, en las experiencias de países que cuentan con varios o un solo órgano autorregulador, el primer esquema tendría como ventaja el alto nivel de especialización, pero puede generar arbitrajes regulatorios y conflictos de intereses. Por el contrario, la presencia de uno solo reduce las posibilidades de arbitraje y conflictos de interés, que pierden la ventaja de la especialización.

Dado lo anterior, el modelo de autorregulación que se pretende implementar en Colombia deberá tener en cuenta la experiencia internacional, las opiniones académicas, de los actores del sistema y, sobre todo, la estructura particular de nuestro sistema financiero; cuya historia, características y evolución normativa hasta la actualidad veremos con detalle a continuación.

3.2.1. Evolución de la supervisión financiera en Colombia

3.2.1.1. Generalidades

La regulación y supervisión de bancos en Colombia se asumió en nuestro orden de derecho económico como una institución de carácter fiscal, en el sentido de depender directamente del ejecutivo, a diferencia de otras naciones como muchas anglosajonas, donde la supervisión bancaria se ha manejado tradicionalmente dependiente de la institución de banca central de emisión, cuando no es gobernada por el Derecho Privado¹²⁴.

En Colombia, el Ministro de Hacienda es, por mandato de la ley orgánica de su cartera, el director y coordinador de la política económica, responsable además, de la política de supervisión de bancos, poseyendo así, de esta manera, una estructuración y naturaleza normativa muy cercana a la que tienen entidades análogas en Alemania y otros países de la Europa continental.

La Superintendencia Financiera de Colombia es pues, una entidad oficial de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se encarga de ejercer el control y de regular al sector financiero en el país. Las responsabilidades institucionales de la Superfinanciera son similares y comunes a las demás superintendencias del mundo. Esas responsabilidades pueden resumirse en asegurar que la gestión y el giro de los negocios de las entidades sometidas a su vigilancia se desarrollen en condiciones de solvencia patrimonial,

¹²⁴ LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando, y Otro. Estrategias de Regulación Financiera. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. p. 68.

liquidez, seguridad y transparencia, para proteger el interés público y asegurar la confianza de los ciudadanos en el sistema financiero nacional¹²⁵.

3.2.1.2. Antes de 1.923

Aunque inmediatamente después de haberse conformado la Gran Colombia, al dictarse la Constitución de Cúcuta de 1.821 se le había atribuido al Congreso el encargo relacionado con la creación de un Banco Central, dicho menester no se cumplió cabalmente sino muchos años después. Mientras tanto, sin que existiera un sistema real de intermediación, un mercado financiero en la Colombia del siglo 19 era casi inexistente, a pesar de que en la literatura económica se menciona la experiencia de ciudadanos particulares como Judas Tadeo Landínez, quien desarrolló un lucrativo negocio recogiendo dinero del público y prestando al interés durante algunos años, llegando a ser incluso un importante terrateniente e inversor en la industria manufacturera que, finalmente, quiebra al no poder controlar la inflación producida por la emisión artificial de la que él mismo disponía. Por supuesto, sus acreedores exigieron garantías y pidieron la devolución de sus créditos, lo que evidentemente generó una reacción en cadena que se convertiría en la primera crisis de pánico “financiero” de la que se tenga noticia¹²⁶.

No fue sino hasta la ley 27 de 1.864, en la mas federal de nuestras épocas republicanas, cuando el Congreso de los Estados Unidos de Colombia autorizó al poder ejecutivo para que concediera el “privilegio de emisión” a un grupo de

¹²⁵ Dicha confianza, tan esencial para el funcionamiento del mercado, se ha visto seriamente afectada no en pocas ocasiones mientras se desarrollaba a cabalidad un sistema financiero en Colombia: Desde la crisis originada por el señor Judas Tadeo Landínez, pasando por la quiebra del Banco López y las crisis financieras de los 80´s y finales de siglo.

¹²⁶ LANK GUTIERREZ Nayibe La Banca Colombiana actual a partir de la crisis financiera de 1.982. Bogotá 1.999. Tesis de Grado (Abogada). Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

banqueros ingleses, cuyas facultades se delimitaron claramente con la ley 35 de 1.865 de la siguiente manera:

“Artículo 1ero.: Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder al Banco establecido en esta ciudad, o los que en adelante se establezcan en la República hasta por veinte años, contados desde la fecha de este decreto, las siguientes exenciones y derechos, bajo las condiciones establecidas por esta ley;

- 1. De emitir billetes al portador admisibles como dinero en pago de los impuestos y derechos nacionales y en general a todos los negocios propios del gobierno nacional, obligándose éste a distribuirlos también a la par.*

Artículo 2do.: Para la concesión de las anteriores exenciones y derechos, los bancos deberán someterse a las condiciones siguientes:

- 1. A no mantener en circulación un valor en billete al portador, superior al doble de los fondos mantenidos en caja.*
- 2. A que el Poder Ejecutivo pueda cerciorarse (...) por medio de un comisionado, de que los bancos mantienen en caja una cantidad propia en metálico igual a la mitad de los billetes que haya en circulación.*
- 3. A que toda controversia o litigio que pueda suscitarse respecto de los derechos y obligaciones de los bancos o sucursales, sea decidida únicamente por los tribunales y juzgados de la Unión de los Estados, en su caso, con arreglo a las leyes del país y sin intervención de ningún poder o autoridad extranjera.*
- 4. A convertir en dinero al portador, en el acto en que éste lo solicite, siendo en las horas de despacho, los billetes que estén en circulación, siempre que se presente en la oficina que los emitió”¹²⁷.*

¹²⁷ *Ibíd.*

Sin embargo, el volumen de negocios en el naciente país era insuficiente, y la posibilidad de que se configurara un mercado financiero organizado se perdió debido al caos socio-económico y la inestabilidad política de una época recordada por el auge de varias guerras civiles a lo largo del territorio nacional.

Así las cosas, el Congreso de la Unión en 1.871 reacciona ante el caos monetario y expide la Ley 79 de ese año, con la que se restringe la libre acuñación de moneda metálica, adaptándose así el “peso oro” como nuevo patrón de moneda corriente¹²⁸.

Pero no fue sino hasta 1.880 que se concretaría la idea de poseer un banco nacional. Es así que la “Regeneración” de Rafael Núñez alcanza el ámbito monetario y económico nacional, instaurando consigo el proteccionismo y retomando la emisión de circulante como privilegio de soberanía; todo lo cual iba en contra de las corrientes liberales económicas a ultranza imperantes en el apogeo comercial de la era “victoriana”. Se ordena pues, mediante la Ley 39 de 1.880 la creación del Banco Nacional, aunque se permitió de forma restringida el derecho de emisión al algunos bancos particulares¹²⁹.

En 1.886, al concretarse la Constitución de la nueva República Unitaria, Nuñez expide el decreto 104, mediante el cual se consagró el régimen de papel moneda ordenando emitir billetes de un peso que en adelante sería el patrón monetario para todos los efectos legales, eliminando de esta forma el patrón oro de nuestra economía. Se dispuso que todos los billetes del Banco Nacional se admitieran como equivalentes a monedas metálicas en todas las transacciones comerciales oficiales y particulares, considerando como medida saludable que el tope de las emisiones era la cifra que daba de multiplicar las rentas públicas por tres; lo cuál, sin embargo, no se cumplió. Esto generó una corriente inflacionaria que acabó por

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

aumentar la desconfianza que el público tenía en el curso forzoso de billetes que emitía¹³⁰.

De esta manera, con la Ley 70 de 1.884 se ordena la liquidación del Banco Nacional a pesar de que en su nombre se siguieron haciendo emisiones por algunos años más¹³¹. Mas tarde, con el estallido de la “Guerra de los 1000 días”, la emisión vuelve a estar fuera de control hasta que, al acabar la guerra, mediante el Decreto 217 de 1.913 se ordena entregar las planchas matrices a una junta de notables¹³².

Durante el gobierno del General Rafael Reyes se dicta la Ley 59 de 1.905, en uno de varios intentos por estabilizar la situación económica. De cualquier modo, la experiencia de emisión en Colombia fue siempre tan negativa, que se llegó a elevar al orden constitucional la prohibición de toda nueva emisión de papel moneda de curso forzoso mediante el Acto Legislativo Nro. 3 de 1.910¹³³, reconociéndose así las graves perturbaciones monetarias que este tipo de circulante, sin respaldo alguno, y altamente falsificado, había causado particularmente cuando se acudió a ese sistema para financiar la “Guerra de los 1.000 días. En su lugar se emitieron “cédulas de tesorería”, en 1.919, con las cuales el Ministro del Tesoro superó la crisis fiscal del momento al entregarlas como parte de pago de deudas y obligaciones a cargo del erario¹³⁴.

Luego, sin haberse recuperado del todo, el aparato productivo nacional aún luchaba por superar la estructura económica regional y de guerra imperante hasta entonces. Pero el impacto de la Primera Guerra Mundial, aunque leve, afectó el incipiente sector externo elevando consigo las tasas de interés. De hecho, una de

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, y otro. Estrategias de Regulación Financiera. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. p. 74

las principales casas financieras nacionales con sede en Medellín¹³⁵, tuvo que suspender sus pagos en 1.920 después de haberse consolidado como un actor importante dentro del desarrollo financiero del país, abriendo incluso una sociedad financiera en Nueva York. Al darse su quiebra, retornó la desconfianza de antaño y la confusión volvió a apoderarse del público¹³⁶. Este caso se suma al del conocido Banco López, el cual había sido fundado en 1.919 y rescatado en más de una ocasión por diferentes instituciones financieras extranjeras, haciendo que el público retirara su dinero del banco luego de que el propio gobierno colombiano retirara los fondos que allí tenía¹³⁷.

Sin embargo, fue en ese mismo año que se expidió lo que sería un antecedente fundamental de la regulación financiera en Colombia: La Ley 51 de 1.918, con la cual el legislador autorizó al gobierno para vigilar e inspeccionar la actividad bancaria y dispuso que ese tipo de establecimientos se rigiera por lo previsto en el Código de Comercio¹³⁸. Cuatro años más tarde en 1.922, bajo el gobierno del presidente Pedro Nel Ospina se dictara la Ley 60, autorizando a un grupo de expertos con el fin de organizar monetaria y financieramente el país. Es el nacimiento pues, de la famosa Misión Kemmerer y consigo, de una nueva historia para la economía y el sistema financiero nacional con la creación de la Superintendencia Bancaria como organismo de inspección, control y vigilancia de la industria bancaria y aseguradora.

3.2.1.3 Desde la Ley de Bancos de 1.923 hasta la Crisis de los 80's

¹³⁵ Su nombre era la Casa Financiera Vásquez Correa.

¹³⁶ LANK GUTIERREZ Nayibe. La Banca Colombiana actual a partir de la crisis financiera de 1.982, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1.999.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ LOPEZ GARAVITO, Op. Cit.. Pág:

3.2.1.3.1. La Ley de Bancos de 1.923 y el nacimiento de la Superintendencia Bancaria de Colombia

1.923 podría ser calificado como un año histórico para las instituciones de nuestro país. Y es que las reformas legislativas realizadas en Colombia durante 1.923 permitieron la configuración de una estructura institucional propicia para el crecimiento y desarrollo de diversos sectores de la economía nacional¹³⁹. De esta forma, la Ley 45 del 19 de Julio de 1.923 se convirtió en la primera normativa exitosa en el propósito de establecer una regulación para la operación de la actividad bancaria, mucho más integral que cualquier norma prevista anteriormente en el país.

Particularmente, fue el artículo 19 de la Ley 45 de 1.923 el que le dio vida a la Superintendencia Bancaria de Colombia. Sin embargo, la misión conformada por cinco expertos contratados por un “futuro” Presidente de la República, y dirigidos por el profesor Edwin Walter Kemmerer, logró concluir en algunos meses los borradores de los proyectos de ley que concluyeron con la creación no sólo de la Superbancaria, sino también del Banco de la República y la Contraloría General de la República¹⁴⁰.

¹³⁹ Al respecto, sostuvo el profesor Luis Fernando López Garavito: *“El origen de buena parte de estas reformas institucionales se debió al interés del entonces Presidente de la República, Pedro Nel Ospina, quién personalmente instruyó a su ministro plenipotenciario en Washington, Enrique Olaya Herrera, para que contratara una Misión de Consejeros Financieros que asesoraran al gobierno en la aplicación de cambios legislativos fundamentales para el progreso nacional en los ramos de la banca, la hacienda y la emisión monetaria (...)”*. Tomado de “Una visión del desarrollo institucional de la superintendencia bancaria de Colombia 1.923 – 2.003”, con ocasión de sus 80 años. Artículo publicado en la página Web de la entidad: www.superfinanciera.gov.co, visitada en Febrero de 2.006.

¹⁴⁰ En 1.927, el Profesor Kemmerer se refirió en los siguientes términos a la estructura jurídico-normativa cuya creación él mismo había liderado, dejando claro que en toda agencia pública de esencia técnica, lo mas importante es la idoneidad de los funcionarios públicos que la conforman: *“(...) Excelente cosa es una buena ley, lo mismo que una buena máquina administrativa; pero ambas resultarán sin valor si no hay hombres de grandes capacidades encargados de ejecutarlas”*.

Ahora bien, cabe destacar que junto con la creación de la Superintendencia Bancaria, los establecimientos bancarios adoptaron una nueva estructura, mediante la creación de las denominadas “secciones”. De esta manera, existía una especie de banca universal en donde a los bancos comerciales se les permitía captar del público y prestar esos fondos con sus propios capitales a plazos menores de un año. No se contaba entonces con la posibilidad de realizar operaciones crediticias de mediano y largo plazo, propias de la banca de inversión y comercial. Asimismo, la ley exigía para todo el sistema establecer un fondo de reserva aportado por los accionistas o por las utilidades del ejercicio, cuyo mínimo no podía ser inferior al 20% del capital autorizado para cada entidad¹⁴¹.

Era fundamental entonces, la ley buscaba prohibir algunos aspectos que habían impedido con anterioridad que la industria bancaria se consolidara en Colombia. Así, la ley impedía que los bancos comprometieran sus capitales y los depósitos del público en negocios de largo plazo, inmovilizando su cartera para responder por las acreencias derivadas de sus captaciones. Asimismo, se impedía la fusión de empresas industriales o comerciales con la actividad bancaria o que los bancos realizaran inversiones en propiedades inmuebles diferentes a las necesarias para el giro normal de sus negocios¹⁴².

Mas tarde, en 1.924 se sometió a la vigilancia de la Superbancaria a todas aquellas entidades que recibían en depósito pequeñas cantidades de ahorros de la clase trabajadora, haciéndole pequeños préstamos con prenda sobre salarios y jornales¹⁴³. En ese sentido, se dispuso también que todas las sociedades dedicadas al negocio de los seguros fueran sometidas a la órbita de vigilancia de la Superbancaria.

Dada la cantidad de propuestas para someter a su vigilancia y control a diversos tipos de entidades que no correspondían a la naturaleza técnica para la cual fue

¹⁴¹ LOPEZ GARAVITO, Op. Cit. p. 84.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ Artículo 52 de la Ley 68 de 1.924.

creada, fue la propia Superintendencia Bancaria quien, una vez propuesta para vigilar a las sociedades anónimas, se encargó de elaborar en 1.929, a instancias del Senado de la República, una propuesta para que, adscrita al Ministerio de Industrias, se estableciera una nueva superintendencia encargada de vigilar todas las sociedades del sector real, lo que al final se convertiría en la Ley 58 de 1.931¹⁴⁴, mediante la cual se creó la Superintendencia de Sociedades, como segunda institución de regulación y control de la economía colombiana.

3.2.1.3.2. La institucionalización financiera

Desde comienzos de la década de 1.930, Colombia experimentó una serie de fenómenos adversos a nivel externo que sin embargo, no tuvieron un efecto tan considerable sobre la estabilidad financiera nacional. Balanza de pagos deficitaria, caída de las reservas del Banco Emisor, baja de los depósitos del público en los bancos comerciales y un mayor déficit fiscal de la nación¹⁴⁵ fueron algunos factores a pesar de los cuales, el sistema bancario logró mantenerse estable cumpliendo con los requisitos de solvencia que la ley bancaria de la época determinaba. Al respecto, el Profesor Luis Fernando López Garavito sostiene lo siguiente:

“(...) Una de las primeras referencias históricas a la conocida relación de solvencia (capital o patrimonio técnico sobre activos ponderados por riesgo) la expresó el Superintendente Bancario, también en este año 1930, cuando manifestó que un índice para apreciar la solidez del sistema bancario lo constituía la relación capital sobre activos, relación que consideraba holgada y suficiente en Colombia y que

¹⁴⁴ Tomado de “Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia 1.923 – 2.003”, con ocasión sus 80 años. Artículo publicado en la página Web de la entidad: www.superfinanciera.gov.co, visitada en Febrero de 2.006.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

*para el momento era igual a 29.24% en bancos nacionales y 18.65% en bancos extranjeros (...)*¹⁴⁶.

Mas adelante, hacia 1.939 Colombia vivió un verdadero auge del negocio financiero de estructura pública. La explicación de este proceso se encuentra en las operaciones crediticias de la banca comercial colombiana de la época, caracterizada por realizar sus colocaciones a corto plazo. De hecho, el Superintendente Bancario de la época, Juan Pablo Manotas, se manifestó al respecto de la siguiente manera:

*"No obstante las normas de prudencia y seguridad observadas por los establecimientos bancarios en el manejo de sus negocios, no puede decirse con justicia que en el lapso que comento [1939] haya padecido el crédito contracción alguna. Es claro que dentro de su índole peculiar, los bancos comerciales no puedan por sí solos satisfacer las necesidades crediticias de la agricultura y de la industria, ramas de la producción que natural mente están sujetas a procesos de larga duración, y que por lo mismo, no sacan provecho eficaz de préstamos cuyos vencimientos no den ese mismo amplio margen de espera"*¹⁴⁷.

El gobierno estableció entonces, como banca de fomento para el desarrollo de créditos de largo plazo a favor de la agricultura y la industria a la Caja Agraria y al Banco Central Hipotecario. Asimismo, mediante el Decreto 200 de 1.939 se creó el Instituto de Crédito Territorial, cuyas acciones compró el gobierno nacional, los

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. p. 86.

departamentos, municipios y bancos vigilados. Lo anterior, buscando facilitar el acceso al crédito de vivienda a la población rural. En dicho marco, en su informe ordinario el Superintendente Bancario explicaba en 1.940, mediante algunos datos estadísticos, que la nueva política crediticia se fundamentaba en tres pilares:

4. DESCENTRALIZACIÓN

- Llevar a la mayoría de municipios del país los servicios bancarios.
- Se pasó de 64 establecimientos bancarios existentes en 1924 a 257 en 1940, incluyendo las seccionales.
- 89 ciudades contaban con servicios bancarios completos en 1940.
- En 1940 la Caja Agraria tenía seccionales en 230 municipios.

5. DEMOCRATIZACIÓN

- Crecimiento de las operaciones bancarias.
- Mayor número de clientes atendidos.
- La Caja Agraria realizaba operaciones de crédito de baja cuantía (38.910 préstamos en 1940) permitiendo deducir que los servicios financieros estaban al alcance del público en general.
- En 1940 el sistema contaba con 142.989 depositantes por concepto de ahorros, recursos que venían creciendo sostenidamente después del año 1932.

6. REDUCCIÓN DE COSTOS

- El interés corriente en 1940 se ubicaba en un 7% anual.

- Comparativamente, antes de 1923 en las ciudades principales era del 15% anual, en tanto que en las zonas rurales llegaba al 30 y 40%¹⁴⁸.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Superintendencia Bancaria de Colombia inició una nueva etapa. La creación de los nuevos entes multilaterales de crédito que siguió a la fundación de la ONU otorgó un nuevo marco para las relaciones económicas internacionales y para las políticas financieras a nivel global.

Es así que poco después de instaurado el Frente Nacional, al comenzar la década de los 60's bajo el gobierno del Presidente Lleras Camargo, el país inició un nuevo proceso de reformas que le dieron gran prioridad a la capacidad y gestión técnica de los entes públicos, mientras que el contexto interno y externo se convulsionaba con el triunfo de la revolución cubana y el apogeo de la guerra fría. Mientras tanto, las políticas públicas relacionadas con la regulación financiera se adoptaban a una época en la que reinaba el intervencionismo estatal como alternativa para el desarrollo latinoamericano. De hecho, 1.961 permitió la consolidación de las más importantes realizaciones esperadas por varios años en el frente de supervisión y control del sistema financiero nacional, entre las cuales se destacaron las siguientes:

- *En cuanto al examen de inspección de bancos:* Se agilizaron los procesos de supervisión in situ estableciendo un nuevo formato de análisis sobre las distintas secciones, cuentas y operaciones del sector vigilado.

¹⁴⁸ Fuente: "Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia 1.923 – 2.003", con ocasión sus 80 años. Artículo publicado en la página Web de la entidad: www.superfinanciera.gov.co, visitada en Febrero de 2.006.

- *En cuanto una nueva regulación económica financiera:* Se expidió el Decreto 2369 de 1.960 sobre corporaciones financieras, definiendo a las corporaciones financieras como establecimientos de crédito y otorgándoles facultades para otorgar financiación de mediano y largo plazo; promoviendo así la creación, reorganización y transformación de empresas. Igualmente, en ese mismo año se expidieron los Decretos Legislativos 2968 y 2969, autorizando la operación de los fondos mutuos de inversión en las empresas para que los trabajadores mantuvieran parte de sus ajustes salariales en ahorro productivo; y estableciendo un nuevo capital mínimo de funcionamiento para las sociedades capitalizadoras¹⁴⁹.

3.2.1.3.3. La “colombianización”¹⁵⁰ de la banca y otras medidas

Con la llegada de Alfonso López Michelsen a la Presidencia de la República, siguiendo con las corrientes de política económica en voga del momento, se consideró necesario que ciertos sectores estratégicos de la economía nacional estuvieran en manos nacionales. En dicho marco, desde el ejecutivo se creó un programa para transformar en empresas de economía mixta a los establecimientos de crédito que fueran sucursales de bancos extranjeros o que poseyeran un capital extranjero que alcanzara el 50%¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Para explicar mas claramente las causas que originaron dicho proceso de nacionalización, los profesores López Garavito y López Angarita, afirman en su obra lo siguiente: *“La figura jurídica de nacionalización de intermediarios financieros surgió como una necesidad originada por la crisis en la que la Superintendencia Bancaria de Colombia identificó actividades especulativas para adquirir el control de varias instituciones financieras, la concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, conductas dolosas para burlar los límites legales, prácticas destinadas a burlar responsabilidades fiscales y otras formas de abuso del derecho de propiedad”*. Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando. “Estrategias de Regulación Financiera”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004.

¹⁵¹ Fue así que de los seis bancos extranjeros que operaban en Colombia, cinco firmaron el convenio para acogerse a la mencionada norma (Ley 55 de 1.975 sobre nacionalización de la banca). Fuente: “Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia 1.923 – 2.003”, con

Pero ya desde 1.974, mediante el *Decreto 1730* se había iniciado un nuevo ciclo de cambios en el sistema financiero. Dicha norma dispuso que tanto los bancos comerciales, como las Cajas Colombiana y Social de Ahorros, reconocerían un interés sobre saldos mínimos trimestrales de depósitos de ahorros no superior al 12% anual. Igualmente, cambios adicionales fueron introducidos mediante otras disposiciones como las de la *Ley 5 de 1.973*, en la cuál se incluyó una inversión forzosa que estimuló la capitalización del sector agropecuario mediante la emisión de títulos de crédito de fomento agropecuario y, finalmente, con la propia expedición del *Código de Comercio*¹⁵², en el que se estipularon ciertos negocios jurídicos que sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas podían desarrollar en su particular calidad frente a la ley.

Por otro lado, en la misma década se buscaban nuevas medidas que pretendían una mayor bancarización nacional y profundización financiera regional. Al respecto, el Superintendente Bancario de la época y hoy ex ministro de Hacienda, Juan Camilo Restrepo Salazar, recomendaba lo siguiente:

“(...) Aunque las pequeñas oficinas en la zona rural no tiene usualmente la rentabilidad que muestran las oficinas de los grandes sectores urbanos, es evidente que la zona rural del país debe tener y mantener el servicio bancario que es uno de los pilares de su actividad comercial y económica. Por esta razón me parece que valdría la pena reflexionar cuidadosamente sobre las ventajas que tendría implantar en Colombia un mecanismo como el que existe en otros países, según el cual, para poder aspirar a una licencia de

ocasión sus 80 años. Artículo publicado en la página Web de la entidad: www.superfinanciera.gov.co, visitada en Febrero de 2.006.

¹⁵² Decreto Extraordinario 410 de 1.971.

*funcionamiento para una oficina en alguna de las grandes ciudades es requisito presentar al mismo tiempo el proyecto de apertura de una oficina en el sector rural. De esta manera se iría relevando, a la Caja Agraria fundamentalmente, de la responsabilidad de atender, muchas veces con exclusividad, el servicio bancario en infinidad de pequeños municipios (...)*¹⁵³.

3.2.1.3.4. La Crisis del 82

Durante la administración del Presidente Betancurt, luego de un cuatrenio de robusto crecimiento durante el gobierno de López Michelsen, Colombia enfrentaba grandes nubarrones en el horizonte económico, y el sistema financiero no era la excepción. En junio de 1.982, el ex gerente del Banco de la República, Germán Botero Ríos, fue designado como Superintendente Bancario. Los profesores López Garavito y López Angarita, en la citada obra sobre estrategias de regulación financiera, nos remiten al informe de labores de 1.982-83, de donde rescatamos lo siguiente:

“En el marco de tan difícil periodo, las diversas medidas adoptadas por la entidad y su participación directa en la decisión de otras, tuvieron como sólo objetivo devolver a las instituciones financieras los principios que inspiran su creación y la confianza de los ahorradores en ellas (...) Debido a la difícil situación por la que atravesó el sector financiero durante el segundo semestre (de 1982), la Junta Monetaria procedió a

¹⁵³ LÓPEZ GARAVITO, Op.Cit. p. 89.

dictar (...) un conjunto de medidas tendientes a procurar que el sistema bancario volviera a sus cauces normales mediante normas (...) para aliviar la situación existente fueron expedidas circulares que reglamentaron el requisito de inversión de que trata la Ley 21 de 1.963, la supresión del encaje marginal, y , por último, el método para el encaje sobre depósitos de ahorro representados en bonos de vivienda popular del Instituto de Crédito Territorial”¹⁵⁴.

Así pues, en dicho período la Superintendencia tuvo que intervenir 19 sociedades financieras en total¹⁵⁵, por lo que el gobierno se vio obligado a declarar la “emergencia económica” el 8 de Octubre de 1.982 por 24 horas, con el objetivo de poder dictar normas que permitieran asegurar la confianza del público en el sistema financiero; llegándose incluso a otorgar facultades para penalizar las prácticas que minaran la confianza pública en el sector.

Se puede resumir entonces, que la actividad del órgano de control financiero se concentró en ese momento en los siguientes puntos:

2. Recuperar la confianza del público en el sistema.
3. Implantar mecanismos de control adicionales (vigilancia especial).
4. Medidas de estímulo del ahorro.
5. Alejar condiciones para que no se volvieran a registrar situaciones similares¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Meses después, el Superintendente Bancario señaló que los ahorradores afectados por la crisis habían ascendido a un número de 69.191. Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando. “Estrategias de Regulación Financiera”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

Evidentemente, dicha crisis golpeó duramente la confianza de los ahorradores en el sistema, por lo que los intermediarios privados perdieron un buen porcentaje del mercado, que se había desplazado hasta el punto que el total de los depósitos en manos de los bancos oficiales alcanzó un 77%¹⁵⁷.

3.2.1.4. La creación del FOGAFIN

La idea de establecer en Colombia el seguro de depósitos y la creación de un fondo de garantías para las instituciones financieras se concretó finalmente con la expedición de la Ley 117 de 1.985¹⁵⁸. Su objetivo primordial es lograr intervenir para salvaguardar el patrimonio de los ahorradores, sin beneficiar a los propietarios y administradores de las entidades intervenidas. Dentro de sus mas importante prioridades entonces, se establecieron las siguientes:

- El fortalecimiento patrimonial de las entidades inscritas.
- Participar transitoriamente en el capital de éstas.
- Procurar herramientas de liquidez de activos financieros y bienes recibidos en pago.
- Organizar el sistema de seguro de depósito y de compra de obligaciones a cargo de entidades financieras inscritas en liquidación.
- Colaborar con las autoridades en la liquidación de instituciones financieras intervenidas.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ En 1.988, Juan Camilo Restrepo se pronunció al respecto de la siguiente manera: *“El Fondo de Garantías Financieras (FOGAFIN) es la culminación de un proceso conceptual y práctico que se inició en Agosto de 1.982”*. Mientras tanto, el Profesor Milton Friedman había dicho lo siguiente de la entidad análoga en los Estados Unidos: *“(…) el acontecimiento monetario más importante después de 1.933 fue el establecimiento del seguro federal de los depósitos bancarios”*. Fuente: “Una visión del desarrollo institucional de la Superintendencia Bancaria de Colombia 1.923 – 2.003”, con ocasión sus 80 años. Artículo publicado en la página Web de la entidad: www.superfinanciera.gov.co, visitada en Febrero de 2.006.

- Asumir temporalmente la administración de instituciones financieras para lograr su recuperación económica¹⁵⁹.

Ahora bien, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia ha delimitado la naturaleza jurídica del fondo definiéndolo como un establecimiento público de carácter descentralizado¹⁶⁰; cuya Junta Directiva está compuesta por el Ministro de Hacienda, el Gerente General del Banco de la República, el Superintendente Financiero y dos representantes designados por el Presidente de la República entre personas provenientes del sector financiero, una de las cuales, al menos, del sector privado¹⁶¹. Adicionalmente, el FOGAFIN tiene un director, quien es el encargado de ejecutar las actividades que desarrolla el fondo en cumplimiento de sus objetivos.

3.2.1.5. Las reformas a partir de los 90's: Ajustes y crisis

3.2.1.5.1. La actividad financiera en la Constitución de 1.991 y la jurisprudencia constitucional

En los artículos 150-19-d, 189-24-25, y 335, la Constitución Política de Colombia señala la actividad financiera como una de las cuatro actividades, a saber: Actividad Bursátil, Actividad Financiera, Actividad Aseguradora, Cualquier otra

¹⁵⁹ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. p. 92.

¹⁶⁰ En pronunciamiento de Sala Plena de Junio 9 de 1.987, el Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz afirmó: “(...) la Corte estima que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una persona jurídica de derecho público, que por voluntad soberana del legislador ostenta especiales características administrativas, funcionales y patrimoniales (...) el conjunto de las características propias señaladas en la Ley 117 de 1.985, imponen concluir que el FOGAFIN corresponde en sus elementos a las entidades que la Ley, en desarrollo de las previsiones constitucionales, califica como establecimientos públicos (...)”. Fuente: MARTINEZ NEIRA Nestor Humberto, “Cátedra de Derecho Bancario Colombiano”. Edit. Legis, Bogotá 2.004. pp. 190 y ss.

¹⁶¹ La reforma del 2.003 estableció asimismo que el superfinanciero puede asistir a las reuniones de la Junta Directiva en calidad de invitado. (Art. 63 Ley 795/03)

actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados por el público; que para su ejercicio deben ser reguladas, vigiladas, intervenidas y autorizadas por el Estado.

La Constitución se refiere a la actividad financiera, que consiste en captar del público recursos del ahorro privado para colocarlos entre ese mismo público mediante operaciones de crédito, no solo como una actividad con la que se presta un servicio público sino también como una actividad de interés público que es una calificación adicional.

Es así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la actividad financiera (Sentencia C-122 de 1999 y SU-157 de 1999) por la importancia de la labor que desempeña, que se refiere a la permanencia, seguridad, continuidad, regularidad y generalidad de su acción; y de la función que cumple se deduce su carácter de interés público. Sin embargo a pesar de ser un servicio público, de interés público, la prestación de este servicio es restringida, como quiera que la propia Constitución establece como requisito previo e indispensable para su ejercicio la autorización del Estado. Todo esto con el fin de preservar la confianza del público dentro de una comunidad económica organizada.

Un ejemplo de esto, es la intermediación financiera que prestan las cajas de compensación familiar, es decir, que éstas pueden captar y colocar recursos del ahorrador en el mercado; sin embargo la ley 920 de 2004 que las regula, restringe esta actividad para ser desarrollada únicamente con sus empresas, trabajadores, pensionados independientes y desempleados afiliados, de acuerdo con los condicionamientos que esta misma ley les impone.

La facultad de REGULACIÓN de la actividad financiera según la propia Carta, le corresponde a las siguientes autoridades públicas competentes: El Congreso de la

República, en cuanto a la expedición de normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para su regulación, así como señalar los objetivos y criterios para el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y autorización de la actividad financiera por parte del gobierno o sus delegados (Art. 150 # 8; #24). El Banco de la República, por medio de su Junta Directiva al regular la moneda y servir de prestamista de última instancia y banquero de los Establecimientos de crédito. Y el Gobierno Nacional quien previa la existencia de una norma “marco” o “cuadro”, tiene los criterios y objetivos bajo los cuales puede ejercer la facultad de regular la actividad financiera por medio de actos administrativos normativos de carácter general (literal d) #19 Art. 150 C.P. '91).

Estas facultades de regulación se encuentran bien delimitadas a cargo de cada una de las autoridades encargadas, así lo señalan las Sentencias C-700 de 1999 y la C-955 de 2000, cuando expresan que ninguna de estas autoridades puede apropiarse de la esfera asignada a la otra porque en tal sentido todo lo producido en estas condiciones tiene carácter de inconstitucional y por lo tanto inválido e inefectivo.

En cuanto a las ley “Marco”, la Sentencia C-211 de 1994 señaló el carácter de marco de la ley 35 de 1993, pues en esta ley se señalan los objetivos y criterios bajo los el Gobierno debe regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora, en ejercicio de las atribuciones contenidas en el literal d) #19 del Art. 150 de la Carta. A su vez, la Corte Constitucional considera que el Congreso puede expedir leyes que no sean totalmente “marco o cuadro”, como el caso de la ley de vivienda en la que algunos artículos son de ley “marco” y otros de ley ordinaria, sin incumplir por esto el principio de unidad material previsto en los artículos 158 y 169 de la Suprema Carta. (C-700 de 1999 y la C-955 de 2000).

En la Sentencia C-126 de 2003 la Corte ha también ha señalado que este particular reparto de competencias entre las leyes cuadros y los decretos que las

desarrollan, implica una restricción a la libertad de configuración del Legislador, pues significa que en aquellos campos en los que la Carta ha reservado a las leyes Marco, el Congreso debe limitarse a dictar normas generales, pero no puede entrar en detalle, pues de hacerlo se inmiscuye en asuntos del gobierno nacional, quien según la facultad reglamentaria que la Constitución le atribuye, puede reglamentar la actividad financiera.

Por otra parte, en lo que se refiere a las funciones de INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL sobre las personas que realicen las actividades financieras, la Suprema Carta le atribuye al Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley, tales funciones sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil aseguradora o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados por el público. Esta función de policía administrativa la cumple el Presidente directamente, o delegar a los Superintendentes, en los términos del Art. 211 de la Constitución, con sujeción a las normas que expide el Legislador, e implica la expedición de leyes ordinarias o decretos extraordinarios, como las que actualmente rigen las competencias de inspección y vigilancia de las Superintendencias, normas que han sido revisadas y declaradas exequibles por la Corte Constitucional.

La Sentencia C-1161 de 2000 considera que la actividad financiera que desarrollan todo tipo entidades debe estar sometida a Control por la importancia estratégica de esta actividad para la suerte global de la Economía. En dicho sentido, la Sentencia C-936 de 2003 señaló que debe distinguirse la facultad de intervención de las de inspección, vigilancia y control.

Por otra parte, la Función de AUTORIZACIÓN, prevista en el Artículo 335 de la C. P.'91, consiste en el ejercicio de la potestad del Estado para permitir a alguien el ejercicio de actividades económicas como la financiera; ya sea por la autorización

legal de carácter general o mediante la expedición de permisos o licencias contenidos en actos administrativos de carácter particular y concreto.

Sobre el particular, la ya citada sentencia C-936 de 2003 sostiene que la autorización, a diferencia de la facultad de intervención del gobierno en las actividades económicas, está íntimamente ligada con la ley, es decir que esta facultad de autorización tiene un ejercicio directo por parte del Legislador.

La función de INTERVENCIÓN es ejercida por el Presidente de la República al tenor del Art. 189 # 25 de la C.P. '91, siempre y cuando se regule la forma como el Gobierno debe realizar la intervención (Art. 335).

La intervención se realiza por medio de actos administrativos de carácter particular y concreto que definen o guían el desarrollo de la actividad por parte de las entidades financieras. Pero estos actos obedecen a los criterios y objetivos señalados en la ley “marco” y leyes ordinarias expedidas por el Congreso de la República, es decir, preservar el principio de reserva de ley.

Ahora bien, según Sentencia C- 021 de 1994 la intervención del gobierno en las actividades de la economía, entre estas la actividad financiera, busca que aquellas se cumplan en concordancia con el interés público, además de que se den las condiciones que aseguren que ésta actividad se preste con seguridad y transparencia para los usuarios del sistema financiero.

La Sentencia C-560 de 1994 por su parte, señala que:

“La presencia Estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para

el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto”.

A su vez, la sentencia C-936 de 2003 reiteró que el mercado y la intermediación financiera resultan centrales en cualquier sociedad, más aún porque la actividad financiera tiene el carácter de interés público y por lo tanto debe ser intervenida por el Gobierno Nacional para su normal ejercicio.

Para concluir, si una entidad desea ejercer una actividad financiera debe tener en cuenta regulación especial tanto legal como administrativa que la autorice para realizar la actividad financiera; que le determine las operaciones e inversiones que puede desarrollar; las reglas para su funcionamiento; y las demás relativas a su control, inspección, vigilancia e intervención por el Estado.

3.2.1.5.2. El entorno legal en general

En estricto sentido, aún en la década de los 90's las manifestaciones de la intervención del Estado se reflejaron sobre todo en la asignación forzosa de crédito a determinadas actividades que se consideraban como trascendentales para el interés económico nacional, como la vivienda de interés social o los créditos agropecuarios. Es así que se subsidiaron las tasas para dichos sectores obligando al sistema financiero a crear inversiones forzosas para ser administradas por entes públicos. Se crearon así instituciones bancarias de titularidad pública para suplir aquellos segmentos del mercado financiero no rentables y por lo tanto, no atendidos por el sector privado.

Sin embargo, especialistas como el profesor Martínez Neira, son contundentes al examinar el resultado de dichas políticas, y resaltan de manera interesante el objeto final del presente estudio:

“Difícilmente pueden cuantificarse los beneficios de esta política. Es claro sí que para la comunidad toda y los agentes financieros no fueron transparentes sus costos; éstos sólo lograron establecerse en forma residual, con ocasión de la crisis que debieron afrontar las instituciones a lo largo de los años ochenta. También existen evidencias de que, dada la concentración de propiedad en el sector financiero y el poder de control de sus administradores, muchos de los créditos subsidiados terminaron financiando actividades que socialmente se apartaban de los propósitos perseguidos”¹⁶². (Subrayas no originales).

Por eso, buscando un sistema financiero que pueda operar en condiciones de mayor libertad, solidez y eficiencia, y que sirviera de apoyo a los propósitos de internacionalización y modernización de la economía, la Ley 45 de 1.990 sin duda le otorgó instrumentos al sistema financiero nacional que le permitieron abrirse exitosamente a la libre competencia e iniciar el camino definitivo hacia la desregulación financiera. Así, por ejemplo, a través del esquema de sociedades filiales se configuró un nuevo orden del mercado que permitió el acceso de diversas entidades al sistema. Asimismo, se determinó que los capitales mínimos debían ser ajustados anualmente, lo cuál tuvo un importante efecto en la capitalización del sistema financiero en general. Finalmente, se abrió la posibilidad de aprovechar nuevas economías de escala y de explotar nichos de

¹⁶² MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Tercera Edición, Bogotá. Editorial Legis: 2.004. p. 222.

mercado existentes en la intermediación financiera en Colombia gracias al esquema de filiales adoptado mediante la reforma¹⁶³:

“A partir de una institución financiera matriz, de carácter global, y con el concurso de sus filiales, un grupo puede ofrecer a su clientela servicios financieros integrados. Porque los participes del conglomerado actúan de manera conjunta bajo las instrucciones de la institución que ejerce el poder de subordinación. Y para aprovechar las economías de escala de manera recurrente la legislación autoriza la utilización de las oficinas de los distintos miembros del grupo para la prestación de los servicios, siempre que se identifique claramente el sujeto con quien contrata el consumidor. Como rasgo común, igualmente, y para evitar que cada uno de los componentes del grupo incurra en costos operativos adicionales por concepto de servicios computacionales independientes, administración de personal, servicios administrativos y contables y vigilancia y custodia de valores, entre otros, se autoriza a los participes de los grupos para organizar las denominadas “Sociedades de Apoyo al Giro” o “Filiales de servicios técnicos o administrativos”¹⁶⁴.

Ahora bien, frente a los otros sectores financieros, la reforma permitió una mayor competencia en el mercado asegurador al reducir la regulación del sector y al

¹⁶³ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. Pág: 96

¹⁶⁴ MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. Los Grupos Financieros en Colombia: De la Banca Especializada a la Banca Múltiple”. En: Segundo Congreso Nacional del Ahorro. Cartagena, Septiembre de 1992.

eliminar el monopolio de las compañías de seguros estatales. En ese sentido, se obviaron los obstáculos a la inversión extranjera al permitir que entidades que hacen parte del sector estuvieran conformadas en un 100% por capital foráneo¹⁶⁵.

Por otro lado, la reforma del 90 creó los denominados “Fondos de Pensiones y Cesantías” como sociedades administradoras de los ahorros de los trabajadores constituidos por sus cesantías. Al reglamentarse la Ley 100 de 1.993, dichos fondos quedaron sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria -hoy Superfinanciera-, al ampliar el alcance de sus negocios y luego de haberse reglamentado el sistema de ahorro individual con solidaridad¹⁶⁶.

Finalmente, la reforma impactó el mercado cambiario (antes administrado por el Banco Central casi en su totalidad) permitiendo la descentralización de las operaciones de compraventa de divisas y autorizando a los establecimientos de crédito y otras entidades a ingresar en dicho mercado como intermediarios financieros; permitiendo así posteriormente la evolución hacia la libre flotación del cambio por primera vez en Colombia, luego de haberse utilizado por casi siete años el sistema de banda cambiaria¹⁶⁷.

A continuación, una vista detallada del impacto de la reforma en diversas áreas:

- La reforma y los Conglomerados

Hemos visto como, entre otros objetivos, la reforma de 1.990 pretendía una mayor profundización financiera y la desregulación del sector en general. Sin embargo, el imperativo de los establecimientos de crédito era aumentar la eficiencia relativa del sector frente al aumento de la competencia y las transformaciones

¹⁶⁵ Ibid. p. 134

¹⁶⁶ Ibid. p. 135

¹⁶⁷ Ibíd. p. 135.

estructurales del mercado. En ese sentido, la necesidad de aumentar la productividad mediante economías de escala y la adecuada administración de los riesgos financieros, crearon un escenario adecuado para el advenimiento de los que se conoce como grupos financieros.

De esta forma, se abrieron las puertas para la liberalización del sector en un contexto de mayor competencia, exigiendo el cuestionamiento de todas aquellas disposiciones que se han visto siempre como causas importantes del rezago de nuestro mercado financiero, tales como las intervenciones de las tasas, los encajes o las inversiones forzosas, entre otras¹⁶⁸.

- Hacia una des-intervención general del sistema

Como hemos observado, el entorno que inspiró las reformas de los años 90's procuró un mayor protagonismo del libre mercado. De hecho, a los distintos establecimientos de crédito se les otorgó una mayor flexibilidad al permitirles nuevas operaciones en todas aquellas actividades que sean afines a su naturaleza. En dicho sentido, los controles estatales al crédito y a las tasas de interés disminuyeron, mientras que el mercado cambiario, al igual que el sistema financiero en general, se desarrollan desde entonces en un marco legal más flexible. De la misma forma, los niveles de encaje y las inversiones forzosas presentaron una disminución¹⁶⁹.

En esa misma dirección, el Banco de la República perdió su capacidad de intervenir directamente sobre los mercados financieros, utilizando de una forma más consistente las facultades otorgadas por la Ley 31 de 1992 en su artículo 16, en donde se mencionan los instrumentos de mercado que sirven para regular el crecimiento de los agregados monetarios. De esta manera, se avanza en el

¹⁶⁸ MARTINEZ NEIRA, Op. Cit, pág: 221 y ss.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 222.

objetivo de disminuir los niveles de reserva bancaria a su mínima expresión para poder hacer frente a la competencia internacional.

- En cuanto a las autoridades financieras

El conjunto de normas prudenciales de regulación financiera son la base jurídica en la que se fundamenta el desarrollo de todo sistema financiero. Así, en medio de este proceso de liberalización y desregulación del mercado, las autoridades se desenvuelven de acuerdo al marco otorgado por dichas normas para asegurar su solvencia, liquidez y una adecuada disminución de sus riesgos. Es por eso que a nivel institucional se fortaleció la Superintendencia del ramo, haciéndola más independiente a nivel orgánico y funcionalmente, con mejores atribuciones preventivas y coercitivas para el cabal cumplimiento de sus tareas de vigilancia. Leyes como la 45 de 1.990 o 35 de 1.993 se expidieron buscando cristalizar dichos objetivos¹⁷⁰.

Lo anterior, exige ciertamente una alta cohesión y calificación por parte de la autoridad de supervisión para poder garantizar una buena solvencia de los establecimientos de crédito y una mayor seguridad en sus operaciones.

- Frente a la apertura del sector

El advenimiento de un mundo regido por las reglas del libre mercado se planteó dentro del sector financiero a varios niveles, a saber:

Libertad de entrada: Teniendo en cuenta que son las barreras de entrada las que en parte tienen que ver con la estructura oligopólica (concentración de propiedad) que identifica a nuestro sistema financiero, es éste un aspecto de gran relevancia en lo que atañe al

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 224.

tema central del presente trabajo. Por eso, a través de una mayor libertad para la organización de establecimientos bancarios se concretó la política de apertura al sistema. Al respecto, la ortodoxia aconseja que el otorgamiento de licencias sea gobernado por consideraciones netamente técnicas que respondan a las necesidades del mercado, y no por decisiones subjetivas que ni siquiera observen la solvencia moral de los solicitantes.

Apertura a la inversión extranjera: Mediante la Ley 55 de 1.975 Colombia había prohibido la inversión extranjera directa en el sector financiero. Sin embargo, con la Ley 74 de 1.989 se permitió nuevamente en el país la inversión extranjera hasta en un 49% del capital bancario; hasta que poco después, la Ley 45 de 1.990 eliminó todas las restricciones, permitiéndose así un mayor acceso a la tecnología bancaria internacional y atrayendo la presencia en el mercado local de instituciones más competitivas. De esta forma, al final de la década, la banca extranjera alcanzaba casi la tercera parte de los activos del sistema¹⁷¹.

Desarrollo del mercado de valores: Aunque nuestro país ha sido tradicionalmente una nación rezagada en lo que se refiere al desarrollo de su mercado de valores, lo cierto es que con las reformas de los 90as, (y otras que vendrán poco después), las empresas pueden acudir directamente al mercado para adquirir recursos que garanticen el financiamiento de sus proyectos productivos, logrando así que el avance del mercado de capitales impulse la libre competencia al

¹⁷¹ Se dijo al respecto en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes al proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 45 de 1.990: *“Otro elemento catalizador de la competencia es el que se relaciona con una mayor apertura a la inversión extranjera. Dado que su importancia en la actual coyuntura del país fue acogida en el Congreso en las legislaturas anteriores, solo me limitaré a señalar la conveniencia de que se superen las limitaciones porcentuales que subsisten aún y que inhiben una mayor presencia de los bancos extranjeros, hacia donde apunta el proyecto en esta materia permitiendo la adquisición de instituciones financieras hasta en un 100% por parte de capitales extranjeros”*. Fuente: Ibíd. p. 227.

cubrirse mas eficazmente los riesgos de los bancos que han encontrado allí fuentes ideales de financiamiento¹⁷².

3.2.1.5.3. Un nuevo sistema bancario Colombiano: El esquema “Matriz-Filiales”

La reforma de los 90as revaluó acabó definitivamente con las barreras de los establecimientos de crédito, apuntando hacia el esquema de “grupos bancarios” y buscando consigo permitir la incursión de los establecimientos de crédito en otras actividades de carácter financiero no bancarias. Fue así que el artículo 1 de la Ley 45 de 1.990 los autorizó para hacer inversiones en sociedades fiduciarias, en empresas de Leasing, en sociedades comisionistas de bolsa, en almacenes generales de depósito y en sociedades administradoras de fondos, pensiones y cesantías. Igualmente, mediante la Ley 35 de 1.993 se les permitió a los bancos realizar operaciones de arrendamiento financiero a través de sociedades filiales que pueden captar dineros en el mercado, teniendo en cuenta que pueden asumir directamente las operaciones de crédito de consumo¹⁷³.

El mencionado tratadista Néstor Humberto Martínez nos pone en contexto:

“(...) los establecimientos de crédito actúan como matrices y deben realizar dichas actividades con cargo al patrimonio de sus propietarios; tratando de aislar en lo posible al ahorro del público de los riesgos propios de estas actividades, de tal

¹⁷² *Ibíd.* p. 228.

¹⁷³ Más delante, el capítulo III de la Ley 510 de 1.999 autorizó la inversión de los establecimientos de crédito en cualquier otro tipo de establecimiento crediticio, así como en bolsas de valores. Fuente: *Ibíd.* p. 229.

*forma que el monto de las inversiones de capital no pueda exceder el del propio patrimonio de la entidad matriz (...)*¹⁷⁴.

Se tiende pues en Colombia, a partir de entonces, hacia la universalización de los servicios financieros, a través de los establecimientos de crédito controladores.

Vale detenernos ahora en algunos otros apartes de la exposición de motivos de la Ley 45 de 1.990, ilustrada en su momento de la siguiente manera por parte del Gobierno Nacional:

“(...) La regulación propuesta, a través de sus artículos 1º, 2º y 3º, reglamenta la inversión y la operación de sociedades filiales con arreglo a los más estrictos principios de ortodoxia financiera. Es así como se establece que las sociedades de servicios deben organizarse bajo formas societarias donde los aportantes limitan su responsabilidad al monto de su capital, constituyan sociedades filiales y cuando éstas se identifiquen frente a terceros como subordinadas, deberán expresar que la matriz no responde por sus propias obligaciones (...) se prohíbe la realización de operaciones activas de crédito y expresamente se señala como enunciado de carácter general que no pueden celebrar cualquier operación que implique un conflicto de intereses. Por lo demás, a fin de que las sociedades filiales de servicios no se constituyan en instrumento de los establecimientos de crédito para tomar posición respecto de las empresas del sector productivo, el proyecto prohíbe a las filiales invertir en cualquier tipo de acciones, cuotas, partes de interés o aportes sociales de carácter cooperativo, con

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 229.

excepción de aquellas llamadas por su actividad a realizarlas”¹⁷⁵.

Existe así en el país una entidad que se concibe enteramente como un “Banco Universal”, a saber, los “Bancos Comerciales”, hecho éste que ha conllevado una estructuración general del sistema, haciendo que los bancos aumenten claramente su participación en la administración de los activos del mismo, alcanzando el 75% del total¹⁷⁶.

Así pues, a partir de las reformas posteriores contenidas en las leyes 510 de 2.000 y 795 de 2.003, es posible advertir dentro del sistema bancario colombiano a un banco universal propiamente dicho.

3.2.1.5.4. El impacto sobre la regulación y la función supervisora

El mejoramiento de los sistemas para el análisis financiero y la supervisión

A partir de la reforma del 90, era evidente la necesidad de modernizar los instrumentos con los cuáles contaba la Superintendencia Bancaria para ejercer su función de supervisor financiero. Algunos de los mas importantes instrumentos diseñados con dicho objetivo y mejorados a partir de entonces fueron los siguientes:

- Establecimiento de indicadores para cuantificar el desempeño de las entidades vigiladas

¹⁷⁵ *Ibíd.* p. 231.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 231.

- Mejoramiento de los subsistemas contable y financiero e integración de estos con el Sistema de Información de Entidades Vigiladas (SIDEV).
- Sistemas de evaluación de cartera de crédito y de propiedad accionaria.
- Sistema de comunicación con el sector vigilado mediante la tecnología módem¹⁷⁷.

El nuevo Banco de la República y su independencia

En consonancia con el mandato del constituyente de 1.991¹⁷⁸, mediante la Ley 31 de 1.992 se le dio forma en Colombia a una nueva autoridad monetaria, mas independiente, y cuyo principal objetivo es preservar la capacidad adquisitiva de la moneda mediante el establecimiento de las metas anuales de inflación. Por lo demás, la mencionada norma le otorgó las facultades de la antigua Junta Monetaria (creada desde 1.963), a la nueva autoridad de la Junta Directiva del Banco de la República¹⁷⁹, reiterándole sus funciones de autoridad monetaria, crediticia y cambiaria; además de prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito.

Dado pues de que se trata de un real regulador bancario con rango constitucional, es necesario analizar más de cerca su naturaleza jurídica y el alcance de sus atribuciones¹⁸⁰.

¹⁷⁷ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. Pág: 106.

¹⁷⁸ El Artículo 373 de la Constitución Política de Colombia busca mantener la independencia de la política monetaria respecto de la política fiscal, y ordena que las operaciones de financiamiento del Estado deben requerir de la aprobación unánime de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

¹⁷⁹ La Junta está integrada por siete miembros de tiempo completo; de ella solo pueden ser removidos cuatros miembros en cada cuatrienio presidencial, pues tienen período de ocho años. Su inamovilidad, su profesionalización y su independencia, les permite asegurar decisiones libres del influjo inmediato del Gobierno. Fuente: SÁCHICA Luis Carlos, Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Edit. Temis. Bogotá 1999. p. 321.

¹⁸⁰ El Banco de la República es un ente autónomo, con régimen legal propio, no integrado a la rama ejecutiva, (aunque sus actos están sujetos al control jurisdiccional); se organiza como persona jurídica

En primer término, vale decir que el objeto primordial de sus diferentes reglamentaciones recae precisamente sobre las relaciones jurídicas que las distintas entidades que conforman el sistema financiero están autorizadas a desarrollar. Es por eso que en Colombia, la intervención del Estado en la economía, y especialmente en el sistema financiero se permite la coexistencia de varios reguladores que deben actuar coordinadamente¹⁸¹. Lo anterior, ha dado pie a diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, cuyo criterio delimitó la autonomía de nuestro banco central en sus diversos ámbitos:

“La autonomía del Banco de la República asume diversas manifestaciones: Por una parte, expresa en el hecho de poder abstenerse de atender los requerimientos financieros de sectores específicos, particularmente del oficial, cuando le asista para el efecto un criterio de razonabilidad técnica y legal. En segundo término, la banca central puede utilizar los instrumentos que le corresponden sin necesidad de autorizaciones previas de otras instancias del Estado.

(...) La autonomía del Banco significa que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público ni a los órganos fiscalizador o de control o electoral, sino que es un órgano autónomo e independiente que aun cuando forma parte del Estado, tiene una naturaleza única que, en razón a sus

de derecho público y goza de autonomía administrativa, patrimonial y técnica. El gerente del Banco forma parte de la Junta Directiva y es elegido por ésta. Los cinco miembros restantes son nombrados por el presidente de la república para períodos prorrogables de cuatro años. Fuente: Artículo 371 de la Constitución Política y SÁCHICA Luis Carlos, Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Edit. Temis. Bogotá 1999. p. 321.

¹⁸¹ Dicha coordinación es ejercida a través de unos controles políticos y jurisdiccionales definidos. El control político está en cabeza del Banco de la República, según lo establecido por la Ley 31 de 1.992. El control jurisdiccional, es ejercido acudiendo ante lo Contencioso, teniendo en cuenta que todos sus actos tienen el carácter de administrativos. Fuente: MARTINEZ NEIRA Nestor Humberto, “Cátedra de Derecho Bancario Colombiano”. Edit. Legis, Bogotá 2.004. p. 154.

funciones, requiere de un ordenamiento y organización especial, que difiere del común aplicable a las demás entidades (...) La autonomía de gestión y de decisión del Banco frente al Gobierno, significa que para el cumplimiento de sus funciones no debe ni puede obrar con sujeción a las instrucciones políticas del Gobierno, pero sí en coordinación con la política económica general (...) La autonomía técnica, se traduce en términos de su capacidad para analizar libremente los fenómenos monetarios y para diseñar sin injerencia de otras autoridades los instrumentos que demande el ejercicio de sus atribuciones (...) La autonomía patrimonial implica que podrá integrar y disponer de sus propios activos (...) los cuales contabilizará en sus estados financieros para que exista unidad en el manejo de sus recursos (...) las reservas internacionales deben manejarse con los demás activos, desapareciendo la cuenta especial de cambios”¹⁸².

Así pues, las funciones del Banco de la República se ejercen en plena coordinación con la política económica general.

1 La Ley 35, el Decreto 663 (EOSF) y algunos efectos en la regulación

Una norma importante para la definición del ámbito de la intervención estatal en el sistema financiero fue la Ley 35 de 1.993. Con su expedición, se impulsaron los objetivos de la reforma financiera de 1.990 y se promovió un sistema financiero más eficiente, competitivo y sólido.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-050 de Febrero 10 de 1.994. Tomado de: MARTINEZ NEIRA, Op. Cit. Pág: 150 y ss.

Por otro lado, mediante el Decreto Extraordinario 663 de 1.993 se logró unificar en el país la normatividad que regula al sistema financiero colombiano, reemplazando finalmente de esta manera a la Ley de Bancos de 1.923.

Los siguientes son algunos de los cambios importantes que se realizaron en la regulación como consecuencia de estas reformas:

- **Compañía Leasing y de financiamiento comercial, y el UPAC**
A las sociedades de leasing se les facultó para convertirse en compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing¹⁸³. Asimismo, tanto a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda como a Bancos Hipotecarios se les autorizó realizar operaciones de compra y venta de divisas, otorgar créditos de consumo sin hipoteca, realizar operaciones con el sistema de tarjetas de crédito y captar recursos mediante depósitos de ahorro a la vista y a término¹⁸⁴. Lo anterior, conllevó también un cambio trascendental con las corporaciones administradoras del sistema UPAC, dado que a partir de entonces los ajustes se ataron a la tasas de interés del mercado y no a la inflación, persiguiéndose con esto una mayor competitividad de los intermediarios financieros.

- **Circular Básica**
A partir de 1.993 se buscó consolidar las distintas circulares reglamentarias expedidas en el transcurso del tiempo en un solo cuerpo normativo para facilitar su consulta, iniciándose con la

¹⁸³ Circular externa 26 de 1.993.

¹⁸⁴ Decreto 915 y Circular Externa 48 de 1.993.

normativa referente a los Almacenes Generales de Depósito pero extendiéndose a la normativa aplicable para todas las entidades vigiladas.

- El Sector Asegurador

Entre los cambios importantes introducidos en el sector, cabe resaltar la libre concurrencia cuando las instituciones financieras actúan como tomadores por cuenta de sus clientes y la autorización a los establecimientos de crédito para colocar directamente seguros en sus sucursales¹⁸⁵.

La Supervisión Financiera y su enfoque estratégico

El ente regulador del sector financiero colombiano adoptó a mediados de los 90as una nueva política de supervisión, acogiendo para ello una nueva estrategia seleccionando cuatro objetivos principales, a saber:

- Objetivo de control de grandes riesgos
- Objetivo de control de conflictos de interés
- Objetivo de información, difusión y transparencia
- Objetivo de protección al consumidor

En dicho marco, el Superintendente Bancario de la época, Jorge Castellanos Rueda, afirmó en 1.994 lo siguiente:

“(...) Con este enfoque se trata de prevenir eventuales situaciones de crisis y de evitar la realización de prácticas inseguras que comprometan la estabilidad del

¹⁸⁵ Mediante el Decreto 2271 de 1.993 se establecieron los límites máximos de retenciones sobre los riesgos asumidos por las aseguradoras. Asimismo, en ese mismo año se establecieron las normas de carácter general sobre la financiación de primas de seguros por parte de las aseguradoras. Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando. “Estrategias de Regulación Financiera”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004. p. 139.

sistema financiero, al tiempo de procurar no limitar el desarrollo del sector mediante reglamentaciones excesivas”¹⁸⁶.

3.2.1.5.5. El colapso financiero de finales de los 90as, la respuesta oficial y la recuperación

En 1.998, el sector financiero nacional tuvo que enfrentar la más profunda crisis de su historia, precediendo lo que se convertiría también en el mayor desplome económico, ocurrido en 1.999¹⁸⁷. Algunos años después, diversos estudios han reconocido ciertos factores persistentes en relación con la crisis financiera. A continuación, veremos las conclusiones de un trabajo realizado por dos investigadores del Banco de la República; de donde cabe resaltar para efectos del presente trabajo especialmente los puntos 4º, 5º y 6º, que hacen referencia a ciertas fallas en el frente regulador y de supervisión, y más importante aún, al mayor protagonismo de los conglomerados financieros al terminar la crisis:

SITUACIÓN	CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS
1. Expansión crediticia 1991 – 1997	El total de préstamos creció de 29.1% del PIB hasta 43.9% en dicho periodo
2. Cambios de disposiciones institucionales para la corporaciones de ahorro y vivienda del crédito hipotecario o de vivienda (UPAC)	En 1993 – 1994 la indexación del UPAC se ató a las tasas de interés de los depósitos a término fijo, aumentando el riesgo de liquidez y tasa de interés para esos intermediarios y ampliando la cartera

¹⁸⁶

¹⁸⁷ Según las cifras oficiales, el PIB colombiano se contrajo en un -4.5% en 1.999. Para acceder a información más detallada por sectores, ver sitio Web: www.dane.gov.co, visitado en Septiembre de 2.006.

	<p>morosa y las devoluciones de inmuebles en dación en pago durante el aumento de las tasas de interés registrado meses antes del inicio de la crisis</p>
<p>3. Ineficiencia de la banca pública</p>	<p>Inadecuada asignación y seguimiento de su portafolio de activos. Alta ineficiencia en la administración de costos laborales</p>
<p>4. Fallas en el marco regulador y de supervisión</p>	<p>La reglamentación previa a la crisis del sistema de valor constante UPAC estuvo plagada de problemas con respecto a bajos requerimientos de capital, provisiones insuficientes, inexistencia de requisitos de capital para el riesgo de mercado (tasa de interés). El tratamiento del organismo de supervisión a los bancos públicos fue indulgente respecto de las demás instituciones financieras privadas</p>
<p>5. Fallas en la supervisión de cooperativas de ahorro y crédito</p>	<p>Las cooperativas de ahorro y crédito, dedicadas a préstamo de consumo, no contaron con una supervisión adecuada por parte del Departamento Nacional de Cooperativas (Dancoop), teniendo</p>

	en cuenta que no contaba con herramientas y suficiente personal para ejercer su vigilancia y control
6. Ajustes en el sistema financiero colombiano	Como producto de la crisis, el sector financiero colombiano experimentó un proceso intenso de fusiones y cesiones de activos y pasivos. En ese acomodamiento se pasó a una estructura financiera en la que dominan los grupos económicos. Los conglomerados juegan un papel mayor en la intermediación financiera guantes de la crisis ¹⁸⁸

Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando. “Estrategias de Regulación Financiera” Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004. p. 140.

- La respuesta oficial

En el año de 1.999 se aprobaron las Leyes 510 sobre reforma financiera, 546 (Ley de vivienda) y la Ley 550 de Intervención Económica:

- **En cuanto a la Ley 510 de 1.999:** Se reformó el EOSF¹⁸⁹ aumentando las exigencias de capital mínimo de funcionamiento para los intermediarios financieros y estableció mecanismos para determinar de manera anticipada el deterioro de entidades

¹⁸⁸ Tomado de: URIBE José Darío y VARGAS Hernando: “Reforma financiera, crisis y consolidación en Colombia”, Revista Banco de la República Nro. 902, Bogotá 2.002.

¹⁸⁹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

financieras para que ingresen a programas de recuperación y no incurran en causal de toma de posesión por parte de la autoridad supervisora¹⁹⁰.

- **La Ley 546 de 1.999:** Dio vida a la Unidad de Valor Real (UVR), en reemplazo de la unidad de valor constante UPAC, para financiar los créditos de vivienda reflejando solamente el poder adquisitivo de la moneda. Ordenó asimismo la conversión a establecimientos bancarios de las corporaciones de ahorro y vivienda que venían administrando el sistema UPAC y facilitó la emisión de bonos hipotecarios por parte del sector, las condiciones de financiación de vivienda de interés social, etc con el fin de ofrecer liquidez a los establecimientos de crédito interesados en financiar la construcción y adquisición de vivienda en Colombia.
- **La Ley 550 de 1.999:** Permitió un mecanismo regulatorio que facilita los acuerdos entre acreedores internos y externos de las empresas, de forma mas ágil respecto de las que regulan el régimen concordatario¹⁹¹.

Pero mas allá de la legislación aprobada en un contexto de crisis, el ministro de Hacienda y Crédito Público, Juan Camilo Restrepo Salazar tuvo que adoptar desde el ejecutivo algunas “medidas de choque” para enfrentar la situación, a los tres meses de asumir su cargo. A continuación, un resumen de los objetivos de las más importantes:

- Expedición del Decreto 2330 de 1.998: Declaración del Estado de Emergencia Económica: Este mecanismo de rango constitucional

¹⁹⁰ Dicha regulación se desarrolló con detalle mediante el Decreto 2817 de 2000, norma que identificó a la relación de solvencia, el indicador de liquidez y las prácticas de gestión como los indicadores para inferir la situación de deterioro en un establecimiento financiero. Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando: “Estrategias de Regulación Financiera”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004. p. 148.

¹⁹¹ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. Pág: 118.

dota al ejecutivo de las herramientas jurídicas necesarias para actuar frente a la crisis.

- Creación del Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositarios de Entidades Cooperativas en Liquidación para adquirir las acreencias de los pequeños ahorradores contra entidades cooperativas¹⁹²: La intención era devolver parte de los depósitos de los pequeños ahorradores del sector cooperativo en crisis con recursos de la contribución del 2 x 1.000.
- Medidas de alivio a favor de los deudores hipotecarios de vivienda: Se buscó aliviar la deuda de los deudores hipotecarios si la misma se había incrementado en un 20% o más durante el último año.
- Apoyo del FOGAFIN a establecimientos de crédito con dificultades de capital: Pretendía el fortalecimiento patrimonial del sector y la fijación de convenios de desempeño para mejorar indicadores.
- Establecimiento de la contribución del 2 por 1.000 sobre transacciones financieras que realicen los usuarios del sistema financiero: Mecanismo Fiscal para financiar los costos de devolución de ahorros a depositantes de cooperativas liquidadas y otros compromisos para estabilizar el sector financiero.
- Facultades a la Superintendencia Bancaria para autorizar la conversión de una cooperativa con actividad financiera en una sociedad por acciones.

¹⁹² Decreto 2331 de 1998.

- Acceso de crédito del FOGAFIN para deudores hipotecarios con el fin de refinanciarles las obligaciones y normalizar las deudas¹⁹³.

- La recuperación y las nuevas estrategias de supervisión y regulación

Junto con la estabilización en el nivel de las tasas de interés, la economía colombiana regresó a la senda del crecimiento de manera importante, y con ella, el sistema financiero en general¹⁹⁴. Después de superados los escollos más relevantes originados por los efectos de la crisis financiera de 1.998, la autoridad supervisora se dio a la tarea de perfeccionar sus instrumentos de control, con el supremo objetivo de evitar futuras crisis. Dentro de dichas medidas, enfocadas en gran medida a consolidar una cultura de gestión del riesgo, junto con otras estrategias de regulación, se resumen de la siguiente manera:

- **Control del riesgo de tesorería:** Mediante la Circular Externa 88 de 2.000, el organismo de control estableció parámetros mínimos de gestión de riesgos que deben cumplir las entidades vigiladas en orden a operar con prudencia productos de tesorería, dado el creciente interés de los mismos ante la menor demanda de crédito observada. De esa manera, pasaron a ser de interés regulatorio por la exposición al riesgo que conllevan¹⁹⁵.
- **Proyecto SIR (Sistema Integral de Riesgos) y Camel:** La Superintendencia adoptó este proyecto como una herramienta de

¹⁹³ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. Pág: 148.

¹⁹⁴ De 83 establecimientos de crédito que operaban en 1999 se pasó a 71 entidades en el año 2000. Fuente: LÓPEZ GARAVITO Luis Fernando, LÓPEZ ANGARITA David Fernando: "Estrategias de Regulación Financiera", Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004. p. 149.

¹⁹⁵ Las operaciones de tesorería (TES) incluyen transacciones de títulos valores de renta fija y variable, derivados, operaciones con pactos de recompra o reventa, créditos interbancarios, etc.

supervisión para uso interno. Con el SIR es posible controlar los niveles de riesgo que vienen asumiendo en el desarrollo de su objeto social las entidades vigiladas.

- **Riesgo de mercado:** El estándar internacional de supervisión financiera incorporó dentro de sus parámetros de control el riesgo de mercado como una de sus prioridades (tasa de interés, de cambio y precio de las acciones). Sobre el riesgo cambiario en particular, se estableció que en economías como la colombiana, es más factible el riesgo de una devaluación acelerada que el de una revaluación. Por esto a las entidades financieras se les prohíbe estar cortas de moneda extranjera, pero se les permite estar largas hasta en un 20% de su patrimonio¹⁹⁶.

- **Riesgo Crediticio y Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC):** Con las circulares externas 50 de 2.001 y 11 de 2.002 se estableció en Colombia el Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC) en las entidades financieras. Estas disposiciones novedosas para el entorno Latinoamericano ordenan la fijación de políticas crediticias y de control del riesgo crediticio a partir de una estructura organizacional y métodos y procedimientos que permitan asegurar en eficiente sistema de otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos, en su calidad de activos más importantes del sector¹⁹⁷. Se dispone así, de un sistema para la medición del riesgo crediticio que permite el cálculo de la probabilidad de incumplimiento y de las pérdidas esperadas en colocación de cartera crediticia, autorizando a las entidades para que con base en sus modelos internos de medición del riesgo de crédito

¹⁹⁶ GIRALDO G. Juan Esteban. La década de los noventa y el Sistema Financiero Colombiano. Primera Edición. Bogotá, 2.002. pág: 10.

¹⁹⁷ LÓPEZ GARAVITO, Op. Cit. Pág: 150 y ss.

calculen de manera autónoma y técnica las provisiones necesarias para cubrir eventuales pérdidas.

3.2.2. Desarrollo actual

3.2.2.1. La Ley 795 de 2.003 y los ajustes al Estatuto Orgánico

A pesar de lo observado hasta ahora a lo largo del presente trabajo, la reforma del 2.003 mantuvo intacto el sui generis modelo bancario colombiano, creando incluso nuevos nichos financieros para determinados establecimientos de crédito¹⁹⁸, lo cuál en últimas va en contra de una cabal universalización de los servicios financieros, tendencia global e intención primigenia de nuestro legislador en la década anterior.

En realidad, no existe en la escasa literatura especializada un análisis claro de la reforma al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de 2.003, la cuál, a pesar de que algunos no la consideran una reforma propiamente dicha, si estableció nuevos institutos de salvamento que pretenden reducir el elevado costo fiscal de eventuales crisis financieras mediante la creación de dos figuras, a saber: “La Exclusión de Pasivos”¹⁹⁹ y el “Programa de Desmonte Progresivo”.

Así, mediante la exclusión de activos y pasivos se pretende evitar que una entidad vigilada, en un contexto de crisis, sea intervenida al incurrir en una causal de toma

¹⁹⁸ Para la realización de operaciones de Leasing habitacional, por ejemplo, se autorizó únicamente a los bancos, dejando de lado las compañías de financiamiento comercial, establecimientos que tradicionalmente habían explotado dicho sector del mercado.

¹⁹⁹ Disiente en este aspecto el tratadista Néstor Humberto Martínez Neira del criterio del legislador, al calificar la tipificación de dicha figura dentro de nuestra normatividad financiera como una consecuencia del “(...) cumplimiento de cláusulas de condicionalidad de la banca multilateral que no tuvo mayores pretensiones”. MARTINEZ NEIRA Nestor Humberto, “Cátedra de Derecho Bancario Colombiano”. Edit. Legis, Bogotá 2.004. p. 233.

de posesión. Se transfiere entonces la propiedad de los activos y se ceden los pasivos. De esta manera, a manera de “fiducia ocasional”²⁰⁰, se crea un patrimonio resultante de dicha operación, el cuál es completamente independiente, tanto del patrimonio de la entidad que transfiere los recursos, como de aquella que los recibe para administrarlos. Es pues, una clara operación de fiducia mercantil que el legislador se abstuvo de denominar como tal, dado que a toda clase de establecimientos de crédito se les autorizó operar dicha figura, incluyendo los bancos. Sin embargo, a pesar de dicho obstáculo de mera semántica jurídica, la constitución de un patrimonio autónomo por parte de la otra entidad para su administración, no da lugar a inequívocos; con la salvedad de que son solo los bancos, en condiciones de normalidad, los autorizados para administrar la cartera de entidades intervenidas, cuando no se esté operando bajo la figura de la exclusión de activos y pasivos.

Por otro lado, el llamado programa de desmonte progresivo protege a los ahorradores e inversionistas también en un contexto de crisis. El objetivo es que aquellos establecimientos de crédito que se encuentren en incapacidad de continuar con sus operaciones, podrían, eventualmente bajo este sistema, continuar atendiendo los pagos de sus pasivos para con el público. En este caso entonces, dicho instituto extraordinario de salvamento flexibiliza la regulación financiera que, en condiciones normales, exigiría el cumplimiento a cabalidad de los ordinarios controles de ley, como son la relación de solvencia, capital mínimo de funcionamiento y las inversiones forzosas entre otros. Lo anterior, dado que los establecimientos de crédito se concentrarán en la realización de activos para el

²⁰⁰ Dicho término es utilizado bajo la total responsabilidad del autor del presente escrito, ya que la misma norma, al autorizar a los bancos (y a las propias sociedades fiduciarias) para administrar la cartera y demás acreencias de entidades en liquidación, denomina dichas operaciones como “*contratos de administración no fiduciaria*”, lo cuál, va en contra de la misma naturaleza de la operación. Néstor Humberto Martínez Neira se refiere de una forma muy crítica al respecto: “(...) el legislador del 2003 (...) es tímido y eufemístico (...) significa que la apertura de las facultades de los establecimientos bancarios a otras actividades de naturaleza no crediticia, como la administración no fiduciaria de activos, le produce sonrojo al legislador quien prefiere no llamarlas por su verdadero nombre (...)” Fuente: MARTINEZ NEIRA Nestor Humberto, “Cátedra de Derecho Bancario Colombiano”. Edit. Legis, Bogotá 2.004. p. 234.

pago de sus obligaciones con sus depositantes y ahorradores de manera exclusiva, sin tener que cumplir con los controles ordinarios de ley²⁰¹.

3.2.2.2. La nueva supervisión financiera unificada en Colombia

3.2.2.2.1. Elementos institucionales y estructurales de la supervisión integrada

Mas allá de ciertos antecedentes no tan conocidos²⁰², pero respondiendo a la necesidad de reformar la regulación del sistema y la estructura institucional de supervisión en Colombia, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó el Documento CONPES 3399 de Noviembre 28 de 2.005: Reforma de la Institucionalidad para la Regulación y la Supervisión de los Mercados Financieros²⁰³.

Fue así que mediante la aprobación del mencionado documento, el gobierno del Presidente Alvaro Uribe planteó las siguientes estrategias integrales, todas relacionadas con el mejoramiento del aparato supervisor y la calidad regulatoria, a saber:

²⁰¹ LÓPEZ GARAVITO, Op.Cit. pág: 229.

²⁰² Para aquellos interesados en profundizar sobre la materia, no solo de propuestas de discusión y de estudios técnicos del Ministerio de Hacienda realizados al interior de las superintendencias se dedujo la fusión de las superintendencias. Existen dos documentos externos que fueron determinantes, a saber: Jeffrey Carmichael: "*Final Report, Colombia: Creation of a Unified Supervisory Agency for the Financial Sector*", (24 September 2004), y también J.J. Deschamp: "*Report on U.S. Treasury Visit to Colombia*", (December 2004)

²⁰³ En realidad, la fusión de los entes supervisores bancario y de valores en Colombia ha sido un proceso muy complejo que amerita un análisis muy detallado. Así, por ejemplo, cabría mencionar que la decisión de llevar a cabo la fusión fue una decisión "apresurada" tomada con criterios más políticos que técnicos. Desde el punto de vista del autor del presente escrito, primero se hacía necesario reformar y actualizar la legislación, cuestión imperativa en el caso colombiano. Por eso, hoy nuestra Superintendencia Financiera opera dentro de un marco normativo a veces obsoleto y además, dual: La del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y la del Estatuto Orgánico del Mercado de Valores (EOMV).

** Integración administrativa de las organizaciones que supervisan los mercado financiero y de valores:* Surge entonces una nueva entidad de supervisión con una nueva estructura orgánica y funcional; la Superintendencia Financiera de Colombia, cuya estructura responde a las características particulares del mercado financiero colombiano, tanto de las entidades que lo integran como de las actividades que éstas desarrollan con los riesgos implícitos que conllevan²⁰⁴. Se dispuso además acompañar esta estrategia de acciones complementarias de mediano plazo que se relacionan con la parte administrativa y tecnológica, pensando especialmente en la implementación de nuevas tecnologías de supervisión²⁰⁵.

** Ajustes legales en el marco regulatorio para evitar arbitrajes y actualizar la normatividad: Homogeneización de la regulación:* El propósito esencial es la actualización normativa que permita eliminar arbitrajes luego de una cabal revisión de las normas que regulan el sistema financiero en Colombia. Se propone entonces tramitar un nuevo proyecto de ley para materializar los ajustes necesarios que den como resultado una regulación que garantice una mayor seguridad para el funcionamiento del sistema y de los consumidores²⁰⁶.

** Profundización del modelo institucional, orientado hacia la mayor autonomía e independencia de la institución de supervisión:* Se advierte dentro de esta tercera estrategia la necesidad de evaluar y valorar detenidamente el proceso de fusión de las superintendencia bancaria y de valores que dio como resultado la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior, con el objeto de definir si se requieren ajustes al nuevo organismo y sobre todo, ver si se

²⁰⁴ Sin embargo, cabría cuestionarse si desde el comienzo las anteriores superintendencias no tenían en cuenta la existencia de dichos riesgos. Dicho aspecto no justifica en sí mismo la fusión que se llevó cabo, por que las anteriores superintendencias cumplían dicha función respecto de sus vigilados.

²⁰⁵ Documento CONPES 3399 de 2.005.

²⁰⁶ *Ibíd.* Cabe resaltar acá la prioridad, a posteriori, que se le está dando a nivel regulatorio al consumidor; cuestión que evidencia el intento oficial de llenar el gran vacío de las últimas reformas financieras: El consumidor financiero.

cumplieron los objetivos propuestos. Asimismo, se pretende perfeccionar el modelo de autoridad supervisora independiente mediante reformas relacionadas con aspectos tales como: (I) El fortalecimiento de las facultades y función de supervisión del sistema financiero basado en riesgos²⁰⁷; (II) La racionalización de las funciones; (III) La creación de nuevos esquemas de gobierno, creación de un órgano directivo²⁰⁸; (IV) El establecimiento de reglas claras de rendición de cuentas; (V) El establecimiento de un nuevo régimen de designación del superintendente, además por un período de designación fijo; (VI) La adopción de un régimen de protección jurídica para al el supervisor; (VII) La profundización de la independencia administrativa y presupuestal y **(VIII) La definición de un esquema institucional de supervisión para la protección de la competencia en los mercados financieros**²⁰⁹.

3.2.2.2.2. Naturaleza jurídica y estructura interna de la nueva Superintendencia Financiera de Colombia

3.2.2.2.2.1. Evolución normativa:

En su gran mayoría, ha sido más bien el ejecutivo quien se ha encargado en Colombia de otorgarle sus facultades al supervisor bancario y de valores, así como

²⁰⁷ Al respecto, es importante entender que la “supervisión por riesgos” solo se justifica al observar las necesidades de supervisión de las instituciones de mayor tamaño, que tienen capacidad de afectar a todo el sistema en caso de falla; por lo que se basa en la regulación de los intermediarios financieros, y no tanto en las medidas de regulación propias de los mercados de valores, cuyo ámbito es el de mayor auge a nivel mundial y el de menor desarrollo a nivel colombiano. Sin embargo, la gran mayoría de justificaciones técnicas de la fusión, le apuntan a un mejor manejo de los riesgos. Pareciera que el nuevo supervisor financiero conservó más facultades de supervisor bancario en el marco de unas nuevas y mejores regulaciones para el mercado de valores.

²⁰⁸ Si se observa con detenimiento, la organización interna de la BaFin, ente supervisor alemán, tiene en su estructura de gobierno a un órgano de administración central, que se encuentra adjunto al Despacho del Presidente del organismo, desde el punto de vista administrativo.

²⁰⁹ *Ibíd.* Este último punto que se encuentra subrayado, refleja efectivamente el objeto del presente trabajo.

de diseñar su estructura. Solo excepcionalmente ha intervenido el legislativo, a saber:

A. En lo que respecta a la anterior Superintendencia Bancaria

- Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Decreto 1271 de 1993, por el cual se asignan funciones a la Superintendencia Bancaria.
- Decreto 2359 de 1993, que establece la estructura y determina las funciones de la entidad.
- Decreto 1284 de 1994, crea una delegatura, se determina la forma de ejercer sus funciones y se adecua la estructura de la Superintendencia.
- Decreto 1177 de 1995, por el cual se reordenan las áreas de supervisión.
- Decreto 1552 de 1995, el cual crea una unidad especial de lavado de activos.
- Decreto 1688 de 1997, suprime y fusiona dependencias del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y asigna funciones a la Superintendencia Bancaria.
- Decreto 2896 de 1997, por el cual se reordenan las áreas de supervisión.
- Decreto 1668 de 1998, modifica en decreto 1552 de 1995, en cuanto a las funciones de las dependencias de lavado de activos.
- Decreto 2216 de 1998, que reordena las áreas de supervisión.
- Decreto 1154 de 1999, que modifica la estructura de la Superintendencia Bancaria. (Declarado inexecutable, por haber sido expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el artículo 120 de la ley 489 de 1998).
- Decreto 2489 de 1999, que modifica la estructura de la Superintendencia Bancaria basado en la Ley 510 de 1999.

- Decreto 1577 de 2002, que modifica la estructura de la Superintendencia Bancaria.
- Ley 795 de 2002, ley de reforma financiera, en su artículo 85 establece la estructura orgánica de la Superintendencia Bancaria.
- Decreto 206 de 2004.
- Decreto 3552 de 2005 (vigente al momento de la fusión)

B. En cuanto a la antigua Superintendencia de Valores

- Decreto 831 de 1980. Determina estructura y organización de la Comisión Nacional de Valores.
- Artículo 52 transitorio de la Constitución Política de 1991. Modifica la naturaleza de la Comisión Nacional de Valores a Superintendencia.
- Decreto 2115 de 1992. Reestructura la Superintendencia para ejercer una función de control objetivo sobre los emisores de valores, con el fin de velar por la calidad, oportunidad y suficiencia de la información que deben brindar los mismos al público en general.
- Decreto 1608 de 2000. Modifica la estructura de la Superintendencia para enfatizar el cumplimiento de sus funciones misionales, especializar las funciones de supervisión y separarlas de las de promoción.
- Decreto 1609 de 2000. Delega funciones a los Superintendentes Delegados.
- Decreto 1610 de 2000. Establece la planta de personal de la Superintendencia de Valores y dicta disposiciones relacionadas con la misma.
- Decreto 203 de 2004. Reestructura la Superintendencia con el fin de especializar la supervisión por actividad y separar las funciones de autorización, supervisión e imposición de sanciones.

3.2.2.2.2. Naturaleza Jurídica actual

Los artículos 1ero. al 5to. del Decreto 4327 de 2.005, se refieren de manera clara a la fusión, denominación, naturaleza jurídica y los ingresos de la Superintendencia Financiera de Colombia. A continuación, me remito a las normas más importantes que le dieron la actual estructura jurídica a la Superfinanciera, cuya competencia es por supuesto de alcance nacional, a saber:

“Artículo 1. Fusión y denominación. *Fusiónase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.*

Artículo 2. Naturaleza Jurídica.- *La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.*

Artículo 3. Dirección. *La dirección de la Superintendencia Financiera de Colombia estará a cargo del Superintendente Financiero, quien la ejercerá con la colaboración de los Superintendentes Delegados.*

Artículo 5. Ingresos. *Los recursos necesarios para cubrir los gastos de funcionamiento e inversión que requiera la Superintendencia Financiera de Colombia provendrán de los siguientes conceptos:*

- a. Las contribuciones impuestas a las entidades vigiladas.*
- b. Derechos de inscripción y cuotas que deben pagar las personas inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y los derechos por concepto de oferta pública en el país y en el exterior.*

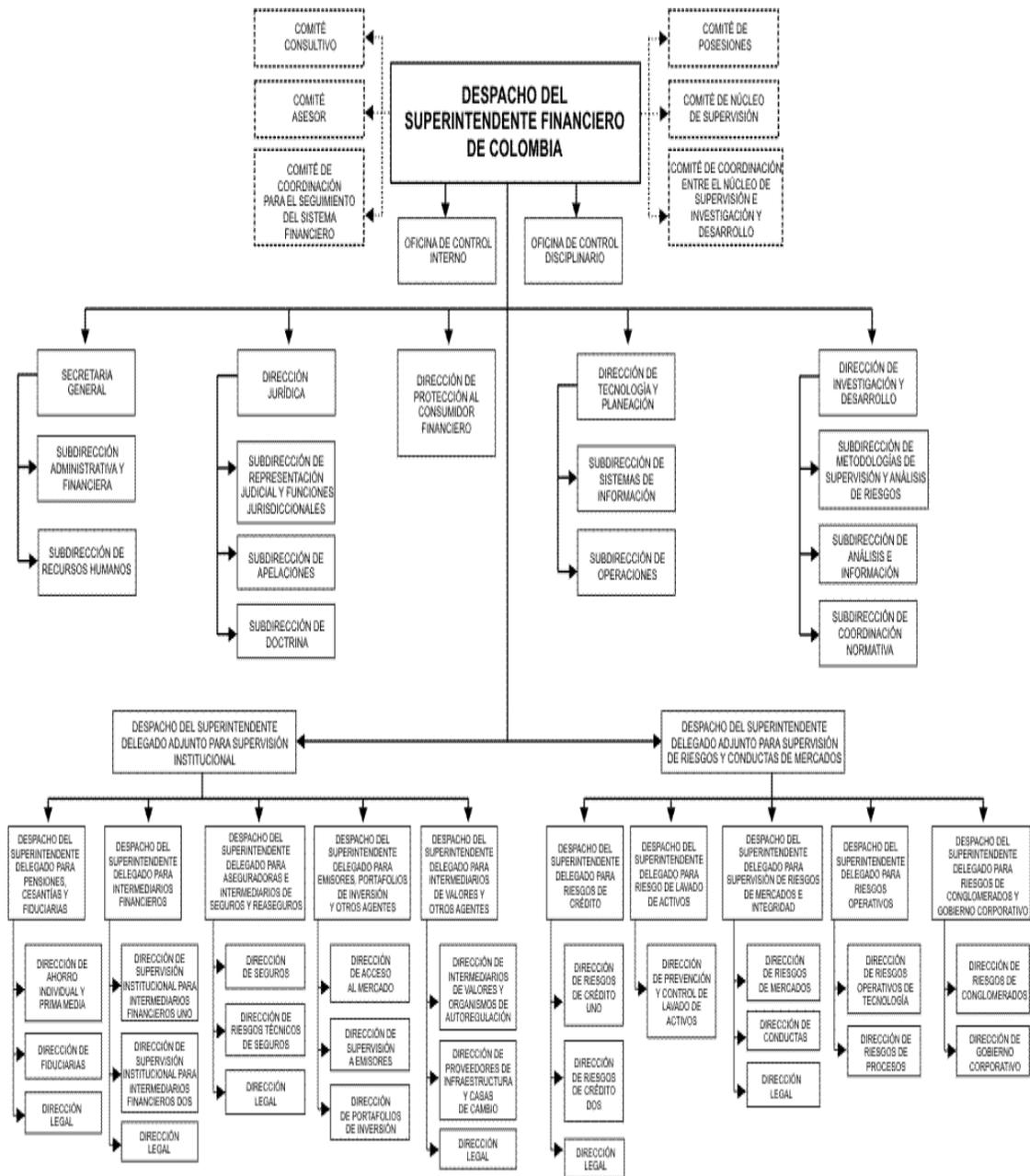
- c. Los recursos que obtenga por la venta de sus publicaciones, de pliegos de licitaciones, de concursos de méritos y de fotocopias.*
- e. Los recursos provenientes de los servicios que preste la entidad.*
- f. Los recursos originados en la venta o arrendamiento de sus activos.*
- g. Los recursos originados en la venta o arrendamiento de los sistemas de información y programas de computación diseñados y desarrollados por la entidad.*
- h. Los recursos que se le transfieran del Presupuesto General de la Nación.*
- i. Los intereses, rendimientos y demás beneficios que reciba por el manejo de sus recursos propios, y*
- j. Los demás ingresos le sean reconocidos por las leyes.*

Parágrafo. Los ingresos previstos en los literales a. y b. se ajustarán a lo dispuesto por el artículo 337, numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 66 de la Ley 510 de 1999 y por los artículos 8 y 73 de la Ley 964 de 2005, respectivamente²¹⁰.

²¹⁰ Decreto 4327 de 2.005.

3.2.2.2.3. Organización interna

Esquema Organización Interna de la Superintendencia Financiera de Colombia



Fuente: BAQUERO HERRERA, Mauricio, *“La Fusión de las Superintendencias: Una respuesta coyuntural o de fondo a las transformaciones del sector financiero colombiano?”*, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Economía, Bogotá D.C., presentación realizada en Abril 18 de 2.006.

Al hacer un análisis de dicha estructura interna otorgada a la Superfinanciera, el Documento CONPES 3399 de 2.005 afirma lo siguiente:

“Así, en la estructura de la nueva entidad se han contemplado dos grandes bloques de gestión: el primero, que concentrará la supervisión especializada de los principales riesgos, integrada por las delegaturas de riesgos de crédito, de mercados, de conglomerados y gobierno corporativo, operativo y de lavado de activos. Dichas delegaturas ejercerán la supervisión de cada uno de los riesgos y deberán responder por la evolución que éstos presenten a nivel general en el sistema y por la forma como incidan en la condición financiera de las entidades vigiladas. El segundo grupo, integrado por supervisores institucionales, tendrá a su cargo el seguimiento a la situación financiera general de las entidades, velando por el cumplimiento de normas de solvencia, otros controles de ley (posición propia, inversiones, etc.) y el régimen prudencial propio de cada tipo de institución. Hará la composición de los pronunciamientos de los supervisores especializados por riesgos para determinar la situación general de la entidad y establecerá el impacto que en ellas puedan causar las decisiones de los supervisores especializados de riesgos. Se destaca que ambos grupos (de riesgos e institucionales) ejercerán directamente la supervisión del sistema, y, en sus respectivas competencias, deberán decidir sobre aquellos asuntos que les sean propios, impartir órdenes a las

*entidades y estarán facultados para sancionarlas. Para coordinar adecuadamente las funciones de cada uno de estos grupos, la estructura orgánica prevé que estén encabezados por superintendentes de mayor nivel, así como la creación de diversos comités*²¹¹.

3.2.2.2.4. Facultades y funciones generales de la Superintendencia Financiera:

Las funciones generales de la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentran consagradas en el Capítulo III del Decreto 4327 de 2.005, en cuyo capítulo siguiente se enumeran las funciones específicas que cumplen los despachos de los distintos superintendentes adjuntos, así como de las demás oficinas que le dan forma a la actual estructura de la entidad²¹².

Dicho lo anterior, y como ya se ha mencionado, las funciones de la actual superintendencia tienen su origen en la fusión de las antiguas superintendencias bancaria y de valores, debido a lo cual se encuentran todas reunidas bajo una agencia única de regulación que supervisa a los bancos, a las instituciones de servicios financieros y a las empresas aseguradoras a través de todo el mercado financiero. Bajo la nueva estructura, la Superintendencia Financiera otorga licencias para la prestación de servicios financieros, por ejemplo, cuando una institución puede probar que es apta para cumplir con los estándares de regulación relativos al capital adecuado, organización y personal. La Superfinanciera también asegura la estabilidad del mercado supervisando la cabal conducción del mercado de valores en concordancia con la Ley 964 de 2.005,

²¹¹ Documento CONPES 3399 de 2.005.

²¹² Para conocer de cerca las funciones y facultades especiales que cumplen el Despacho del Superintendente Financiero, los Despachos de los Superintendentes Delegados, así como sus respectivas direcciones, subdirecciones y demás oficinas adjuntas, ver los artículos 11 al 68 del Decreto 4327 del 2.005.

mediante la cuál se aprobó el marco regulatorio en el que se desarrolla el mercado de valores y de capitales en Colombia, con los objetivos concretos de promover el mercado, proteger al inversionista y prevenir el riesgo sistémico, entre otros²¹³.

3.2.3. Los Acuerdos de BASILEA I y II: Una visión general desde la perspectiva de la regulación y supervisión financiera en Colombia.

A lo largo del presente trabajo se ha evidenciado una tendencia global según la cuál, el marco legal de todos los países debe contar con una adecuada regulación, capaz de asegurar que las autoridades que ejercen la inspección, el control y la vigilancia del sector tengan las herramientas necesarias para establecer las políticas, las prácticas y los procedimientos que deben seguirse par autorizar el funcionamiento de una entidad financiera.

Es así que el Comité de Basilea para la supervisión Bancaria²¹⁴ elaboró un documento denominado *Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva*²¹⁵, mediante el cual se exhorta a todos los países a adoptar y a desarrollar estos principios dentro de sus jurisdicciones, con el fin de que en ellos se apoyen las autoridades supervisoras, a efectos de minimizar los riesgos que, por ejemplo, por vía de ingreso de entidades al sector se pueden generar y llegar a afectar la estabilidad financiera de un país²¹⁶.

²¹³ Se evidencia sin embargo la escisión que existe en la regulación del sistema financiero colombiano. Ver nota Nro. 177.

²¹⁴ Es un Comité de autoridades supervisoras bancarias que fue establecido por los gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez Países, en 1.975, y se encuentra conformado por representantes de los siguientes países: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos.

²¹⁵ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, Basilea, Septiembre de 1.997.

²¹⁶ En promedio, los países en desarrollo están a la zaga de sus homólogos en el G-10 en el cumplimiento de los preceptos de BASILEA I (véase Banco Mundial 2002). La falta de cumplimiento es especialmente inquietante en los siguientes ámbitos: i) supervisión consolidada; ii) independencia, recursos y poderes de supervisión y iii) aplicación de medidas correctivas en forma puntual y eficaz.

Nuestra legislación no ha sido ajena a dicho propósito. En el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en lo referente a temas tales como el otorgamiento de licencias a nuevas entidades, o al proceso de aprobación de cambios en la estructura corporativa, sigue las recomendaciones dadas por el Comité de Basilea en el documento antes mencionado.

Por otro lado, y dentro del estricto ámbito de la regulación y supervisión financiera, el Comité de Basilea ha considerado que una entidad bancaria puede verse expuesta a ciertos riesgos, tales como el denominado “Riesgo de Cumplimiento”, el cuál se define como “... *el riesgo de sanciones legales o normativas, pérdida financiera material, o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de incumplir con las leyes, regulaciones, normas, estándares de auto-regulación de la organización y códigos de conductas aplicables a sus actividades bancarias*”. De esa forma, el Comité de Basilea reconoce la importancia de que los bancos cumplan a cabalidad con las disposiciones que regulan su actividad, pues reconocen de manera fehaciente que su vulneración, no importa como se presente, puede representar una pérdida para la entidad.

En otras palabras, se puede observar con claridad cómo el Comité de Basilea reconoce la existencia del riesgo que representa para las entidades bancarias vulnerar el orden jurídico al que se encuentran sujetas, pero, de igual forma, es consciente de que, como todo riesgo, debe ser administrado a través de un sistema que comprende a toda la organización, mediante el establecimiento de funciones y obligaciones acordes con la actividad que cada una de ellas desempeña en la entidad. Al respecto, un tradicional exponente de la doctrina financiera en nuestro país se expresa de la siguiente manera:

“(…) las recomendaciones de Basilea son contundentes al propugnar por una interacción fuerte de la administración de las entidades financieras en el cumplimiento de la ley, y ello es plenamente loable. Incluso llegan al punto de expresarlo de manera muy enfática, pues se menciona como un objetivo de la función (financiera) el asegurar el cumplimiento de la ley (...)”²¹⁷.

Pero además de prevenir la exposición a riesgos como el arriba mencionado (de cumplimiento) en las actividades crediticias, el Acuerdo de Basilea no ha podido evitar que se sigan sumando elementos como las contingencias relacionadas con diferentes tipos de operaciones de tesorería y la incertidumbre ligada a las posibilidades de contagio de las crisis de otros mercados. En dicho contexto de grandes cambios en la banca mundial, se espera una adopción de los principios del Nuevo Acuerdo de Capitales de Basilea²¹⁸. El mensaje general del acuerdo puede sintetizarse en que el capital de las entidades bancarias debe ser mas sensible al perfil de riesgo financiero que se esté asumiendo²¹⁹. Sin embargo, la implementación del acuerdo está lejos de ser uniforme y coordinada en el tiempo. En tal sentido, uno de los más importantes retos para el futuro es su adecuada implementación en las entidades del sector financiero colombiano. Es por eso que el papel de las autoridades debe fortalecerse, ya que se requieren reguladores mas especializados y con gran capacidad técnica para asimilar las innovaciones financieras²²⁰.

²¹⁷ LOPEZ ROCA, Luis Fernando. Temas de Derecho Financiero Contemporáneo: La Responsabilidad del administrador bancario por el deber de velar por el cumplimiento de la ley y los estatutos. Primera Edición, Bogotá D. C., Universidad del Rosario. Abril de 2.006. p. 270.

²¹⁸ Conocido genéricamente como “BASILEA II”, el cual se sustenta en tres pilares: el pilar 1, requisitos de capital; el pilar 2, examen de la supervisión y el pilar 3, disciplina de mercado.

²¹⁹ Son muchas las descripciones generales de BASILEA II. Hay varias disponibles en www.bis.org.

²²⁰ CÁRDENAS SANTA MARIA, Patricia. Temas de Derecho Financiero Contemporáneo: La Responsabilidad del administrador bancario por el deber de veral por el cumplimiento de la ley y los estatutos. Primera Edición. Bogotá D. C., Universidad del Rosario, Abril de 2.006. p. 62.

CUARTA PARTE
ANÁLISIS DE CAMPO:
DESCRIPCIÓN NORMATIVA Y ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LOS
CONTROLES A LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EN LOS SISTEMAS
FINANCIEROS DE COLOMBIA Y ALEMANIA

4.1. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DEL PROCESO FORMAL DE AUTORIZACIÓN PARA LA INTEGRACIÓN DE SOCIEDADES FINANCIERAS EN COLOMBIA

En el caso colombiano, es imperativo remitirnos esencialmente a los capítulos II y III del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para realizar una descripción detallada de los contenidos normativos que regulan las operaciones de integración de las sociedades financieras, y particularmente del procedimiento administrativo que se debe adelantar ante el ente supervisor para el control de las fusiones y adquisiciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que en Colombia las operaciones que implican cierto grado de concentración no se encuentran reguladas como un todo, de acuerdo a su naturaleza, por lo que se hace necesario delimitar el presente ejercicio de descripción normativa, exclusivamente para el caso de las operaciones de fusión y adquisición. Al respecto, cabe advertir nuevamente que solo profundizaremos en aquellos supuestos normativos regulatorios que se encuentren relacionados con el objeto de estudio del presente trabajo.

Vale la pena comenzar entonces recordando que de acuerdo con el artículo 71 numeral 8vo. del EOSF, adicionado por el artículo 11 de la Ley 795 de 2003, a todos los procesos de integración (fusión, conversión, adquisición, etc) de entidades financieras de propiedad gubernamental se les debe aplicar las normas establecidas en el EOSF, sin autorización adicional alguna.

Así pues, en lo referente a las operaciones de fusión, es importante mencionar de manera inicial el artículo 56 del mencionado estatuto orgánico, en cuyo numeral 1ero. se señalan dos premisas diferentes que se pueden presentar al momento de dar aviso a la Super, a saber:

1. **Aviso a la Super** por parte de los Representantes Legales de las entidades interesadas **dentro de los 10 días siguientes a la aprobación de las respectivas asambleas,**
2. **Aviso a la Super de forma anticipada a la aprobación de las asambleas,** en cuyo caso se le notificará la intención de fusión **en un plazo de no menos de 3 meses anteriores a la aprobación de las asambleas,**

Ahora bien, dicho numeral 1ero. hace referencia al particular caso que se puede presentar para los conglomerados financieros, cuando filiales de matrices diferentes pretenden fusionarse. El aviso de fusión se podrá hacer conjuntamente con sus matrices, permitiéndose la acumulación de los trámites de fusión que adelantan las filiales con los de las matrices.

Mientras tanto, el numeral 3ero. del mismo artículo 56 establece un procedimiento abreviado para el aviso de la fusión, en cuyo caso se permite enviar a la Super dicha notificación con no menos de un mes de antelación, cuando la solicitud sea suscrita por los accionistas de las entidades que representen una mayoría superior al 95% del capital de las entidades interesadas.

Así las cosas, en cualquiera de los casos del aviso anticipado²²¹, el artículo 57 del EOSF impone a los representantes legales la obligación de poner en conocimiento de los accionistas o aportantes de las entidades interesadas dicho aviso mediante publicación en un diario de amplia circulación en donde se debe incluir la información que la propia norma exige²²², y con una anterioridad de 2 meses de antelación (o de 1 solo mes, dado el caso) a la fecha prevista para la reunión de asamblea a cuya consideración se someterá el compromiso de fusión. A partir de dicho momento, los libros de contabilidad y demás comprobantes exigidos por la ley deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración hasta que se reúna la asamblea que debe estudiar la fusión. En dicho contexto, el mismo artículo permite que conjuntamente con este aviso anticipado se convoque la asamblea encargada de decidir sobre la fusión, en la medida en que los estatutos de la entidad interesada así lo admitan.

De esta forma, el nral. 1 del artículo 58 dispone que una vez recibido dicho aviso de fusión, el superintendente podrá objetarlo dentro de los 2 meses siguientes a su presentación en debida forma²²³. En cualquier caso, si a juicio del superintendente no existe causal alguna que permita objetar la fusión²²⁴, éste podrá declararlo así antes del vencimiento del término²²⁵.

²²¹ En el caso del Nral. 3 del artículo 56, dicho aviso abreviado podrá efectuarse con solo 1 mes de antelación.

²²² La ley, en los literales a y c del Nral. 2do. contempla los requisitos mínimos que debe contener la información publicada en el aviso.

²²³ Cuando se trata del aviso anticipado contemplado en el nral. 3 del artículo 56, el cual puede presentarse con solo un mes de antelación, el superintendente dispone de un término máximo de un mes para formular objeción.

²²⁴ Las causales de objeción a la fusión se encuentran contempladas de manera taxativa en el Nral. 2 del artículo 58 del EOSF. Teniendo en cuenta el problema que se plantea en la presente monografía, **vale resaltar que el superintendente puede objetar las fusiones que puedan traer como consecuencia limitaciones a la libre competencia o incluso “concentraciones” en si mismas, pero solo luego de escuchar al Consejo Asesor y de la autorización del Ministro de Hacienda.** A continuación, los apartes de la norma a la que se hace referencia, es decir, causales de objeción de la fusión: *“d. Cuando, como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, ya sea como matriz o por medio de sus filiales,*

Dado lo anterior, es fundamental tener en cuenta lo expresado por nuestro ente supervisor al habersele consultado, ante la ausencia de una norma que lo establezca, el parámetro utilizado para dar cabal aplicación a lo preceptuado en el nral. 2do. del mencionado artículo 58, dada una eventual objeción de la operación:

“(...) por ejemplo, esta Superintendencia ha considerado, en fusiones de establecimientos bancarios, la participación de la entidad resultante o absorbente en el total de la cartera de créditos de los establecimientos de crédito y del sistema bancario, servicio por excelencia de tales instituciones.

Para contar con un indicador del nivel de concurrencia se ha estimado además el porcentaje de la cartera de créditos en cada segmento, comparación que igualmente se efectúa contra el consolidado de todo el sistema financiero.

Asimismo se ha considerado los activos y pasivos de la entidad resultante contra los del sector de las instituciones de su misma naturaleza (bancos, corporaciones, compañías, etc) e igualmente contra los de la totalidad del sistema

y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. Se entenderá que ninguna de las hipótesis previstas en esta letra se configura cuando la entidad absorbente o nueva atiende menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes; e. Cuando, a su juicio, la fusión pueda causar perjuicio al interés público o a la estabilidad del sistema financiero”.

²²⁵ Vale mencionar en este punto lo que establece nuestro legislador comercial. Es así que el artículo 174 del Código de Comercio, al referirse a la posible aprobación del compromiso de fusión, exige ciertas condiciones para comunicar la intención de fusión a los accionistas y a efectos del término que tienen los acreedores para exigir garantías. Sin embargo, dicho aviso establecido en nuestro Código de Comercio no es necesario cuando la entidad absorbente o nueva cumpla con los niveles adecuados de patrimonio o con las normas de solvencia vigentes, por lo que deberá caer en desuso lo allí preceptuado, dado que la normatividad financiera actual impide la operación de entidades que no cumplan con dichos preceptos.

*financiero (depósitos y exigibilidades, igualmente segmentados)*²²⁶.

De esta forma se puede deducir con claridad que la superintendencia aplica criterios diferenciados para cada operación de integración que examina, evidenciándose así, a diferencia del caso alemán²²⁷, la existencia de un vacío normativo que permita establecer un criterio unificado que mida de forma pública y transparente las condiciones de las sociedades financieras respecto del mercado en el que se desarrollan, esto es, en el sistema financiero.

Seguidamente, es dable analizar lo referente a la formalización de la operación. Así, el nral. 1 del artículo 60 del EOSF establece que la entidad absorbente o nueva podrá formalizar el acuerdo de fusión, una vez venza el término sin que el superintendente se haya pronunciado sobre una posible objeción, o se declare anticipadamente la ausencia de objeción. Dicha formalización deberá llevarse a cabo mediante el registro de la Escritura Pública de fusión en la Cámara de Comercio dentro de los 45 días calendario siguientes a la fecha en que se haya vencido el término para objetar²²⁸. Efectuado el registro, la copia de la escritura registrada deberá ser remitida de inmediato a la superintendencia²²⁹.

En lo que respecta a la emisión y/o adquisición de acciones y a operaciones de reducción de capital consecuencia del acuerdo de fusión, el nral. 5to del artículo 60 del mencionado estatuto financiero exige dichas operaciones sólo se efectúen una vez formalizado y registrado el acuerdo de fusión, quedando en cabeza de la entidad absorbente o la entidad resultante la obligación de informar a la super

²²⁶ Superintendencia Bancaria de Colombia, Concepto No. 199835447-0.

²²⁷ Caso a estudiar en el capítulo siguiente.

²²⁸ En caso de aviso anticipado de fusión a la super, dicho plazo se cuenta a partir del día en que se haya aprobado el respectivo compromiso de fusión.

²²⁹ Si alguna entidad del sector solidario hace parte de la operación, también deberá remitirse copia de la escritura registrada a la superintendencia del ramo.

sobre la cuantía y características de la misma dentro de los 5 días hábiles siguientes al día en que se efectuó la respectiva operación.

En dicho contexto, en cuanto a la integración de operaciones, el nral. 6to. del artículo 60 permite que, a partir del día en que expire el término para objetar, o desde la declaración de no objeción de la super, la entidad absorbida o incorporada pueda ofrecer directamente los servicios de la entidad absorbente, con tres condiciones previas:

1. Que se de aviso al público en un diario de amplia circulación.
2. Que se de aviso a la superintendencia.
3. Que los servicios a ofrecer, sean compatibles con su naturaleza.

Todo lo anterior, a pesar de que todavía no se haya perfeccionado la fusión, aunque también se consagra una solidaridad clara en la posible responsabilidad de las entidades involucradas al prestar dichos servicios.

Por su parte, el nral. 1ero. del artículo 62 se encarga de garantizar los derechos de los accionistas minoritarios de tal manera que quienes sean conjunta o separadamente propietarios de no menos del 5% de las acciones suscritas de cualquier entidad interesada en participar en un proceso de fusión, tendrán derecho a solicitar que se efectúe un estudio técnico independiente²³⁰ para determinar el valor de las entidades participantes en la fusión y la relación e intercambio correspondiente²³¹. Ahora bien, dicha solicitud deberá hacerse al representante legal de la respectiva entidad dentro del mes siguiente al de la publicación o al envío del aviso a los accionistas o aportantes. En caso de no mediar aviso, la solicitud se hará en la asamblea o dentro de los 10 días siguientes a su celebración y, regulando excepcionalmente cuestiones que son materia de los estatutos internos de las entidades, el EOSF advierte que, de ser necesario, la

²³⁰ El nral. 3ero. del artículo 62 consagra las características y los efectos de dicho estudio.

²³¹ Dicho estudio técnico no podrá solicitarse en los casos previstos en el nral. 3ero. del artículo 62. Por ejemplo, cuando el propio aviso anticipado de fusión contenga los resultados de un estudio técnico independiente mediante el cuál se haya determinado el valor de las entidades y la relación de intercambio.

fecha de reunión de la asamblea donde deba considerarse un compromiso de fusión, será pospuesta hasta cuando el estudio quede concluido. Vale decir que es en los representantes legales de las entidades interesadas en quienes recae la obligación de informar a los accionistas minoritarios de los derechos que tienen, al momento de dar el correspondiente aviso de fusión, o en la propia asamblea de no mediar tal aviso.

En relación también con los derechos de los accionistas, el nral. 4to. del artículo 62 consagra el derecho de retiro que pueden tener los accionistas que no convengan con la nueva operación. Se establece pues que en caso de optar por el retiro, la entidad de la cuál se es accionista deberá pagar las acciones en dinero dentro del mes siguiente a la fecha de la asamblea que decidió la fusión, tales adquisiciones se efectuarán con cargo al patrimonio de la entidad, como reducción de capital, o como adquisición de acciones propias, en los términos y condiciones que señale la superintendencia para cada caso en particular.

Por su parte, en lo que se refiere a las operaciones de adquisición, nuestro legislador estableció los supuestos que se describen a continuación:

El nral. 2do. del artículo 63 del EOSF inicia el capítulo que regula las adquisiciones refiriéndose a la procedencia de dicho tipo de operaciones. Así, se aplican en general las mismas normas que rigen las fusiones, y para todos los casos que en que una entidad vigilada llegare a adquirir la totalidad de acciones en circulación de otra entidad. Se contempla así en estos eventos que la sociedad adquirida se deberá disolver sin liquidarse integrando sus derechos y obligaciones al patrimonio de la sociedad adquirente. Lo anterior, a partir de la inscripción del acuerdo en el registro mercantil.

La adquisición entonces, a la luz del mismo nral 2do. del mencionado artículo, podrá efectuarse en una o en varias operaciones simultáneas o sucesivas siempre y cuando se adquiriera la totalidad de las acciones o se fusione en un plazo no mayor a 6 meses desde la primera transacción o no mayor a un año cuando la transacción es de mas de un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes²³².

Seguidamente, el artículo 64 de nuestra máxima norma financiera se refiere al aviso a la super y a la posible objeción a la adquisición. Así, el superintendente puede objetar la adquisición de entidades financieras y aseguradoras a la cual se refiere el nral. 2do. del artículo anterior, previamente a la iniciación de la misma y por las mismas razones previstas para objetar las fusiones²³³. Sin embargo, en este caso es necesario oír el concepto previo del Consejo Asesor, y obtener la aprobación del Ministro de Hacienda cuando sea pertinente²³⁴.

En lo que respecta a la certificación de la adquisición, el nral. 1ero. del artículo 65 obliga a que el representante legal de la entidad adquirente, una vez cumplida la adquisición de la totalidad de acciones de la entidad adquirida, lo informe así a la super para que ésta certifique la adquisición, cuya formalización se hará también mediante Escritura Pública, en la que se insertará lo dispuesto por el nral. 2do. del artículo 65.

Una vez que expire el término para que el super formule objeción, o haya declarado que no hay lugar a ella, y se haya adquirido por lo menos el 75% de la

²³² El propio legislador financiero advierte que el incumplimiento de lo previsto en el artículo 63 da lugar a las sanciones previstas en el artículo 110 Nral. 5to. del mismo EOSF.

²³³ Para estos efectos, el representante legal de la entidad adquirente deberá siempre dar aviso anticipado a la super, a lo cual le seguirá el mismo procedimiento previsto para las operaciones de fusión. Así, por ejemplo, al igual que en los casos de fusión, el super dispone de un plazo de 2 meses para formular objeciones, contado desde el aviso presentado en debida forma, pero podrá declarar que no hay lugar a ellas antes del vencimiento del plazo.

²³⁴ Es importante mencionar que siempre son ineficaces las fusiones o adquisiciones que se produzcan a pesar de que hayan sido objetadas o sin que haya transcurrido el plazo para que el super objete.

respectiva entidad, el nral. 3ero. del artículo 65 permite a las entidades integrar sus servicios en los términos y condiciones establecidas para las operaciones de fusión (Nral. 6to. artículo 60).

La adquisición producirá efectos entonces, en relación con las entidades participantes en el proceso, a partir de la inscripción de la Escritura Pública de Adquisición en el respectivo registro mercantil (nral. 4to. del artículo 65), momento éste a partir del cual los bienes y derechos de la entidad absorbida pasarán de pleno derecho a la titularidad de la entidad adquirente, sin que sea necesario ningún trámite para dichos efectos, según lo dispuesto por el nral. 5to. del artículo 65²³⁵.

Finalmente, existen dos normas importantes que se aplican para cualquier tipo de operación de integración en Colombia. La primera de ellas, establecida en la reforma del 2.003, condicionó la aprobación de dichas operaciones de una manera muy específica. Es así que en el nral. 5to. del artículo 71 modificado por el artículo 10 de la Ley 795 de 2.003, se advierte que las entidades quedan facultadas exclusivamente para adelantar las actividades propias de la clase de institución financiera resultante de la operación. En consecuencia, la aprobación, en caso de requerirse, deberá condicionarse a que dentro de un término máximo de 3 meses, contados desde la fecha de la misma, se acuerde con la superintendencia un programa de adecuación de las operaciones del régimen propio de la institución correspondiente, el cual deberá tener una duración máxima de 2 años.

Por otro lado, la segunda norma aplicable para cualquier tipo de operación de integración es la que se encuentra contenida en el nral. 6to. del artículo 71 de nuestro estatuto financiero, y en la que se hace referencia a la publicidad que deben tener estas integraciones. Así, formalizada la operación, se deberá dar

²³⁵ Se debe resaltar que la entidad adquirente deberá convenir con la superintendencia, tan pronto concluya la adquisición, un programa de adecuación de las operaciones al régimen propio de la institución correspondiente, si a ello hubiere lugar.

aviso al público de tal circunstancia en un diario de amplia circulación nacional, el cuál será publicado 3 veces con intervalos de 5 días.

4.2. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DEL PROCESO FORMAL DE AUTORIZACIÓN PARA LA INTEGRACIÓN DE SOCIEDADES FINANCIERAS EN ALEMANIA

En el caso de la República Federal de Alemania, es imperativo hacer una aproximación diferente al momento de querer hacer un acercamiento a su normativa aplicable al control de las operaciones de integración. De hecho, no nos detendremos en este caso a analizar cuestiones relativas a la defensa del interés de los accionistas minoritarios, o a las operaciones sobre acciones que deban realizarse como consecuencia del acuerdo, dadas las grandes diferencias que existen en la estructura normativa alemana al abordar dichos asuntos.

La normativa básica para el control de las concentraciones pues, se encuentra en la “Ley Contra las Restricciones a la Competencia” (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB), la cual fue promulgada el 26 de Agosto de 1.998. Es así que el examen de las operaciones de concentración es de responsabilidad exclusiva de la “Agencia Federal de Cárteles” (Bundeskartellamt). Sin embargo, dicho estatuto no es aplicable en aquellos casos en los que operen las regulaciones del ámbito comunitario, de acuerdo a lo estipulado por las normas que rigen la materia en la eurozona.

Así las cosas, es dable resaltar que en el caso alemán es la propia norma (y no el ente supervisor) la que se encarga de definir en que casos se puede producir una operación de “Concentración”. Para eso, la sección 37, inciso 1, en los numerales

1 al 4 de la citada norma, delimita los varios tipos de transacciones que deben ser entendidas como concentraciones:

1. La adquisición de todas o una parte sustancial de las acciones de otra empresa,
2. La adquisición del control directo o indirecto de otra empresa, mediante una o varias operaciones de compra simultánea o sucesiva de toda o de algunas partes de una o mas empresas²³⁶,
3. La adquisición de unidades pertenecientes a otra empresa (filial de otra empresa), de manera separada o conjunta con otras unidades de una misma matriz o empresa, cuando dicha filial o unidad excede el 50% del capital o el 25% de los derechos de voto de la otra empresa,
4. Cualquier otra combinación de operaciones realizadas de manera simultánea o sucesiva, que permitan de manera directa o indirecta ejercer una “influencia significativa” en la otra empresa.

Finalmente, dicho inciso considera que se configura una concentración cuando existe cualquier tipo de operación que resulte en un fortalecimiento sustancial de la afiliación existente entre las empresas involucradas (Sección 37, inciso 2).

Ahora bien, la misma norma contra las restricciones a la competencia establece de manera taxativa cuales concentraciones son susceptibles de control por parte del ente supervisor, en este caso, la Agencia Federal de Cáteles. Así, se considera que una operación de concentración deberá estar sujeta a control cuando en el último año contable se materialice una concentración en la que las empresas involucradas tengan ingresos de más de 500 millones de Euros de manera

²³⁶ Dentro del mismo numeral, la norma define que debe entenderse por control y a través de que medios puede ser ejercido.

combinada, y/o cuando los ingresos domésticos de al menos una de las empresas participantes en la operación haya superado los 25 millones de Euros²³⁷.

En resumen, existe pues una clara distinción entre dos diferentes categorías de concentraciones que se encuentran contempladas en la Ley Contra las Restricciones a la Competencia, aquellas concentraciones sujetas al control y aquellas que no lo son. De esta manera, las concentraciones que se encuentran sujetas a control deben ser siempre notificadas en debida forma al ente supervisor antes de que produzcan efectos en la vida jurídica. Mientras tanto, las concentraciones que no son objeto de control alguno²³⁸, no tienen ninguna obligación de notificarse para que puedan comenzar a producir efectos.

Más adelante, el inciso 1ero. de la Sección 36 de la citada norma dispone que la Agencia Federal de Cánteles podrá prohibir una operación de concentración cuando se espere que ésta traiga como resultado el fortalecimiento de alguna posición dominante, a no ser que las empresas involucradas puedan probar que con la concentración se podrán mejorar las condiciones de competencia del mercado, y que dicho mejoramiento servirá de contrapeso para las desventajas que trae el ejercicio de la posición dominante²³⁹. En dicho contexto, vale resaltar que existe la posibilidad de apelar la decisión del ente supervisor ante la Corte de Apelaciones de Dusseldorf, distrito éste en donde se encuentra asentada la Agencia Federal de Cánteles. Asimismo, de manera análoga al caso colombiano²⁴⁰, y de acuerdo a la Sección 42 de la mencionada Ley Contra las

²³⁷ La norma contempla asimismo todas las demás operaciones de concentración que no estarán sujetas a control alguno y que, por lo tanto, no requieren ser notificadas al ente regulador (Bundeskartellamt).

²³⁸ También tipificadas como tales dentro de la Ley Contra las Restricciones a la Competencia.

²³⁹ Al igual que otros institutos jurídicos relacionados, la Ley Contra las Restricciones a la Competencia consagra la definición de "Dominio" o posición dominante en el mercado y especifica las condiciones en las que se configura. Ver la Sección 19, incisos 2do. y 3ero. de la citada norma.

²⁴⁰ Cabe recordar que nuestro EOSF se requiere del Consejo Asesor y la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando el superintendente pretenda objetar una fusión en ciertos casos, entre los cuales se encuentra aquel en el que se considere que con la operación se puede afectar o limitar la competencia (Ver inciso final nral. 2do. del artículo 58 del EOSF).

Restricciones a la Competencia, es dable acudir ante el Ministro Federal de Economía cuando en ciertos casos particulares, las restricciones a la competencia se justifican por las virtuales ventajas que puede traer la operación para la economía vista como un todo, o incluso por meras razones de interés público.

De esta manera, y en particular con lo relacionado al procedimiento y los plazos, la ley contempla para el ente supervisor, en principio, un término de 4 meses a partir de la recepción en debida forma de la notificación completa de la operación de concentración a examinar, con la posibilidad de que se pronuncie sobre una posible prohibición durante dicho periodo. En cualquier caso, la Agencia Federal supervisora deberá informar siempre a las partes involucradas que se ha iniciado el examen de la concentración luego de un mes de recibido el aviso de concentración en debida forma. A partir de dicho momento, se considera que se da inicio a la *parte sustancial del estudio de la operación*, aunque dichos procedimientos no siempre son necesarios. En otras palabras, dicha parte sustancial del estudio es dable cuando la naturaleza de la operación de concentración así lo amerita (Sección 40 Inciso 1ero).

Así las cosas, el ente supervisor deberá decidir formalmente si se prohíbe o aprueba la concentración, justificando su decisión debidamente en cualquiera de los casos. Pero en el caso de una posible autorización, el inciso 3ero. de la Sección 40 dispone que ésta puede sujetarse a ciertas condiciones u obligaciones a criterio de la agencia²⁴¹, sin que se pueda dar pie a un control continuado sobre las operaciones de las empresas participantes en la operación por parte del ente supervisor. Finalmente en este respecto, la norma alemana es contundente al establecer la obligatoria publicidad de cualquier decisión tomada por la Agencia

²⁴¹ En este punto es inevitable traer a colación lo dispuesto por el legislador financiero colombiano en la reforma del 2.003 mencionada en el capítulo anterior, que modificó el numeral 7mo. del artículo 71 del EOSF al facultar al superintendente para condicionar las autorizaciones de cualquier tipo de operación de integración, cuando así lo considere necesario.

Federal durante el procedimiento de autorización (numeral 1ero., inciso 2do. de la Sección 43).

Adicionalmente, la mencionada ley consagra de manera taxativa la prohibición de formalizar operaciones de concentración para que produzcan efectos antes de que se haya vencido el término inicial de un mes sin que la Agencia Federal de Cáteles haya iniciado el examen sustancial de la operación, o antes de que se haya vencido el periodo máximo de 4 meses, o en todo caso, antes de que la Agencia haya autorizado la concentración. En dicho contexto, en el nral. 1, inciso 2 de la Sección 81 se contemplan sanciones de carácter administrativo para todo aquel que viole dichas prohibiciones, e incluso no producirá efectos cualquier acto o transacción que pueda violar las citadas prohibiciones²⁴².

Finalmente, vale decir que el legislador financiero alemán obliga al ente supervisor a concluir a la mayor brevedad los procedimientos de examen anteriormente mencionados. De hecho, cuando de acuerdo a la información suministrada mediante el aviso allegado en debida forma, es claro que no se va a favorecer una nueva “Posición de Dominio” en el mercado, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1ero. de la Sección 36 de la Ley Contra las Restricciones a la Competencia, la Agencia Federal de Cáteles deberá informar sin demora a las empresas involucradas que no se reúnen las condiciones para una posible prohibición y que por lo tanto, la concentración podrá ser autorizada²⁴³.

²⁴² Existe una excepción que se contempla en dichos casos, cuando alguna de las empresas involucradas prueba que actuó para prevenir un daño mayor a otra de las empresas o a una tercera parte (Inciso 2, Sección 41 Ley Contra las Restricciones a la Competencia).

²⁴³ Se podría considerar que existe una norma análoga para el caso colombiano: Artículo 58, nral 1ero. del EOSF.

4.3. CUADROS ANEXOS (3 EN TOTAL) CON CRONOLOGÍA NORMATIVA DEL PROCESO DE AUTORIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EN COLOMBIA Y ALEMANIA Y DE MANERA COMPARADA.

QUINTA PARTE

CONCLUSIONES GENERALES

Al inicio de la presente investigación, se contemplaba de antemano la gran complejidad del asunto objeto de estudio. Y no es para menos. Solo en Colombia, durante los meses que duró la realización de éste trabajo se materializaron tres de las más grandes operaciones de integración que se hayan dado en la historia económica del país, por lo que es claro que la vigencia del problema denota la relevancia que tiene.

Ante tal realidad, y buscando conocer a fondo la propia legislación al acudir al estudio comparado, el problema que enmarca la presente monografía no ha ido mas allá que aquel que se relaciona con la descripción y el análisis de los instrumentos normativos que ha otorgado el legislador nacional, tanto en Colombia como en Alemania, para controlar las operaciones de concentración financiera, y de ésta manera poder cumplir con el mandato constitucional de garantizar la libre competencia económica que a su manera, otorgó el constituyente primario en ambas naciones.

Dado lo anterior, a continuación se esbozarán algunas consideraciones que servirán como reflexiones finales del problema planteado:

1. Valga decir antes que nada, que para que una operación de integración, tal y como se ha entendido a lo largo de este estudio, restrinja o limite la libre competencia, es imperativo contar con criterios preestablecidos determinados para que así pueda declararse la existencia de una concentración. La Ley Alemana Contra las Restricciones a la Competencia es un avance importante en dicho sentido, dado que es el propio legislador quien otorga los criterios a seguir por el supervisor, ya que no puede ser

éste, como en el caso colombiano, quien de manera subjetiva defina por sí mismo la viabilidad de la operación. Lo anterior, a concepto del autor, dotaría de una mayor transparencia al mercado.

2. Es evidente que los vacíos normativos no se limitan a lo enunciado en el punto anterior. Se requiere una reforma estructural que dote de mejores herramientas a los supervisores en Colombia para garantizar la libre competencia financiera de una manera mas efectiva. Materias trascendentales como las relacionadas con la Concentración o a la Posición de Dominio en el Mercado han sido hasta ahora desarrolladas esencialmente por vía administrativa o jurisprudencial.
3. Actualmente no existe en Colombia la manera de establecer la existencia de una posible “Posición de Dominio”, consecuencia de una operación de concentración, como si existe en la legislación financiera alemana (inciso 1ero. Sección 36 de la Ley Contra las Restricciones a la Competencia).
4. En concordancia con el punto anterior, se debe recordar que en el caso alemán es la propia norma (y no el ente supervisor) la que se encarga de definir en que situaciones se puede producir una operación de “Concentración”. En dicho sentido, se delimitan los varios tipos de transacciones que deben ser entendidas como concentraciones (Sección 37, inciso 1, numerales 1ero. al 4to.).
5. Ambos legisladores, colombiano y alemán, son previsorios en cuanto a la integración consecuente de operaciones entre las empresas involucradas en la integración, salvaguardando así de una mejor manera los intereses del consumidor financiero. En dicho contexto, en ambos casos se faculta a los entes supervisores para “monitorear” el inicio de las operaciones sin que se configure un control continuado sobre las empresas.

6. Mientras en Colombia se considera que cualquier tipo de operación de integración debe estar sujeta al control del ente supervisor, en Alemania se especifica con claridad cuales operaciones de integración son objeto de examen y cuales no, en cuyo caso no se requiere de notificación alguna a la agencia supervisora.
7. Llama la atención que tanto en el caso colombiano como el alemán, se consagra excepcionalmente la intervención del Ministro de Hacienda o Finanzas respectivo, para la aprobación o improbación final de la operación, según el caso, restándole criterios técnicos a la decisión.
8. Mientras en Colombia los procesos de autorización de las operaciones de integración se deben someter al régimen contemplado por el Derecho Administrativo para controvertir las actuaciones de la administración, el legislador alemán provee una jurisdicción exclusiva para apelar la decisión del ente supervisor en los mismos casos (La Corte de Apelaciones de Düsseldorf), respetándose así mas eficazmente el debido proceso y cumpliéndose a cabalidad el principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ✚ LOPEZ GARAVITO, Luis Fernando. Pensamiento Económico y Fiscal Colombiano. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1.998 (pp. 475 – 481)
- ✚ RUTHIG, Josef y STORR, Stefan. Öffentliches Wirtschaftrecht. Primera Edición. Heidelberg. C.F. Müller, 2.005 (pp. 201-216)
- ✚ SACHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional Colombiano. Duodécima Edición. Bogotá. Editorial Temis S.A., 1.996 (pp. 347-361)
- ✚ KALMANOVITZ, Salomón. Ensayos sobre Banca Central: Comportamiento, Independencia e Historia. Primera Edición. Cali. Editorial Norma, 2.003. (pp. 48-64)
- ✚ CASTELLS, Manuel (2000) “Materials for an Exploratory Theory of the Network Society”, The British Journal of Sociology, Vol. 51, January/march, (pp. 5-24)
- ✚ CERNY, Philip. Globalization and Erosion of Democracy, European Journal of Political Research, 1.999. Vol. 36, (pp. 1 –26)
- ✚ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Primera Edición. Bogotá. Universidad del Quindío, 2.005 (pp. 23-35)
- ✚ Apuntes Cátedra “Administrative Comparative Law”, Prof. Ruthig, Universität Mainz, WS 2.005.
- ✚ MWENDA, Kenneth. Legal Aspects of Unified Financial Services Supervision in Germany. German Law Journal Vol. 4 No. 10 - 1 October 2.003.
- ✚ Deutsche BundesBank, Globalisation: The role of institution-building in the financial sector, Case study on German experience prepared for the G-20, Frankfurt am Main, August 2003
- ✚ HACKETHAL Andreas. German banks: a declining industry?, Center for Financial Studies an der Johann Wolfgang Göethe – Universität Frankfurt am Main, CFS Working Paper No. 2003/27, Marzo de 2.003

- ✚ SCHÛLER Martin, “Integrated Financial Supervision in Germany”, Discussion Paper Nro. 04-35, Centre for European Economic Research (ZEW – Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH), Mannheim, Mayo de 2004
- ✚ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado: Formas de Estado, Formas de Gobierno y Constituciones Modernas. Primera Edición. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1997 (pp. 153-192, 520-600)
- ✚ Deutsche Bundesbank, “Supervision of Financial Conglomerates in Germany”, Monthly Report, Abril de 2.005
- ✚ LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando y LÓPEZ ANGARITA, Diego Fernando. Estrategias de Regulación Financiera. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2.004. (pp. 72-91)
- ✚ LANK GUTIERREZ, Nayibe, “La Banca Colombiana actual a partir de la crisis financiera de 1.982”, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1.999
- ✚ MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto, Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Tercera Edición. Bogotá, Editorial Legis, 2.004 (pp. 185-255).
- ✚ Informe del Banco Mundial sobre el desarrollo 1.997. Primera Edición. Washington. Oxford University Press, 1.997. (pp. 21-47)
- ✚ BAQUERO HERRERA, Mauricio, *“La Fusión de las Superintendencias: Una respuesta coyuntural o de fondo a las transformaciones del sector financiero colombiano?”*, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Economía, Bogotá D.C., presentación realizada en Abril 18 de 2.006.
- ✚ RODRIGUEZ AZUERO, RINCÓN CÁRDENAS Y CALDERÓN VILLEGAS, Temas de Derecho Financiero Contemporáneo. Primera Edición. Bogotá. Universidad del Rosario, 2.006. (pp. 208-231)
- ✚ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia, Primera Edición. Bogotá, Legis. Editores S.A., 1.998. (pp. 27-41)
- ✚ REICH, Norbert. Mercado y Derecho. Primera Edición. Barcelona. Edit. Ariel, 1985 (pp. 211-255)
- ✚ LONDONO PINZÓN, Daniel, “La posición dominante en el mercado financiero colombiano: Visión Crítica del sistema a la luz de las normas

internacionales”, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001

- ✚ “Análisis de la Estructura Competitiva del Sistema Financiero Colombiano”, publicado en *Ecos de Economía*, No. 18, Medellín, Abril de 2004.
- ✚ BECERRIL ARREDONDO, Juan Carlos, *Fusión de Sociedades: Análisis de la fusión de Time Warner*. Primera Edición. México D.F. Universidad Panamericana, 2003. (pp. 62-69)
- ✚ DOCTRINA Y CONCEPTOS FINANCIEROS 1999, Superintendencia Bancaria. Editorial Imprenta Nacional, 2000, p. 6.
- ✚ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Segunda Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2.004. p. 369.

JURISPRUDENCIA

- | | |
|-----------------------------|----------------------|
| ✚ SENTENCIA T-261 DE 1995. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-050 DE 1994. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-211 DE 1994. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-126 DE 2003. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-1161 DE 2000. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-936 DE 2003. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C- 021 DE 1994. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-560 DE 1994. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-700 DE 1999. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-955 DE 1999. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-398 DE 1995. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA C-122 DE 1999. | CORTE CONSTITUCIONAL |
| ✚ SENTENCIA SU-157 DE 1999. | CORTE CONSTITUCIONAL |

NORMAS CITADAS

- ✚ LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA
- ✚ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991
- ✚ LEY DE INTEGRACIÓN DE LAS AGENCIAS DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE MARZO DE 2002
- ✚ LEY ALEMANA CONTRA LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA DE

AGOSTO DE 1998

- ✚ LEY DE BANCOS DE 1.961 DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA
- ✚ LEY DE BANCOS DE 1923 DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
- ✚ ACTO LEGISLATIVO NRO. 3 DE 1910
- ✚ ACTO LEGISLATIVO NRO. 1 DE 1986
- ✚ CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA
- ✚ LEY 964 DE 2005
- ✚ LEY 795 DE 2003
- ✚ LEY 510 DE 1999
- ✚ LEY 546 DE 1999
- ✚ LEY 550 DE 1999
- ✚ LEY 45 DE 1990
- ✚ LEY 31 DE 1992
- ✚ LEY 55 DE 1975
- ✚ LEY 74 DE 1989
- ✚ LEY 510 DE 2000
- ✚ LEY 795 DE 2003
- ✚ LEY 31 DE 1992
- ✚ LEY 920 DE 2004
- ✚ LEY 155 DE 1959
- ✚ LEY 45 DE 1993
- ✚ LEY 5 DE 1973
- ✚ LEY 59 DE 1905
- ✚ LEY 51 DE 1918
- ✚ LEY 58 DE 1931
- ✚ LEY 68 DE 1924
- ✚ LEY 27 DE 1864
- ✚ LEY 35 DE 1865
- ✚ LEY 79 DE 1871
- ✚ LEY 39 DE 1880
- ✚ LEY 70 DE 1884
- ✚ DECRETO 4327 DE 2.005
- ✚ DECRETO 4759 DE 2005
- ✚ DECRETO 915 DE 1993
- ✚ DECRETO 2330 DE 1.998
- ✚ DECRETO 663 DE 1.993 (EOSF)
- ✚ DECRETO 217 DE 1.913
- ✚ DECRETO 200 DE 1.939
- ✚ DECRETO 2369 DE 1.960
- ✚ DECRETO 1730 DE 1974
- ✚ DECRETO 2153 DE 1992
- ✚ DOCUMENTO CONPES 3399 DE 2.005
- ✚ CIRCULAR EXTERNA 88 DE 2.000 DE LA SUPERBANCARIA
- ✚ CIRCULAR EXTERNA 50 DE 2.001 DE LA SUPERBANCARIA
- ✚ CIRCULAR EXTERNA 11 DE 2.002 DE LA SUPERBANCARIA

- ✚ CIRCULAR EXTERNA 007 DE 1996 DE LA SUPERBANCARIA
- ✚ CIRCULAR EXTERNA 48 DE 1993 DE LA SUPERBANCARIA
- ✚ DICTAMEN C-271 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2001, DEL BANCO CENTRAL EUROPEO
- ✚ DIRECTIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA NRO. 87 DE 2002

SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

www.bundesbank.de

www.bundeskartellamt.de

www.bafin.de

www.uni-mainz.de

www.superfinanciera.gov.co

www.banrep.gov.co

www.ramajudicial.gov.co

www.ecb.int

www.bis.org

www.iaisweb.org

