

# EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN EN LA COMPETENCIA: un análisis desde el sector bancario colombiano

CRISTHIAN IVONNE REYES RODRÍGUEZ  
ivonnereyes83@gmail.com

## RESUMEN

En principio los criterios de competencia y estabilidad no son excluyentes, el conflicto surge cuando las estructuras regulatorias quedan mal diseñadas debido a que buscando proteger la estabilidad del sistema pueden afectar de manera negativa la competencia en el mercado. Es por esto que en relación con la regulación, el criterio de competencia debe primar a la luz del bienestar económico sobre otros factores, como por ejemplo el criterio de estabilidad. Las razones para ello son varias. En primer lugar, la competencia favorece la estabilidad al mitigar el riesgo de crisis financieras. En segundo lugar, el enfoque en estabilidad impide mejores servicios a menores costos a los usuarios del sistema, lo cual tiene importantes implicaciones en términos de equidad y desarrollo económico del país.

## ABSTRACT

Competition and stability criteria, in principle, are not mutually exclusive. Conflict comes up when the regulatory structures are not well designed, mainly because whi-

le searching to protect the stability of the system, they can affect in a negative way the competition in the market. It's because of this, that in relation to the regulation, the competition criteria must be a top priority for the economic welfare, above other factors, such as the stability criteria. The reasons for this are wide. First of all, competition is a benefit because it helps the stability to decrease the risk of financial crisis. In the second place, the focus on stability does not allow better services at lower costs to the system customers, which has great consequences in terms of fairness and economic development of the country.

La regulación bancaria es una forma de ejercicio de poder público que al limitar los derechos de los particulares se justifica en la protección del interés público que existe en el sistema bancario, por lo que en un ámbito más general, la estabilidad del sistema financiero es una preocupación pública que justifica la intervención estatal mediante la regulación. Es decir que teniendo en cuenta que las características del sector financiero son tales que los problemas de una entidad

individual pueden impactar negativamente en todo el sistema, la estabilidad del sistema ha sido vista como el principal objetivo de la regulación bancaria<sup>1</sup>.

En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde ésta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor<sup>2</sup>. En ese sentido, podría decirse que la regulación no se refiere 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 en la Constitución<sup>3</sup>.

Ahora bien, en Colombia, las facultades de regulación otorgadas a las autoridades administrativas se encuentran limitadas por la Constitución y la ley, de tal manera que el principio de legalidad determina los límites al ejercicio de la intervención pública<sup>4</sup>, en particular el artículo 334 de la Constitución Política señala los fines para los cuales el Estado debe intervenir en la economía, entre ellos mejorar la calidad de vida de los habitantes. Así las cosas, si bien el art. 150 de la Constitución Política señala que se debe regular el sector financiero, dicha intervención debe sujetarse al cumplimiento de propósito de interés general tales como mejorar la calidad de vida y la democratización del crédito.

Las autoridades de regulación ponen en marcha medidas tendientes a controlar los niveles de riesgo asumidos por los intermediarios financieros y reducir las probabilidades de iliquidez e insolvencia de los mismos.

La seguridad y estabilidad de los sistemas financieros se ha alcanzado entonces tradicionalmente por limitaciones estructurales a la competencia y las fuerzas del mercado.

No obstante, la mejor forma de garantizar la estabilidad del sistema financiero es a través de una regulación enfocada a la competencia más que a través de una regulación enfocada en la estabilidad en sí misma. Si bien no puede desconocerse la importancia de la regulación que aplica al sector financiero y el origen de la misma, es necesario tener en cuenta que esa regulación puede tener efectos adversos sobre la competencia y por esa vía causar un efecto negativo sobre el sector financiero y en últimas sobre fines socialmente deseables tales como el desarrollo del sector, la eficiencia económica y la democratización del crédito. Así las cosas, la necesidad de optar por un enfoque en favor de la competencia y de minimizar los efectos adversos de la regulación sobre la misma cobran especial importancia.

Teniendo en cuenta la importancia de la competencia en el sistema financiero y que el diseño inadecuado de la regulación puede afectarla y generar un *trade off* entre estabilidad y competencia, vale la pena analizar la forma en que la regulación puede impactar negativamente la competencia, así como las medidas adoptadas para solucionar ese conflicto con el fin de realizar finalmente algunas recomendaciones.

#### 1. RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

La eficiencia económica aplicable a la mayoría de sectores económicos es resultado de la competencia, donde para la actividad bancaria se parte de la premisa que ésta no constituye la excepción. Así las cosas, y dada la importancia de la competencia,

se debe entrar a reconocer la necesidad de aplicar este criterio en la formulación de regulaciones que afectan al sector bancario colombiano, pues el desconocimiento de la competencia al momento de formular regulaciones al sector bancario se traduce en la generación de regulaciones ineficientes en términos económicos.

Ahora bien, teniendo en cuenta el argumento hasta aquí presentado, surge una inquietud muy interesante, ¿Puede la regulación bancaria afectar negativamente la competencia en el sector? Para efectos de contestar esta pregunta procederemos a analizar las restricciones directas e indirectas de la competencia derivadas de procesos regulatorios, tal como se señala a continuación:

### 1.1. Restricción directa de la competencia

La restricción directa de la competencia puede ocurrir por dos vías. De un lado se presenta cuando el regulador considera que reducir la competencia es necesario para obtener estabilidad financiera. En dicho caso el aspecto concreto a analizar es la contradicción entre las medidas de regulación prudencial para la estabilidad del sistema financiero y la promoción de la competencia; y de otro lado, dicha limitación ocurre debido a que la regulación puede distorsionar el mecanismo de autocorrección del mercado (barreras de entrada y barreras de salida).

Ahora bien, para efectos del desarrollo argumentativo, se procederá a analizar en primer lugar el tradicional *trade off* que siempre se ha creído existe entre estabilidad y competencia, y seguidamente se analizan las medidas de regulación prudencial como es el caso de los capitales mínimos que se justifican por la búsqueda de estabilidad del

sistema frente a la promoción de la competencia en el sector bancario, pero que en su funcionamiento se constituyen en verdaderas barreras de entrada.

#### 1.1.1. Estabilidad y competencia

Con el fin de limitar la amenaza de riesgo sistémico, la intervención del gobierno en el sector financiero tradicionalmente ha consistido en la implementación de medidas regulatorias que ayudan a limitar la competencia y restringir la operación de las fuerzas del mercado. De esta forma, una agresiva o desenfrenada competencia siempre ha sido vista como una importante amenaza a la estabilidad del sector financiero<sup>5</sup>.

La necesidad de un sector bancario estable que garantice el funcionamiento de la economía, el sistema de pagos y la protección a los consumidores, constituye la motivación para la introducción de medidas tales como los seguros de depósitos, el prestamista de última instancia y la regulación prudencial.

En lo que concierne a la competencia el principal argumento que se tiene es que el paradigma estándar de competencia no es apropiado para la industria bancaria, debido a la presencia de importantes fallos de mercado tales como información asimétrica, *switching costs* y externalidades que crean barreras de entrada y permiten a los bancos retener poder de mercado además de la característica inherente de riesgo e incertidumbre que conlleva la actividad financiera.

En este punto, es necesario entonces precisar que la inestabilidad bancaria puede provenir de dos fuentes: por el lado de los pasivos a través de crisis sistemáticas y corridas bancarias<sup>6</sup>, las cuales tienen su origen

en un debilitamiento de la confianza en los bancos por parte de los depositantes a partir de las pobres expectativas de desempeño y solvencia de los mismos, y por el lado de los activos a través de la toma excesiva de riesgo.

Ahora bien, buena parte de la literatura revisada que trata la relación entre competencia y estabilidad, analiza el impacto que la competencia tiene sobre los incentivos a la toma de riesgo por parte de los bancos<sup>7</sup>. La idea general es que la competencia reduce el valor de los bancos (la renta disponible para los accionistas) y esto incrementa el incentivo a la toma de posiciones riesgosas, lo cual a su vez compromete la estabilidad de los mismos. Según BESANKO y THAKOR (1993) la toma de riesgo es particularmente mayor cuando hay un seguro de depósito<sup>8</sup>, es decir ocurre una clara materialización de riesgo moral.

En esa medida se argumenta que es posible establecer una relación entre la competencia que enfrentan los establecimientos de crédito y su exposición al riesgo de bancarrota, y que la mayor competencia tiene un efecto negativo y en algunos casos puede inducir a las entidades a incrementar el riesgo de sus activos.

Esta hipótesis se basa en la idea de que los establecimientos bancarios se comportan de una manera más conservadora a la hora de invertir en activos riesgosos cuando la pérdida en la que incurren si llegan a quebrar es una función creciente de las rentas que están obteniendo. Si las entidades enfrentan una reducción de su poder de mercado debido a una mayor competencia, el incentivo a asumir menores riesgos se pierde y la caída en sus ingresos es compensada con mayores inversiones de alto riesgo, lo que se traduce

en un aumento de la probabilidad de que la entidad enfrente una quiebra<sup>9</sup>.

Por otro lado, teorías más recientes sostienen la tesis inversa: una mayor competencia en este tipo de mercado puede ser positiva en la medida que contribuye a reducir el riesgo de bancarrota. En presencia de un monopolio las entidades pueden obtener ingresos altos gracias a las menores tasas de captación que ofrecen a los depositantes y las mayores tasas de colocación que deben pagar los usuarios por los créditos. El problema radica en que si las tasas activas son altas la probabilidad de que los préstamos no se paguen se incrementa, generando un deterioro en la calidad de la cartera<sup>10</sup>. Por lo tanto, la única forma en que los establecimientos de crédito tienen un desempeño favorable en un contexto de menor competencia es si los ingresos por el monopolio de depósitos son mayores a las pérdidas generadas por el deterioro de la cartera. De no ser así, lo mejor para dichas entidades será tener un sistema financiero más competitivo en ambos mercados (depósitos y créditos) para que de esa forma se reduzcan las tasas de captación y la probabilidad de una quiebra sea más pequeña<sup>11</sup>.

A través del artículo "Competencia y Riesgo", Fernando Tejada propone la verificación empírica para el mercado bancario colombiano de las dos teorías planteadas sobre la relación que existe entre la competencia y el riesgo de bancarrota<sup>12</sup> (el cual se traduce necesariamente en inestabilidad para todo el sistema bancario) asociado a la toma de posiciones riesgosas<sup>13</sup> por parte de los bancos, el objetivo del estudio era esencialmente establecer si la mayor competencia en el sistema financiero tenía un efecto sobre el riesgo de bancarrota de las

entidades. El periodo considerado de estudio es 1990-2005.

Las conclusiones de dicho trabajo señalan:

1. No se cumple empíricamente la hipótesis según la cual la mayor competencia tiene un efecto negativo sobre la estabilidad. El modelo muestra que si los establecimientos de crédito incrementan su poder de mercado, es decir hay menor competencia, la calidad de la cartera se deteriora, lo cual va en contravía de lo esperado para esta hipótesis que era un escenario en el que la menor competencia se tradujera en un aumento de la calidad de la cartera, es decir una reducción de la exposición al riesgo de sus activos.
2. De acuerdo con el análisis empírico se cumple parcialmente la hipótesis según la cual la mayor competencia disminuye la exposición al riesgo de crédito por la vía de la reducción de las tasas de interés activas de las entidades, dado que empíricamente se verificó que un escenario de menos competencia se relaciona con un deterioro de la calidad de la cartera (aumenta exposición al riesgo de crédito), sin embargo no se obtuvo evidencia que el deterioro de la calidad obedeciera al comportamiento de las tasas activas.

Así las cosas, lo que se evidencia a partir del estudio referido es que la mayor competencia en el mercado sí tiene un efecto positivo sobre la estabilidad del sistema bancario, no obstante la creencia de que en un escenario de competencia donde la expectativa de retornos se reduce, aumenta el incentivo de los bancos a la toma excesiva de riesgo, y que esto implica que el sistema bancario

necesita ser regulado para limitar las consecuencias adversas de la intensa competencia y lograr la estabilidad del sistema está muy arraigada entre los organismos de regulación y supervisión.

#### 1.1.2. *La competencia bajo fallas de mercado*

La deseabilidad de la competencia ha sido cuestionada a lo largo del tiempo bajo el argumento que el paradigma estándar de competencia no es apropiado para la industria bancaria, toda vez que dicho sector enfrenta la presencia de importantes fallos de mercado que cambian la naturaleza de la competencia y sus efectos. De acuerdo con Van Cayseele (1992), el énfasis ha sido más por la estabilidad que por la eficiencia vía limitación de la competencia<sup>14</sup>.

El principal fallo de mercado que se encuentran en el desarrollo de la operación de intermediación bancaria es la existencia de información asimétrica, la cual se manifiesta especialmente en la forma de:

- a. Problemas de selección adversa: Relacionados con la imperfecta capacidad de los bancos de discriminar entre buenos y malos proyectos o clientes a financiar. En efecto el problema de fondo es que cuando la información es incompleta conduce a comportamientos estratégicos cuando alguno de los agentes posee ventaja informacional que le beneficia para el resultado de sus transacciones, es decir que cuando la información es imperfecta, los agentes eligen "decisiones" y es la naturaleza quién decide las consecuencias<sup>15</sup>. Adicionalmente es importante considerar el mayor costo de transacción que implica la búsqueda autónoma de información.

- b. **Riesgo Moral:** Los seguros de depósitos creados para generar confianza de los depositantes y ahorradores en el sistema financiero como principal herramienta de defensa frente a situaciones de crisis sistémicas y efectos contagio ente bancos, crea incentivos a los bancos para tomar mayores riesgos que los que tomarían en ausencia de dichos seguros, es decir que las medidas del gobierno para proteger a los consumidores se traduce al final de cuentas en una disminución del incentivo a la disciplina del mercado e induce una toma excesiva de riesgo por parte de los establecimientos financieros<sup>16</sup>.

Con el fin de reducir el riesgo moral se recomienda principalmente que los seguros de depósitos sean explícitos y que la cobertura sea baja y limitada a cierto tipo de depósitos. Adicionalmente que la prima esté ajustada por riesgo es una medida para controlar que no se genere un potencial subsidio de bancos fuertes a bancos débiles, escenario que podría darse en un sistema donde todos los bancos pagan la misma prima<sup>17</sup>. Por ejemplo, en Colombia, Fogafín que es una entidad pública y cumple el rol de asegurador del sistema financiero, tiene una prima equivalente al 0.3% anual del monto de sus pasivos para con el público, es decir que esta prima no está ajustada por riesgo y por ende tiene una abierta posibilidad a que se presenten en la red de seguridad financiera problemas de riesgo moral.

A partir de estos fallos de mercado<sup>18</sup> se configura también el denominado problema del principal-agente, el cual consiste en que los

objetivos de las partes involucradas no están perfectamente alineados. En esa medida los agentes (bancos) no siempre actúan en la búsqueda del mejor interés del principal (depositantes, ahorradores). Este problema puede ser limitado a través del diseño de incentivos apropiados para el agente o a través del monitoreo a este último.

Son precisamente esos fallos de mercado los que derivan para los bancos una mayor exposición al riesgo de quiebra. En primer lugar el mecanismo detrás de la aparente relación negativa entre competencia y estabilidad deriva del problema de selección adversa entre los diferentes potenciales proyectos a financiar por parte del banco. En segundo lugar el riesgo moral y el problema principal agente, llevan al banco a buscar la maximización de su beneficio sin estar este objetivo necesariamente ligado a proporcionarle al ahorrador mayores rendimientos y seguridades sobre sus depósitos. En la búsqueda de dicha maximización de beneficio se crea un fuerte incentivo para la toma de riesgo, no limitándose el mismo a los activos tales como la cartera de créditos sino también a las inversiones de portafolio. Esto en consecuencia se traduce en el aumento del riesgo de quiebra y por ende de inestabilidad para todo el sistema.

Por lo anterior, si bien no se puede hablar de un escenario de competencia perfecta en la industria bancaria debido a las múltiples fallas de mercado que enfrenta, sí se podría hablar de un escenario de competencia posible, donde cada participante del mercado hace su mayor esfuerzo por competir en el mercado balanceando el efecto de sus decisiones sobre la toma de riesgo en la estabilidad financiera de la entidad.

1.1.3. *Regulación prudencial y competencia.*  
La regulación distorsiona el mecanismo de autocorrección del mercado (barreras de entrada y barreras de salida)

#### a. Capitales Mínimos

Dentro del marco de la intervención normativa, uno de sus mecanismos de aplicación es la regulación prudencial o preventiva. Esta se ocupa de asegurar la solvencia y liquidez de las instituciones que conforman el sector financiero, así como la diversificación de los riesgos en la administración del negocio.

Uno de los aspectos de dicha regulación prudencial se refiere a la constitución de capitales mínimos, estableciendo reglas que definen un monto básico de capital para el acceso de las instituciones al mercado; otro, a la de capitales adecuados, que persiguen el establecimiento de una proporcionalidad entre el monto del patrimonio de los accionistas, que respalda el volumen de las operaciones de la institución, y el nivel de riesgo que asumen por su actividad<sup>19</sup>, debido a que cuando las instituciones financieras tienen una gran cantidad de *equity*, incurrirán en mayores pérdidas en caso de una quiebra del banco y esto ajustará a la baja la toma de riesgo<sup>20</sup>.

Es así como la literatura sobre estabilidad financiera tradicionalmente se ha concentrado en analizar y explicar la vulnerabilidad de los bancos a las corridas bancarias y crisis sistémicas. De esta manera, se ha venido considerando que la regulación prudencial es un mecanismo necesario para mantener estable el sistema y reducir el potencial riesgo moral que enfrenta éste. Así mismo, el establecimiento de seguros de depósitos ajustados al riesgo o los requerimientos de capital, son entonces medidas regulatorias

que se usan para eliminar el impacto negativo de la competencia sobre la toma de riesgo.

Particularmente para el caso colombiano, en desarrollo del mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 35 de 1993, en la cual definió los objetivos legales de la intervención, definió los instrumentos que tiene el gobierno para dicha intervención y le otorgó facultades para incorporar la nueva legislación al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En especial, el tema de los capitales mínimos había sido regulados primero por la ley 45 de 1990, norma que inició el proceso de liberación de los servicios financieros y después por la ley 510 de 1999 que reguló nuevamente el tema, fijando unos nuevos valores reajustables cada año.

La regulación de los capitales mínimos, ha perseguido un claro propósito de profundizar la competencia en el sistema, como se manifestó durante la discusión de la ley 45 de 1990<sup>21</sup>, iniciadora de las reformas sobre capitales:

“La filosofía del proyecto se encamina a la necesaria profundización de la competencia al interior del sistema financiero colombiano, aspecto indisolublemente ligado a la obtención de una mayor eficiencia y, desde luego, a la reducción del margen de intermediación (...). El proyecto de ley contempla tres mecanismos para el logro de los propósitos señalados:

Primero: El ingreso de nuevos aspirantes: (...) con buen juicio se fijan unos topes mínimos de capital pagado para el ingreso en cada una de las entidades existentes en el país, con ello se garantiza que quienes lo hagan, tengan no sólo la solvencia profesional y patrimonial requerida, sino, además, que

las nuevas instituciones tengan el tamaño necesario para producir en el mercado los efectos esperados, valga recordar, competir de manera eficiente (...) Se desprende de todo lo anterior, que las nuevas entidades tendrán por lo menos un tamaño mediano, sin que ello conduzca a desconocer la existencia de entidades de menor tamaño que cumplen con los requisitos de patrimonio técnico y que a tienen una larga trayectoria en el país”.

Ahora bien, para la regulación mediante requerimientos de capital se tiene una posición diferente sobre el efecto que generan en la promoción de la competencia, a saber:

Según CARLOS ANDRÉS CASTRO<sup>22</sup>, la introducción de capitales mínimos produce efectos relevantes para la competencia, los cuales son de carácter restrictivo, afectando actuales y potenciales partícipes del mercado. En esencia considera que el requisito mínimo de capital que deben cumplir de forma permanente los establecimientos de crédito, constituye una barrera a la entrada al mercado y una limitante al ejercicio de su labor.

Esta exigencia patrimonial configura por sí misma una restricción al ejercicio de la actividad bancaria y contraviene uno de los elementos básicos del modelo de mercado de competencia perfecta, el de libertad de empresa<sup>23</sup>. Ello es así porque sólo quienes acrediten los recursos suficientes para cumplir la exigencia de capital pueden ingresar al mercado financiero, y por el contrario quienes no, verán limitado su derecho constitucional a la libre empresa; en esa medida lo que se observa es que la legislación ha cedido ante objetivos más generales de seguridad y confianza del público.

De acuerdo con la literatura económica, las barreras a la entrada constituyen elementos anticompetitivos, dado que no permiten la libre movilidad de capitales y pueden retrasar e impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado. Estas limitan la existencia de competidores potenciales, situación que puede ser favorable para propiciar que sobre los ya partícipes no recaiga una fuerte presión competitiva, y por ello puedan manipular los precios ejerciendo poder de mercado e incluso asumir posiciones anticompetitivas. Por esas razones las barreras a la entrada son contrarias a los fines de la política de competencia y en esa medida no se justifica la existencia de requisitos de capital mínimo.

Desde la perspectiva de la teoría de los mercados contestables (desarrollada por BAUMOL, PANZAR y WILLIG (1982)<sup>24</sup>, el grado de competencia en el mercado no está definido tanto por el número de participantes, sino por la amenaza de entrada de nuevos competidores. La gran cualidad de este tipo de mercados es que la amenaza latente de que otros competidores entren motiva un comportamiento disciplinado por parte de la empresa o empresas dominantes e inhibe sus intenciones de elevar los precios. Así las cosas, la existencia de barreras de entrada o salida erosionan la posibilidad de tener mercados contestables y en consecuencia se crean incentivos para aumentar la posición dominante en el mercado de los participantes que ya están en el mismo.

Aunque esta teoría de los mercados contestables se aplica principalmente a mercados monopolísticos, también es viable su aplicación en oligopolios con prácticas de paralelismo consciente<sup>25</sup> puesto que bajo dicho escenario todos los participantes se comportan como un monopolio. De esta

forma, los requisitos de capital mínimo, al configurarse como una barrera de entrada agotan las posibilidades de una competencia potencial y su efecto disciplinador en el mercado.

Ahora bien, PERILLA (2000) también considera que dado que entran participantes al mercado (los que acrediten entre otros los requisitos de capital), la regulación de capitales fomenta la competencia por cuotas de participación, la cual resulta poco beneficiosa para la economía, dado que bajo este esquema, aquellas entidades que posean un mayor capital están habilitadas para ampliar su cuota de participación en los diversos mercados en los cuales actúan<sup>26</sup>.

Bajo esa forma de competencia, las entidades financieras rivalizan por el incremento en el número de clientes, debido a que la existencia de relaciones de clientela originadas en los problemas de información tales como asimetrías, costos de transacción y *switch cost*, que permiten que el banco tenga un determinado poder de fijación de precios de los productos que ofrece (la estabilidad de las relaciones con la clientela hace que el banco diferencie el precio a cobrar según cliente y producto) por lo cual éste deja de ser un participante precio-aceptante del mercado. Por lo anterior, cuando el esquema de competencia se desarrolla bajo la acumulación de capitales, el objetivo que persiguen los participantes es apoderarse de mayores porciones del mercado, dado que de conformidad con la regulación de capitales, la capitalización permite incrementar los pasivos, es decir el conjunto de clientes y/o sus sumas depositadas<sup>27</sup>.

Por la argumentación expuesta se deduce en primer lugar que la existencia de importantes sumas de capital<sup>28</sup> que deben ser mantenidas durante la existencia de la

entidad financiera constituye una barrera de entrada. Es decir se trata de una regulación de carácter restrictivo, y en segundo lugar se encuentra que la competencia resultante del esquema de regulación de capital, se aparta del modelo competitivo buscado y promovido por la Constitución y la ley, pues tal tipo de competencia no busca la eficiencia necesaria para ofrecer menores precios a los consumidores, sino en la ampliación de la clientela, persiguiendo el aumento de las operaciones y de la utilidad.

No hay que perder de vista, sin embargo, que la justificación común para la regulación de capital es la reducción del riesgo moral bancario. Dada la presencia de seguros de depósito, los bancos tienen más fácil acceso a los depósitos; si ellos mantienen un bajo nivel de capital entonces tienen un incentivo para la excesiva toma de riesgo<sup>29</sup>.

HELLMAN (2000)<sup>30</sup> analiza la relación entre la competencia en el mercado de depósitos, la toma de riesgo y el capital regulatorio en un marco dinámico y bajo un modelo matemático. En su estudio se encuentra que si los bancos tienen suficiente capital, internalizan las consecuencias negativas de sus decisiones y eligen tener un comportamiento prudencial, esto se ha denominado *capital at risk*.

Un resultado diferente sobre la efectividad del capital regulatorio es obtenida por REPULLO (2004)<sup>31</sup> usando un modelo matemático dinámico similar, en el concluye que solamente los requerimientos de capital basados en riesgo mejoran el bienestar de la sociedad, dado que implementan un comportamiento prudente vía reducción del riesgo en los portafolios de los bancos; a esta misma conclusión llegaron BOLT y TIEMAN (2004)<sup>32</sup> donde establecen que los requerimientos de capital (en particular si

son basados en riesgo) llevan a disminuir la toma de riesgo porque mejoran los incentivos a los bancos al fijar duros criterios de aceptación y reducir sus probabilidades de bancarrota.

El enfoque mostrado por los autores referenciados, es perfectamente coherente con el Acuerdo de Basilea (2004), donde el objetivo final de los tres pilares propuestos (mejorar el cálculo de suficiencia de capital, proceso de análisis con fines de supervisión y el fortalecimiento de la disciplina del mercado) consiste en elaborar una norma de suficiencia de capital en la que se tengan en cuenta las mejores prácticas de gestión de riesgos y se mantenga un concepto de capital mínimo reglamentario<sup>33</sup>.

#### b. Procesos de Autorización Obligatoria por parte del Supervisor Bancario

Ahora bien otro aspecto de extendida importancia en el sector bancario es la obligatoria autorización previa del supervisor bancario a las compañías que desean ingresar al mercado para desarrollar actividades de naturaleza bancaria. Este proceso de autorización por si mismo constituye una barrera de entrada al mercado que distorsiona el mecanismo de autocorrección del mismo<sup>34</sup> a través del cual nuevos bancos pueden ingresar al mercado cuando los precios son altos y provocar, vía oferta, una caída en el precio que pagan los consumidores financieros.

Esta barrera de entrada puede constituir un elemento anticompetitivo ya que su aplicación constituye una protección a los bancos ya establecidos de la competencia externa y puede disuadir a potenciales competidores de entrar al mercado redu-

ciendo de esta forma la contestabilidad de los mercados.

Las barreras a la entrada pueden afectar al mercado de dos formas. En primer lugar a través del número de empresas y en segundo lugar a través de su tamaño. De acuerdo con el paradigma de la teoría Conducta-Estructura-Desempeño<sup>35</sup> (CED) los sectores económicos concentrados y con un número reducido de firmas se caracterizan por bajos índices de competencia pues es más posible la ocurrencia de conductas anticompetitivas. Esta estructura concentrada puede surgir por la existencia de barreras de entrada como lo son los capitales mínimos o las autorizaciones, pues como se ha señalado antes disuaden la entrada de nuevos competidores protegiendo a los ya establecidos y reducen la contestabilidad del mercado.

#### c. Barreras de Salida

Finalmente, otra forma en la cual la regulación bancaria afecta la competencia es mediante la creación de barreras de salida tales como los programas de salvamento de instituciones en crisis. La decisión racional de una empresa de salir del mercado como consecuencia de su incapacidad para competir es en últimas impedido por la regulación a través de programa de salvamento a través del cual permite que entidades altamente descapitalizadas continúen en el mercado de manera contraria a la dinámica del proceso competitivo<sup>36</sup>.

Una interpretación de estas barreras de salida puede observarse en una doctrina que ha sido prevalente en muchos países y que se conoce con el nombre de "Too Big to Fail", donde en esencia lo que ocurre es que el Banco Central en su rol de prestamista de última instancia previene las crisis de las

instituciones financieras en particular de las más grandes y poderosas<sup>37</sup>.

## 1.2. Restricciones indirectas de la competencia

Existe limitación indirecta de la competencia cuando si bien la adopción de medidas por parte del regulador puede tener un objetivo favorable en relación con la competencia el resultado final resulta contrario toda vez que afecta la competencia de manera adversa<sup>38</sup>. Existen varios ejemplos de restricciones indirectas a la competencia, tales como el inadecuado diseño sancionatorio como incentivo adverso a la competencia, la ausencia de correspondencia entre los objetivos de intervención y las herramientas normativas, el límite a la tasa de interés remuneratoria, entre otros. No obstante, para efectos de este artículo sólo se analizará como restricción indirecta de la competencia el límite a la tasa de interés remuneratoria.

### *Límite a la Tasa de Interés Remuneratoria*

La tasa de usura que funciona como el tope máximo a la tasa de interés remuneratoria en Colombia constituye una limitación de la competencia pues los agentes del mercado la han convertido en una tasa de referencia del interés remuneratorio, lo cual crea incentivos para que dicha tasa sirva de medio en la realización de prácticas anticompetitivas como el paralelismo consciente o más aún como un acuerdo de precios.

Si bien la tasa de usura tiene justificaciones que radican en evitar el abuso de la posición dominante, las restricciones sobre las tasas de interés pueden tener consecuencias negativas no sólo sobre la competencia

sino también sobre la democratización del crédito, lo cual resta a su vez mayor eficiencia económica en la asignación de los recursos.

Para efectos de llevar a cabo el análisis propuesto, en primer lugar se presentará una conceptualización del interés remuneratorio y de usura, luego se abordará la relación entre la eficiencia económica, las tasas remuneratorias y la competencia en el sector bancario para así, posteriormente bajo un análisis de precios regulados se analizará el impacto de los límites a las tasas de interés remuneratorias en la competencia.

### *Conceptualización del interés remuneratorio - Límite a la tasa de interés remuneratoria en la legislación mercantil Colombiana*

Según las definiciones económicas, los intereses que se cobran en los préstamos o créditos, tienen incorporada dentro de ellos la teoría de que ha de haber un precio justo y razonable a la hora de cobrarlos y que, por lo tanto, no se determinan exclusivamente con base en la oferta y la demanda de los créditos. Esta es la razón de que los gobiernos de algunos países, entre ellos Colombia, hayan establecido un límite máximo para el cobro de intereses en los préstamos, límite que recibe el nombre de tasa de usura<sup>39</sup>.

Según el concepto en Colombia, la regularización se hace porque si esta tasa no es adecuada, puede propiciar el desarrollo de mercados no legales para los préstamos, sin embargo, su función principal es la de evitar que se cobren intereses muy altos a todas aquellas personas que soliciten créditos o prestamos.

Es importante anotar que en Sur América sólo Brasil, Perú y Paraguay no tienen controlado el máximo de los intereses<sup>40</sup>. Es

to ha suscitado posiciones en el país a favor y contra de esta reglamentación.

De acuerdo con lo establecido en el art. 884 del Código de Comercio, modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999, se fija la existencia de un tope a la tasa de interés remuneratoria en la legislación mercantil. Esta norma señala: "Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses [...]" (cursiva fuera de texto).

Antes de 1999, en Colombia el límite a la tasa de interés era calculado como 2 veces el interés bancario corriente. A partir de abril de ese año el límite a la tasa de interés, es calculado como 1.5 veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria (Ahora Superintendencia Financiera), y en principio no es legal trasladar costos diferentes a los incurridos por el otorgamiento mismo del crédito, así estos sean honorarios, comisiones u otros semejantes.

Ahora bien, con la Ley 599 del 24 de julio de 2000, en el artículo 305, se estipula el Interés de Usura equivalente a 1.5 el Interés Bancario Corriente<sup>41</sup>, cálculo que entró en vigencia a partir del 24 de julio de 2001.

*Relación entre la eficiencia económica, las tasas remuneratorias y la competencia en el sector bancario colombiano.*

Con respecto a la relación que existe entre la tasa remuneratoria y la competencia, es claro que los tipos de interés generalmente

reflejan la capacidad de respuesta de las instituciones financieras a la competencia y a los estímulos de precios. Así las cosas, como los tipos de interés son el precio de los productos ofrecidos por el sector bancario, los mismos constituyen un mecanismo para establecer si existe o no competencia en el mercado, pues un mercado en competencia tiende a la mayor innovación al menor precio.

De hecho, elevados márgenes de intermediación del sistema financiero indican una pérdida de eficiencia y una baja competencia. Las consecuencias de esta realidad se traducen en detrimento de los distintos actores de la economía y un freno al crecimiento económico por sus consecuencias negativas sobre el empleo, generación de ingresos, la inversión y, sobre todo, de los consumidores. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que los intereses exorbitantes, rompen el equilibrio mínimo entre las partes y hacen imposible que el deudor cancele la obligación contraída, generando posibles efectos de inestabilidad de la actividad bancaria.

De esta forma se evidencia que las tasas remuneratorias son una expresión de la competencia y esta última a su vez es generadora de eficiencia económica, pues en la mayoría de los mercados, la competencia genera eficiencia<sup>42</sup>. Un sector bancario con dinámica competitiva tiende a tener tasas remunerativas más bajas y esa mayor competencia se traduce en mayor eficiencia en los mercados de tal forma que efectivamente se obtengan mejoras en el bienestar de la sociedad vía aumentos en la democratización del crédito y acceso al sector bancario formal a menor costo y con mayor calidad. Este mayor acceso a la banca y bajo mejores condiciones de precios permitiría incentivar el ahorro y

el financiamiento de actividades de consumo y de inversiones, variables motoras del crecimiento económico.

### *Análisis de Precios Regulados*

Los problemas de eficiencia asignativa y de eficiencia productiva de las regulaciones tradicionales basadas en costos han llevado a diseñar otras formas de regulación. En la práctica, una de las más importante es la regulación por precios techo (*Price cap.*, PC), que pone un límite a los precios que se pueden cobrar, sin vincular estos límites a los costos de la empresa, al menos teóricamente. En general, un Precio Techo, permite un aumento de los precios, en promedio, paralelo a alguna variable de elección que el regulador escoja de pendiendo de la formulación del techo de precio.

La regulación por Precio Techo, permite que la empresa fije libremente su estructura de precios y, como la regulación no está vinculada a los costos, la empresa puede aumentar sus beneficios mejorando su eficiencia interna y buscando innovaciones. Puesto que los precios son fijos en promedio, toda variación de costos, favorable o desfavorable, sólo afecta a los beneficios de la empresa<sup>43</sup>.

No obstante, es conveniente recordar que la regulación de precios es utilizada por parte de un ente regulador para hacer que el comportamiento de determinada empresa sea el equivalente al que tendría si tuviera competencia en su mercado. Esto implica que existe un problema estructural en el mercado, sea porque no hay competencia o porque hay poder de mercado y esto motiva a que la regulación introduzca formas de control de precios. En los regímenes de

control de precios se afecta el balance entre los intereses de los consumidores (protegerlos de la explotación monopolista) y los intereses de los inversionistas quienes tienen considerables sumas invertidas y requieren recuperar las mismas<sup>44</sup>.

Los gobiernos tradicionalmente han intervenido la formación de precios en el sector financiero a través de la regulación de las tasas de interés bajo la regla *Interest rate ceilings* para limitar la competencia entre bancos y entre bancos y otras instituciones financieras. La idea que rige esa decisión es la teoría según la cual limitar con el precio la competencia en el mercado financiero podría reducir la toma de riesgo y los problemas de riesgo moral en las instituciones financieras y de esta forma reducir la probabilidad de corridas bancarias. No obstante, recientemente medidas regulatorias anticompetitivas como los límites a la tasa de interés han sido objeto de discusión porque se ha observado que las mismas no contribuyen a la estabilidad financiera en el largo plazo<sup>45</sup>.

En particular en Colombia, el mecanismo regulatorio de control de precios que se aplica al sector bancario es el de precios techo o *Price Cap*<sup>46</sup>. Como se puede observar bajo esta figura es posible observar que en algunos mercados han desaparecido los precios intermedios para concentrarse en el precio máximo como ocurre con el mercado de las tarjetas de crédito, tal como se presentó en la sección 2 de este trabajo.

Stiglitz afirma que bajo el mecanismo de *Price Cap* se crean incentivos a reducir los costos y mantener la calidad del servicio o bien producido igual. No obstante que si no se ajustan de forma adecuada los precios techo se pueden generar beneficios excesivos

no compensatorios en los precios, lo cual deriva en presiones políticas para modificar a la baja dichos precios máximos<sup>47</sup>.

*Análisis del impacto de los límites a las tasas remuneratorias en la competencia*

Una vez explicados los anteriores conceptos se desarrollará la problemática inicialmente planteada, es decir, si el límite a la tasa de interés remuneratoria constituye una barrera o limitación a la competencia en el sector bancario colombiano, toda vez que como ya se señaló antes, en Colombia los intereses remuneratorios tienen un límite que consiste en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente. Este último se obtiene de acuerdo con los establecido en el art. 11.2.5.1.1 del Decreto 2555 de 2010 a partir de la información financiera y contable de las operaciones de colocación de recursos que efectúan las entidades crediticias, tomando como referencia para determinar el mismo las dos modalidades de crédito de que trata el artículo 11.2.5.1.2. del Decreto 2555 de 2010, que son: 1. Microcrédito y 2. Crédito de Consumo y Crédito Ordinario.

Para efectos de realizar el análisis que se ha planteado, es necesario considerar dos tipos de estructuras hipotéticas de mercado en el sector bancario a saber, de un lado un mercado en competencia y de otro lado un mercado sin competencia. Para cada uno de estos mercados es preciso evaluar el impacto que tendría la fijación de un límite al precio es decir a la tasa de interés remuneratoria sobre la eficiencia especialmente la eficiencia productiva o asignativa<sup>48</sup> que como se ha visto es una expresión de la competencia.

## 1. Mercado Competitivo

Bajo a existencia de un mercado competitivo los agentes son precio aceptantes, toda vez que los precios se determinan por la interacción entre la oferta y la demanda del producto en cuestión. Ahora, suponiendo que el mercado bancario, especialmente el mercado del crédito<sup>49</sup> tiene una estructura de competencia se debe analizar qué sucede cuando se fija un límite a la tasa de interés que pueden cobrar los bancos, en dos situaciones. En primer lugar cuando la tasa límite es menor a la tasa de equilibrio de competencia y en segundo lugar cuando es superior a esta última.

A continuación se presenta gráficamente la situación referida.

- a. Tasa de usura es inferior a la tasa de interés remuneratorio de equilibrio (ver gráfico 1)
- b. Tasa de Usura es superior a la tasa de interés remuneratorio de equilibrio (ver gráfico 2)

A partir de los resultados gráficos que se presentan, se evidencia que cuando se trata de un mercado competitivo, la imposición de un límite a la tasa remuneratoria por debajo de la tasa de equilibrio (punto E), se traduce en una pérdida irre recuperable de eficiencia por la vía de la producción, pues los bancos restringirán su oferta de crédito a QU cuando antes podían ofrecer hasta Q\*. Esto esencialmente perjudicaría a los consumidores financieros en general pues se reduce el acceso al crédito, los bancos se enfocarían más en los clientes con mayores ingresos y record de pagos dejando por fue-

Gráfico 1

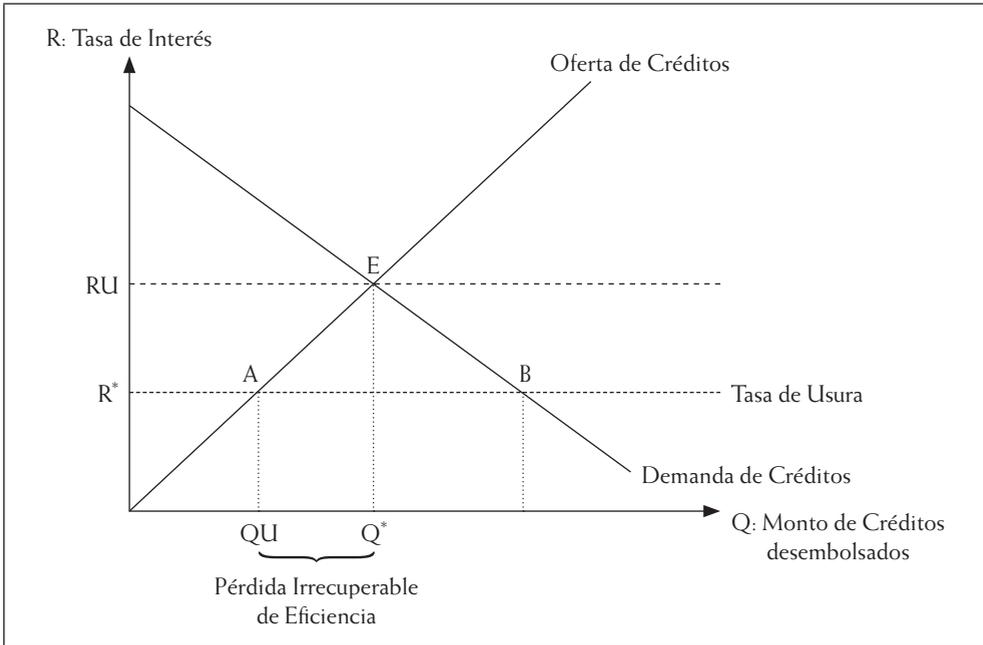
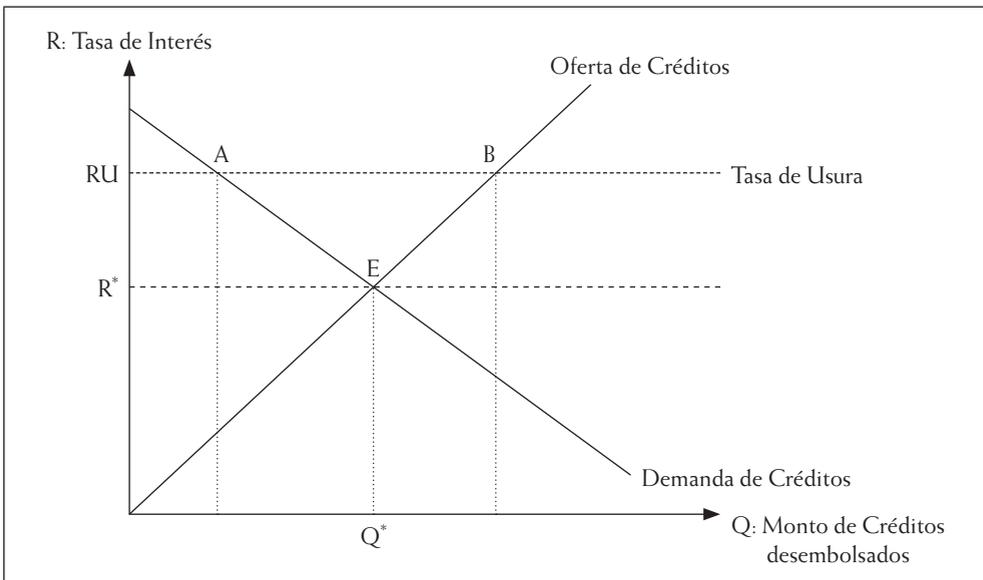


Gráfico 2



ra a clientes con perfiles más altos de riesgo sencillamente porque la tasa máxima a la que se les debe prestar no alcanza para cubrir el riesgo que el banco asume al celebrar contratos de mutuo con estos clientes.

No obstante lo anterior, cuando la tasa de usura que se fija es superior a la tasa remuneratoria de equilibrio, teniendo en cuenta que el mercado es competitivo el efecto sería nulo, pues la competencia en el mercado haría que la tasa remunerativa se mantuviera en  $R^*$ .

## 2. Mercado NO Competitivo

Bajo a existencia de un mercado no competitivo los agentes son fijadores de precios, existe poder de mercado por parte de las firmas y se generan fuertes incentivos a la celebración de prácticas restrictivas de la competencia. Ahora, suponiendo que el mercado bancario, en particular el mercado del crédito, tiene una estructura de no competencia se debe analizar qué sucede cuando se fija un límite a la tasa de interés que pueden cobrar los bancos, en tres situaciones:

1. Cuando la tasa límite (usura) es menor a la tasa que fija un monopolista maximizador de beneficios pero superior a la tasa de equilibrio de un mercado en competencia.
2. Cuando la tasa límite es menor a la tasa de equilibrio de un mercado en competencia.
3. Cuando la tasa límite es mayor a la tasa que fijaría un monopolista maximizador de beneficios.

La aproximación más práctica para analizar las situaciones expuestas, es suponiendo que

los bancos del mercado siguen un comportamiento conscientemente paralelo, lo que lleva a que a pesar de ser un grupo de competidores, se comporten como si fueran un monopolista maximizador en el mercado.

A continuación se presentan gráficamente los casos referidos.

- a. Cuando la tasa límite (usura) es menor a la tasa que fija un monopolista maximizador de beneficios pero superior a la tasa de equilibrio de un mercado en competencia. (Ver gráfico 3)

En la presentación gráfica, la línea  $R^{**}$  representa la tasa de interés que fija un monopolista maximizador de beneficios. El punto E representa el equilibrio competitivo. Cuando la tasa de usura se fija entre estas dos tasas, el monto de créditos desembolsados aumenta a  $Q^{**}$  a QU (Punto B), y hay un alivio para los clientes pues pueden acceder a tasas más bajas en los créditos aprobados.

- b. Cuando la tasa límite es menor a la tasa de equilibrio de un mercado en competencia. (Ver gráfico 4)

En este caso el ajuste en la cantidad ofrecida se ajusta vía función de oferta de la cantidad  $Q^{**}$  a QU. Como no hay competencia en el mercado, todos los agentes, es decir los bancos seguirán como tasa de referencia de sus tasas de interés la de usura, es decir que se pegarán de forma paralela al techo de la máxima tasa de interés permitida. Esto ocasiona en consecuencia que desaparezcan los niveles intermedios de precios (tasas) y sólo permanezcan en el mercado los precios máximos.

A partir de los casos a y b, es posible concluir que en una situación como la

Gráfico 3

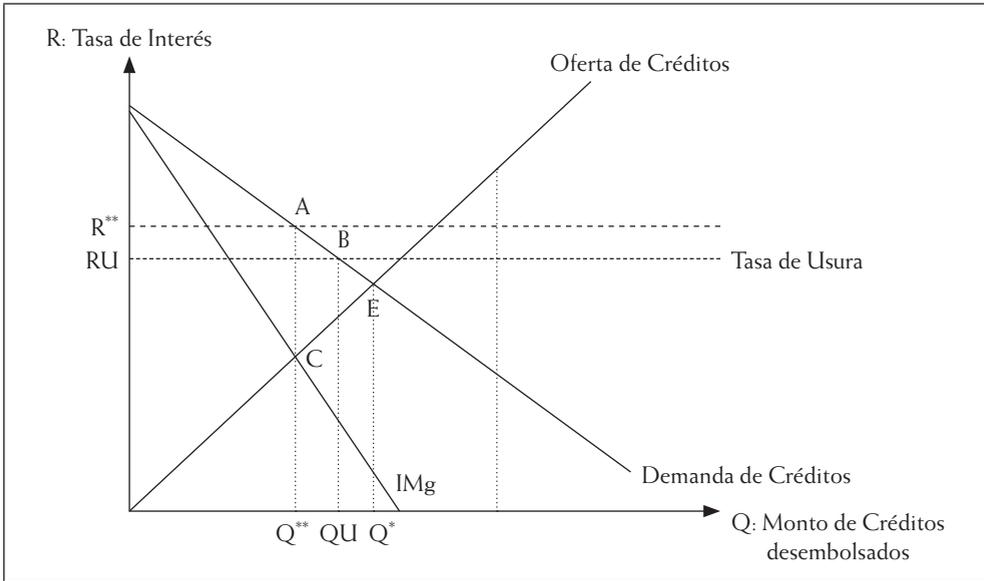
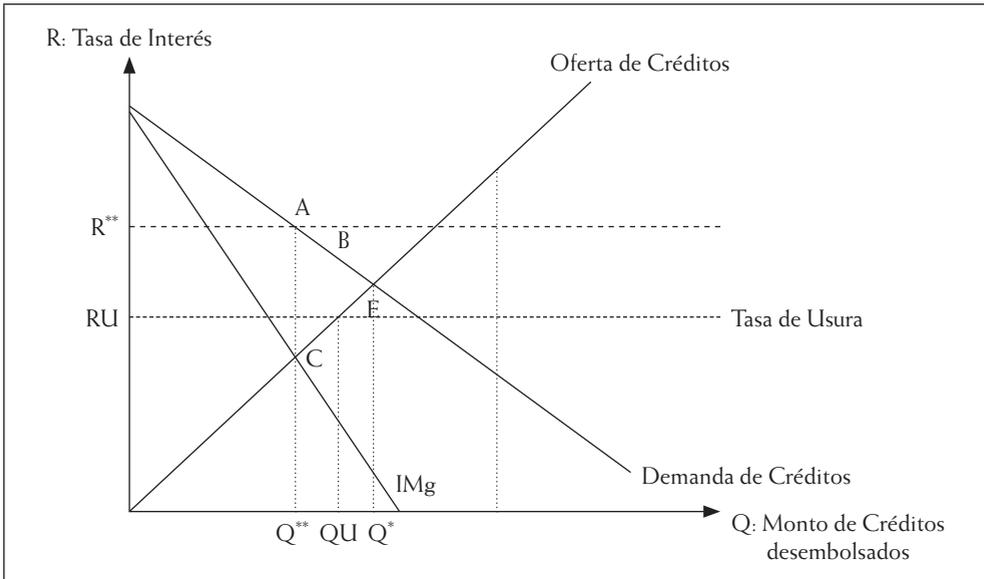


Gráfico 4



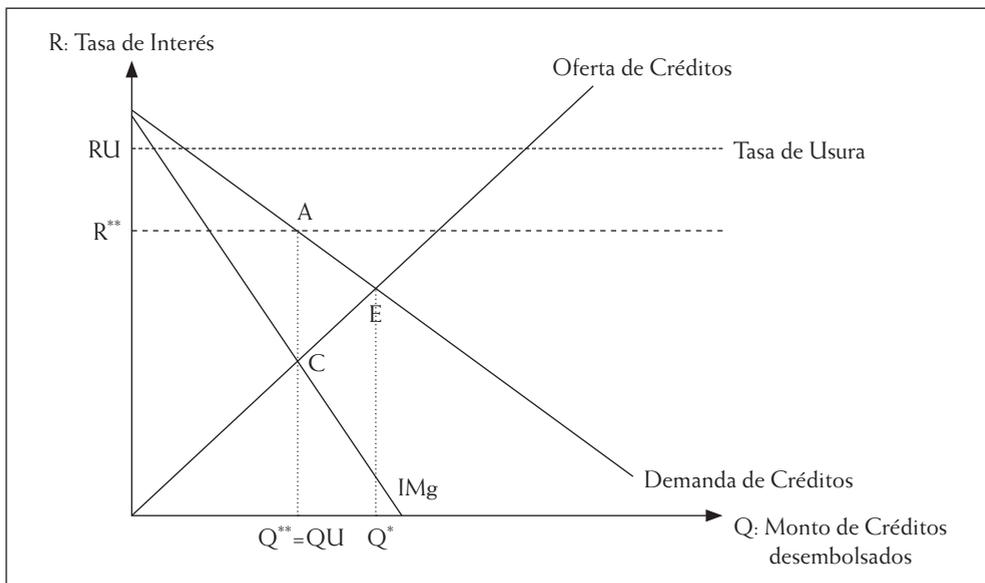
expuesta, donde existe falta de competencia y abuso del poder de mercado, la fijación de una tasa límite por debajo de esa tasa de monopolio es conveniente para los clientes bancarizados, toda vez que logran acceder a mayores desembolsos crediticios a menores tasas. Los usuarios que acceden a créditos no formales<sup>50</sup> no disfrutan de esos beneficios y sencillamente dejan de ser sujetos de crédito, teniendo que recurrir a un mercado informal del crédito, donde en la mayoría de las veces son objeto de abusos en el cobro de tasas de interés astronómicas, es decir que necesariamente los precios regulados conducen a lo que se denomina mercado negro. Bajo la óptica de Richard Posner, el mercado negro genera mayores precios para menores cantidades transadas, el precio del mercado negro es mayor al que prevalecería en un mercado libre legal<sup>51</sup>.

Es preciso recordar que la intermediación financiera, en el Estado Social de Derecho, supone responsabilidades, y tiene una función social que implica obligaciones, lo que sencillamente significa que su libertad, lejos de ser absoluta o de hallarse exenta de controles e intervenciones, está marcadamente restringida y dirigida por el Estado<sup>52</sup>, por lo que lo más importante es entonces que dicha intervención se realice de la mejor forma posible, conservando como uno de los criterios más relevantes el de la eficiencia económica.

- c. Cuando la tasa límite es mayor a la tasa que fijaría un monopolista maximizador de beneficios. (Ver gráfico 5)

Cuando la tasa de usura que se fija es superior a la tasa de monopolio, teniendo en cuenta que el mercado no es competitivo

Gráfico 5



el efecto sería nulo, pues el beneficio máximo se logra a la tasa de monopolio, por lo que esa sería la tasa que permanecería en el mercado, en ese sentido la determinación de una tasa como la que se propone en este caso, lo único que haría sería darle vía libre al monopolio.

De acuerdo con el análisis presentado, se encuentran a manera de conclusión los siguientes aspectos:

1. Un aspecto muy importante de considerar, es la existencia en Colombia de al menos dos tipos de tasas de usura. Con el decreto 4090 de 2006, se certificaba el interés bancario corriente correspondiente a las modalidades de crédito: comercial, consumo y microcrédito, pero con la entrada en vigencia del Decreto 519 de 2007, actualizado por el Decreto 2555 de 2010, se certifica el interés bancario corriente correspondiente a las modalidades de crédito: comercial y consumo y microcrédito. Esto significa que el mismo regulador identifica las debilidades en la fijación de una tasa de usura, pues los mercados productos son distintos y los sujetos de crédito en cada tipo de producto también lo son, por lo cual fijar una tasa única o varias tasas sin la suficiente diferenciación puede generar que se establezcan tasas que van a representar un efecto anticompetitivo en el mercado.
2. Cuando se tiene un mercado competitivo por ejemplo, suponiendo que el mercado del crédito bancario fuera competitivo, la fijación de un límite a la tasa remuneratoria únicamente afecta la eficiencia económica (expresión de la competencia) cuando dicha tasa es inferior a la tasa de equilibrio competitivo.
3. En el caso de un mercado no competitivo, en el que se evidencian conductas como paralelismo consciente (para el caso práctico se ha asemejado a un grupo de bancos que se comportan como un monopolista maximizador), se observa que la fijación de un límite muy alto al interés remuneratorio, no tiene ningún efecto sobre la tasa de mercado pues la misma se fijaría en la tasa de monopolio. No obstante, la fijación de una tasa de usura baja (por debajo de la tasa de monopolio) daría un incentivo a que los agentes, es decir los bancos conviertan la tasa de usura en una tasa de referencia del interés remuneratorio a fin de maximizar sus utilidades. Esto trae como consecuencia la eliminación de los niveles intermedios de precios (tasas) persistiendo en el mercado únicamente las tasas máximas.
4. Bajo una estructura de mercado no competitiva, la regulación de la tasa de interés remuneratoria a través de controles administrativos se justifica por la intención del Estado de proteger a los consumidores financieros de abusos en las tasas que fijen los bancos. No obstante, los sectores de la población de bajos ingresos y pequeñas empresas dejan de ser sujetos del crédito bancario puesto que las tasas de usura no alcanzan a cubrir los costos asociados a los perfiles de riesgo de estos usuarios, teniendo los mismos, que recurrir a mercados informales del crédito donde los intereses son exageradamente altos.  
Es decir que en un mercado donde la competencia es escasa, la imposición de un límite al interés remuneratorio enfrenta un *trade off* entre lograr mejoras de eficiencia (mayores montos de crédi-

- tos desembolsados a menores costos) las cuales beneficiarían al segmento bancarizado de la sociedad y la democratización en el acceso al crédito bancario que beneficiaría a los segmentos más pobres y riesgosos de la economía.
5. Se evidencia que aunque las tasas de usura no determinan la competencia en el mercado, sí tienen un efecto pro o anticompetitivo según la estructura de mercado que se tenga. Así las cosas, visto desde el punto de vista de la eficiencia, no se justifica la existencia de límites a las tasas de interés remuneratorio si el mercado es competitivo, pero sí hay justificaciones para establecerlas y regularlas de forma debida en mercados con poco nivel de competencia, enfrentando en todo caso el *trade off* entre la mejora en la eficiencia productiva y la democratización del crédito.
  6. Es preciso considerar que los límites a las tasas de interés remuneratorios pueden constituir un incentivo para los agentes del mercado a reforzar la conducta poco competitiva en el mercado. Por ejemplo en el caso colombiano, el límite se determina como 1.5 veces el "interés bancario corriente" que certifique la Superintendencia Financiera. En esa medida no es transparente para el mercado si ese límite al cual se fijan las tasas de interés remuneratorias de algunos mercados producto, está cercano o lejano de la tasa de equilibrio competitivo o de monopolio, pues es muy difícil conocer con certeza las tasas exactas de equilibrio para cada mercado productos dado el análisis a profundidad que debe realizarse sobre la estructura del mercado. Esto hace que las autoridades regulatorias y supervisoras del sector bancario, desconozcan en la práctica de un lado el efecto pro o anticompetitivo las tasas de interés de usura y de otro el nivel de tasa de usura que sería óptimo fijar.
  7. La tasa de usura constituye una limitación a la competencia porque en primer lugar bajo una estructura de mercado con poca competencia genera incentivos a que las firmas adopten una posición que fija al tope máximo de la tasa remuneratoria y en segundo lugar porque el límite a la tasa de interés no busca llevar al mercado a una situación equivalente a la que existiría si hubiera competencia. Lo anterior se desprende del hecho que la tasa de usura constituye una regla fija de "1.5 veces el interés bancario corriente" y al ser una regla que no contiene como parte de su formulación consideraciones sobre la estructura del mercado y el objetivo de llevarlo a condiciones de competencia, lo que lleva es a una distorsión en los incentivos a competir por parte de las firmas. Por lo anterior se destaca como conclusión de este artículo que la formulación de un límite a la tasa de interés remuneratoria bajo un esquema como el que se aplica en Colombia, constituye una regulación que genera efectos anticompetitivos en el mercado, no obstante está justificada su aplicación por criterios de protección al consumidor del mercado bancario formal respecto del abuso que pueden ejercer sobre el mismo las entidades bancarias.
  8. Finalmente, es necesario considerar que el más poderoso mecanismo para lograr la reducción de las tasas de interés es la competencia. Por lo tanto la efectiva protección de la misma se traducirá

en un adecuado manejo de las tasas de interés de una manera menos intervencionista que la fijación de controles administrativos sobre dichas tasas.

## 2. EVALUACIÓN DE LOS MECANISMOS ACTUALES DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE REGULACIÓN Y COMPETENCIA

Aunque la competencia no es necesariamente la fuente de la inestabilidad bancaria, si es un aspecto adversamente afectado por la regulación que aplica a dicho sector. En los términos que fueron presentados en la sección anterior, el mercado bancario está expuesto a una inherente inestabilidad. Por esta razón se han adoptado mecanismos regulatorios tendientes a reducir las crisis sistémicas, pero esa regulación puede afectar negativamente la competencia y por lo tanto incidir en detrimento en la eficiencia económica.

Tras reconocer la necesidad y la importancia de la regulación en el sector bancario y el hecho de que la misma puede afectar negativamente la competencia, el paso que sigue es evaluar los mecanismos actuales de solución del conflicto entre regulación y competencia al menos en dos esferas a saber: los mecanismos de control entre el regulador y el supervisor en materia de competencia, y la revisión judicial a la luz de la relevancia constitucional de la competencia.

El objetivo último del análisis de los mecanismos que en la actualidad funcionan en Colombia para armonizar la regulación y la competencia, es encontrar las debilidades de los mismos y proponer en consecuencia algunas recomendaciones de solución al conflicto planteado.

### 2.1. Reguladores, supervisores y jueces

#### 2.1.1. Distribución de competencias regulatorias

La Constitución de 1991 estableció un reparto básico de competencias entre el Congreso y el Ejecutivo para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y en general aquellas relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público<sup>53</sup>.

Dado el carácter cambiante y técnico de la regulación financiera se definió que el Congreso expediría una ley marco (Ley 35 de 1993) y el Gobierno Nacional decretos de intervención con sujeción a los objetivos y criterios definidos en la ley. El gobierno a través de la atribución presidencial prevista en el artículo 189 de la Constitución política interviene a través del Ministerio de Hacienda para regular la materia, a través de la Superintendencia Financiera para realizar las labores de supervisión en el cumplimiento de la normatividad sobre regulación financiera y con la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 a través de la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia se realizan las labores de supervisión del régimen de competencia.

Es muy importante señalar que en principio, el supervisor financiero carece de competencias regulatorias. Sin embargo, cuenta con amplias facultades instructivas<sup>54</sup>. Excepcionalmente, por autorización legal, puede regular ciertas materias (Vg. contabilidad y administración de riesgos).

Para la Superintendencia de Industria y Comercio también es clara la carencia de competencias regulatorias pues su labor se sujeta al cumplimiento de la normatividad

aplicable en materia de competencia tal como lo establece el artículo 4 de la ley 1340 de 2009.

Aunque en teoría el reparto de competencias es claro, en la práctica ha suscitado múltiples discusiones<sup>55</sup>.

- El Congreso ha expedido leyes ordinarias, es decir no se limitó a solamente expedir la ley marco de regulación financiera.
- Dificultad en precisar el alcance de la facultad instructiva.

Esto significa que en la práctica el sector financiero tiene dos reguladores, de un lado el Congreso de la República en virtud de lo dispuesto en el numeral 19, literal d. del artículo 150 de la Constitución Política y de otro lado el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda<sup>56</sup> en virtud de lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política.

### 2.1.2. *Objetivos del regulador*

Con la expedición de la ley 1340 de 2009 queda claro que el objetivo que busca la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Competencia es velar por la protección de la competencia no considerando esta última como un fin en sí misma sino como un medio para el cumplimiento de propósitos fundamentales en beneficio de la sociedad, que tal como quedó contemplado en los artículos 3 y 6 de la mencionada ley son la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene entonces, un objetivo muy

claro frente al propósito de promoción de la competencia, pero dicho organismo no actúa en un rol de regulador sino de supervisor.

No obstante, para el caso del sector bancario en Colombia, los objetivos del regulador es decir el Congreso de la República y el Ministerio de Hacienda<sup>57</sup> según la lectura de la ley 5 de 1993 y el Decreto 1133 de 1999 respectivamente, no incorporan dicho propósito y en términos generales no contempla criterios o principios expedidos a los que debe sujetarse su objetivo de regulación y esto en consecuencia constituye un claro principio de conflicto entre regulación y competencia a saber.

Esto es así, porque si bien las actuaciones de los reguladores del sistema financiero deben sujetarse a los fines esenciales del Estado de que trata el artículo 2<sup>58</sup> de la Constitución Política, estos fines son suficientemente amplios como para deducir que si bien existe un objetivo de promoción de la competencia, el mismo puede ser limitado para favorecer el cumplimiento de otros objetivos que justifican la intervención del Estado en la economía. Por lo anterior, tanto la competencia como la estabilidad del sistema financiero son fines constitucionalmente relevantes, por lo que en principio ninguno de los dos fines goza de una prevalencia inherente sobre el otro.

Con la aprobación de la Reforma Financiera, ley 1328 de 2009, también se introducen objetivos de supervisión y en cierta forma de regulación que se basan en la estabilidad y la confianza en el sistema pero no en la competencia. Particularmente, esto puede apreciarse en el artículo 67 del título VIII-Criterios para el ejercicio de la Supervisión.

Artículo 67. Principios para una supervisión eficiente. En adición a los principios que orientan la actuación administrativa, la Superintendencia Financiera de Colombia se sujetará en el ejercicio de sus facultades y funciones de inspección y vigilancia, y control a los siguientes principios:

1. Principio de materialidad: la Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá sus funciones y facultades de inspección y vigilancia, así como de control, dando especial relevancia y atención a aquellos hechos que por su naturaleza, cuantía o circunstancias coyunturales, afecten de manera grave la confianza pública en el sistema financiero, asegurador y en el mercado de valores, pongan en peligro la continuidad del servicio, o comporten un riesgo sistémico.

2. Principio de acceso a la información para la protección de la estabilidad y confianza en el sistema financiero: cuando a juicio del Superintendente Financiero existan elementos que previsiblemente puedan llegar a vulnerar la estabilidad, seguridad y confianza en el sistema financiero, asegurador o en el mercado de valores, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá requerir, en cualquier tiempo, cualquier información de entidades que ordinariamente no se encuentren bajo su inspección y vigilancia o control. (Negrilla ajena al texto)

Como se evidencia y a manera de conclusión, se han definido objetivos que deben atender el regulador y el supervisor bancario en el ejercicio de sus funciones generales. Estos criterios en términos generales son:

1. Preservar la estabilidad, la seguridad y la confianza en el mercado
2. Promover el mercado de valores
3. Proteger a los consumidores

Así las cosas, si el criterio va a ser siempre estabilidad del sistema, no hay espacio para la competencia.

#### 2.1.3. Mecanismos de control del regulador

Como ya se analizó, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no tiene competencia reguladora sino que su función se circunscribe a velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia. Sin embargo la regulación que se fije en los diferentes sectores económicos, puntualmente para nuestro caso de análisis el sector bancario colombiano, si tienen efectos sobre el desarrollo de la competencia en el mercado.

Por lo anterior, es necesario evaluar como parte de los mecanismos de control en primer lugar la forma cómo se articula la regulación sector bancario y la supervisión en materia de competencia y en segundo lugar establecer los sistemas de control del regulador por sus actuaciones.

- a. Coordinación entre la autoridad de supervisión de la competencia y la autoridad de regulación del sector bancario

Con la entrada en vigencia de la ley 1340 de 2009, se establece un claro procedimiento de articulación entre la regulación que impacta a un sector económico y su efecto en la promoción de la competencia. En ese sentido los artículos 7 y 8 de la referida Ley señalan las disposiciones sobre abogacía de la competencia y aviso a otras autoridades.

En el artículo 7, se señala expresamente que los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en el mercado serán informados a la Superintendencia de Industria y Comercio para que la misma emita su concepto, sin embargo y pese al objetivo propuesto con este artículo el mismo carece de la eficacia debida como consecuencia de las siguientes debilidades:

- Se deben remitir para concepto las iniciativas regulatorias que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en el mercado. Pero en este punto surge la inquietud, ¿quién va a realizar la revisión del proyecto regulatorio y va a determinar que tiene incidencia sobre la competencia en el mercado?. ¿No es acaso la Superintendencia como autoridad única de competencia, la que debe establecer si una regulación en particular incide o no sobre la competencia?. Es importante destacar, que existen normas que a simple vista no tienen ningún efecto sobre la competencia en el mercado. No obstante, si se realiza una evaluación más detallada puede encontrarse que sí existe una afectación de la competencia derivada de la aplicación de la referida norma. Así las cosas, en particular para el caso del sector bancario, sesgar los proyectos de regulación que serán informados a la autoridad de competencia, constituyen una ventana para la ineficacia de la promoción de la misma, pues como se ha visto, el objetivo del regulador no es promover la competencia y en esa medida si es él quien realiza la evaluación preliminar del impacto de la regulación en la competencia, puede dejar de informar proyectos regulatorios

sobre los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio en consecuencia no formulará ningún pronunciamiento. Lo anterior significa que si la Superintendencia no evalúa la totalidad de los proyectos de regulación, se está frente a un escenario de ineficacia del control entre regulación y competencia que busca la ley 1340 de 2009.

- El artículo sobre la abogacía de la competencia también dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio PODRÁ rendir concepto sobre los proyectos de regulación, es decir que se le da discrecionalidad a la autoridad de competencia sobre si emite o no concepto. No obstante que al no rendir ningún tipo de concepto no es claro si no lo emite porque considera que el proyecto regulatorio no afecta la competencia o porque no evaluó el proyecto que le fue remitido. Por tal razón, el hecho de no evaluar de forma completa una regulación frente a las implicaciones de la competencia puede hacer que se generen con la regulación incentivos anticompetitivos que sólo se verán cuando la regulación ya esté en plena vigencia y funcionamiento.
- El artículo 7 de la ley de competencia, señala que el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio no será vinculante, lo cual significa que habrán escenarios donde prevalezcan otros intereses o principios por encima de la promoción de la competencia. Para el sector bancario, como ya se ha visto, el regulador (Ministerio de Hacienda y en menor medida la Superintendencia Financiera en virtud de la facultad inestructiva que ejerce) está orientado a los principios de estabilidad

por lo que es posible anticipar que en el escenario que se presente un concepto negativo de la Superintendencia de Industria y Comercio al no ser vinculante, será excluido so pretexto de la prevalencia de la estabilidad del sector sobre la competencia. Por lo cual la competencia prácticamente nunca tendrá oportunidad de primar sobre la estabilidad y en ese sentido se observa que adolece de ineficacia la abogacía de la competencia.

- Teniendo en cuenta que el Congreso de la República también actúa como regulador del sector financiero, no es claro si los proyectos de ley que desarrolla por iniciativa de sus respectivos miembros, deben estar sometidos a este procedimiento de abogacía de la competencia.

En sentido de lo anterior, por lo menos en lo concerniente al sector financiero, se puede concluir hasta aquí que si las iniciativas regulatorias provienen del congreso, no es claro el funcionamiento del procedimiento de abogacía de la competencia y si la iniciativa regulatoria proviene del Gobierno, mientras no se adopte un mecanismo que solucione el conflicto entre regulación y competencia, esta última nunca va a tener bajo el esquema de coordinación actual una oportunidad de prevalecer sobre la estabilidad como fin regulatorio último.

b. Coordinación normativa entre la autoridad de supervisión y de regulación del sector financiero

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 4327 de 2005, la Superintendencia Financiera de Colombia, creó la Subdirección de Coordinación Normativa en

la Dirección de Investigación y Desarrollo como dependencia encargada de coordinar con el Ministerio de Hacienda la expedición de la normatividad.

Este proceso de coordinación normativa conjunta, se debe a que existe un proceso complementario entre la formulación y la implementación de la política regulatoria en materia financiera. La supervisión es normalmente el principal insumo con que cuenta el regulador para adoptar su política regulatoria toda vez que la labor rutinaria de supervisión permite verificar la eficacia de la regulación.

No obstante, la Superintendencia Financiera en su papel de supervisor del sector bancario busca preservar la estabilidad del sistema financiero, por lo que para el cumplimiento de dicho objetivo requiere tanto de la regulación como de la supervisión, la cual se restringe a ser una herramienta que usa en los asuntos que sean de su interés, esto es estabilidad y confianza en el sistema.

Esto significa que este mecanismo de coordinación normativa que existe actualmente es muy ventajoso y provechoso para los fines de estabilidad financiera, pero no para los fines de promoción de la competencia, pues las entidades que desarrollan dicha coordinación normativa no tienen el criterio de competencia como marco de acción en el desarrollo de sus funciones y objetivos.

En esa medida se observa que el regulador del sector financiero no desempeña un papel activo en el desarrollo de la competencia, por el contrario, la competencia en el sector bancario sigue sencillamente las normas generales del derecho de la competencia establecidas para toda la economía. Es decir las que imponen deberes negativos a los competidores de no restringir la competencia acompañada de los poderes de

ejecución otorgados a la autoridad única de competencia; pero no por eso el regulador (Ministerio de Hacienda y Superintendencia Financiera en su rol de coordinación normativa del sector) se puede olvidar de los asuntos de competencia pues el mismo debería estar llamado a emitir las regulaciones que de acuerdo con sus funciones y objetivos debe realizar pero minimizando los efectos adversos de esa regulación en la competencia.

Ahora bien, en materia de control sobre las actuaciones del regulador se observa lo siguiente:

- a. En la revisión interna, ninguno de los dos reguladores a saber, Congreso y Ministerio de Hacienda, está realizando una validación de la regulación contra el criterio de su impacto en la promoción de la competencia.
- b. Para la revisión externa, se tienen dos tipos de controles, uno que se aplica ex ante de la expedición de regulaciones y su alcance es únicamente de control fiscal, es decir que en ninguna forma tiene en cuenta criterios sobre promoción de la competencia para evaluar la gestión de las regulaciones expedidas, este tipo de control es ejercido por la Contraloría y otro tipo de control que es ex post a través del mecanismo de control constitucional, por el cual se analiza la regulación expedida contra los presupuestos constitucionales y se decide sobre su exequibilidad o no. Toda vez que este último control es el más cercado al análisis de la posible afectación del derecho constitucional a la libre competencia, la eficacia de ese control será tratada en siguiente apartado al analizar la revisión judicial.

- c. Finalmente es posible evidenciar que bajo los argumentos presentados no existe en Colombia un adecuado funcionamiento de los mecanismos de control del regulador específicamente en el análisis del impacto negativo que puede tener la regulación en la competencia en el sector bancario colombiano.

#### 2.1.4. Control de legalidad o revisión judicial

Para este punto es necesario considerar que todos los organismos involucrados en el proceso regulatorio están sujetos a la revisión judicial. De acuerdo con la Constitución en el artículo 237 el Consejo de Estado tiene facultades en esta materia.

Toda vez que el derecho a la competencia económica, se encuentra incluido en la constitución política, el sistema jurídico otorga bases para controlar la constitucionalidad de las leyes y declarar como inconstitucionales aquellas leyes o regulaciones que irrazonablemente restrinjan la competencia. Bajo éste punto de vista, es que se considera que esa revisión judicial es la única herramienta que en la legislación actual colombiana, podría de alguna manera declarar la nulidad de regulaciones que afecten negativamente la competencia en el mercado.

Ahora bien, es necesario entonces establecer la eficacia (para el tema que nos ocupa) del control constitucional desde dos aspectos, el primero es considerar los factores que reducen el alcance de la revisión y el segundo aspecto es examinar que dicha revisión aporte una solución al conflicto entre regulación y competencia. Para el efecto se han consultado los casos de acciones de inconstitucionalidad que ha conocido el Consejo de Estado sobre demandas de

regulaciones que tienen un efecto negativo sobre la competencia y el fallo que en tales casos se generó.

#### Factores que reducen el alcance de la Revisión Judicial

Diversos factores reducen el ejercicio del control judicial sobre la regulación bancaria. El primero es la naturaleza del control, que tradicionalmente ha sido definido como un control de legalidad, pero no como un control de instancia, es decir que las cortes sólo revisarán si la norma impugnada fue expedida o adoptada dentro de un marco legal, pero sin entrar a considerar la decisión en sí misma o sus méritos<sup>59</sup>.

Otro factor que puede reducir el alcance del control judicial es que los Magistrados de las Cortes pueden carecer del conocimiento técnico y la experiencia necesaria en temas de competencia y finanzas, mientras que el Regulador del sector financiero posee la capacidad para diseñar esquemas regulatorios. No obstante lo anterior, una de las más reconocidas ventajas de la revisión judicial es que los Magistrados pueden aplicar los principios de libre competencia bajo los parámetros de imparcialidad y legitimidad de que gozan.

#### La Revisión Judicial frente al Conflicto entre regulación y competencia

Dentro de los instrumentos de protección de derechos y del ordenamiento jurídico contemplados en la constitución política se consagra la figura de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

La acción de nulidad por inconstitucionalidad constituye un derecho político de participación de toda persona en defensa de

la supremacía e integridad de la Constitución, través del cual se pretende la declaración de inconstitucionalidad, por parte del Consejo de Estado, de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, salvo aquellos cuya competencia para el juzgamiento corresponda a la Corte Constitucional (arts. 237.2 y 241)<sup>60</sup>.

Para revisar la forma cómo la revisión judicial influye en el conflicto entre regulación y competencia, se han consultado los casos de acciones de nulidad por inconstitucionalidad de competencia del Consejo de Estado, sobre demandas de regulaciones que tienen un efecto negativo sobre la competencia así como los fallos que en tales casos se generaron entre al año 2008 a 2009.

El Consejo de Estado, durante el periodo analizado conoció casos presentados bajo las figuras de acción de nulidad simple y acciones de nulidad por inconstitucionalidad, para los que no se observan importantes análisis de fondo en los temas de competencia, sino que el Consejo de Estado se limita a verificar la formalidad de las decisiones como sucede por ejemplo en las acciones de nulidad n.º 16106 (Resolución de la DIAN que afectaba la actividad económica desarrollada por los profesionales del cambio) y Acción de Nulidad n.º 17567 (Régimen Aduanero Especial), es decir que pareciera que su orientación se dirige más a la mera aplicación del principio de legalidad que a la realización de análisis de fondo en temas relacionados con la competencia en el mercado.

Así mismo por ejemplo en la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Resolución Externa 5 de 2003 emitida por el Banco de la República, no se estudian a profundidad los efectos que la medida regulatoria generan sobre la competencia

en el mercado sino que se determina en la Sentencia que la libertad económica no es absoluta y que está sujeta a limitaciones impuestas por la Constitución y la Ley.

### 2.1.5. Relevancia constitucional de la competencia

#### *Derecho a la libre competencia*

Ahora bien, a partir del artículo 333 de la C.P. es importante destacar que el Constituyente de 1991 le dio rango constitucional al Derecho de la Libre Competencia y lo introdujo dentro del catálogo de los derechos colectivos. Como consecuencia de dicho derecho, se prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado nacional. En ese sentido, las conductas anticompetitivas deben ser reprimidas por el Estado, con el fin de garantizar la libertad de competencia, la continuidad del esquema de economía de mercado y la protección del bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los agentes económicos tendientes a evitar la competencia.

De otro lado, la Constitución al disponer que *la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*, permite interpretar que los beneficiarios de la libre competencia son todos los que participan en el esquema de mercado, es decir los competidores, los consumidores, el Estado (como defensor del interés público y director general de la economía); y en la medida que reporta beneficio para sus partícipes descarta otras formas de competencia calificadas como imperfectas, en las cuales no resulta claro el beneficio para el consumidor<sup>61</sup>.

A primera vista se podría pensar que los competidores no se benefician del derecho

a la libre competencia, porque tradicionalmente se ha pensado que el beneficio es exclusivo para los consumidores. Sin embargo existe un enfoque en el que la libre competencia si beneficia a los oferentes en la medida que dicho derecho constituye una garantía de igualdad jurídica de acceso y permanencia en el mercado, es decir que el ejercicio por parte de un oferente de su derecho a competir en el mercado no puede ser restringido por el desarrollo de prácticas anticompetitivas de otro u otros oferentes, y en la medida que se protege su derecho a participar en el mercado en condiciones de competencia, detenta un beneficio.

Ahora bien, bajo la óptica de las responsabilidades, el objeto de la protección positiva proveniente de la libre competencia consiste desde el punto de vista normativo para el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 333 (*El Estado por mandato de la ley impedirá la obstrucción a la libertad económica o el abuso de posición dominante*), en la fijación de reglas de comportamiento a los competidores frente al mercado y frente a los consumidores con el fin de establecer prohibiciones expresas o limitaciones a la libertad económica.

Puede concebirse entonces en términos generales que la libre competencia tiene dos dimensiones a saber: una como obligación (individualmente considerada) y otra como derecho (colectivamente analizado y sujeto a los límites del bien común). En la dimensión de obligación de la libre competencia, la misma no sólo puede entenderse que recae sobre el Estado en su condición de protección sino también sobre los particulares (empresarios, competidores) como limitante de su libertad económica.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la libertad econó-

mica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia y ha explicado que, la libertad de empresa se manifiesta en la "capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"<sup>62</sup>, mientras que la libre competencia se traduce en "la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela"<sup>63</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior es entonces preciso señalar que todos los derechos y libertades económicos, dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no son absolutos sino que se encuentran limitados por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general<sup>64</sup>. Por lo que, el derecho a la competencia se constituye en un límite para el ejercicio de las libertades de índole económico. De esta forma se considera que los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado, sino que deben respetar las reglas que el legislador ha establecido para proteger la libertad de competencia en el mercado<sup>65</sup>.

#### 2.1.6. Control de constitucionalidad

De acuerdo con la Constitución en el artículo 241, la Corte Constitucional tiene facultades en materia de revisión Judicial.

Dentro de los instrumentos de protección de derechos y del ordenamiento jurídico contemplados en la constitución política se consagra la figura de la acción pública de inconstitucionalidad. Esta se constituye en el mecanismo por medio del cual se pretende la declaración de inconstitucio-

nalidad o de inexecutable, por parte de la Corte Constitucional, de todo o parte de un acto legislativo, una ley o un decreto ley, alegando que contraría la Constitución Política<sup>66</sup>.

Ahora bien, para efectos de establecer la eficacia de este control constitucional, se han consultado los casos de acciones de inconstitucionalidad que ha conocido la Corte Constitucional sobre demandas de regulaciones que tienen un efecto negativo sobre la competencia y el fallo que en tales casos se generó entre al año 2008 a 2009.

Como se puede observar a partir de las sentencias de la Corte Constitucional revisadas, la principal justificación de la Corte para declarar exequibles regulaciones que de acuerdo con los actores de las demandas violan los preceptos de libre competencia, radica en la libertad de configuración del legislador. La justificación constitucional relacionada con la libre configuración legislativa puede apreciarse en las sentencias C-287 de 2009, C-354 de 2009, C-352 de 2009, C-132 de 2009, C-1153 de 2008 y C-1158 de 2008.

De la revisión de las sentencias de los años 2008 y 2009, se aprecia la posición de la Corte Constitucional de no realizar un test fuerte de proporcionalidad sobre regulaciones de carácter económico debido a la premisa o criterio de libre configuración legislativa. Sobre esta línea jurisprudencial que es una de las más recurrentes en los fallos analizados en esta investigación, se realiza un análisis dinámico de precedentes<sup>67</sup>, evidenciando que desde la sentencia C-265 de 1994 se toma como punto referencia este criterio, no obstante que en la sentencia C-535 de 1997 se observa que la Corte Constitucional lleva a cabo un test estricto de proporcionalidad<sup>68</sup>.

En la Sentencia C-392 de 2007, la Corte Constitucional manifiesta que en relación con la libertad de configuración del legislador ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. En consecuencia, si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la Constitución Política o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía.

Se trata entonces de la aplicación del test débil de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de los límites impuestos por el legislador, pues si bien la libertad económica admite una amplia intervención por parte de los poderes públicos en su configuración para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En jurisprudencia posterior (Sentencia C-361 de 2002) la Corte ha sistematizado los requisitos formales y materiales de la intervención del Estado en materia económica cuando limita la libertad de económica y ha señalado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de

solidaridad, y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la posibilidad de establecer restricciones y límites no es la misma en todos los campos, en este sentido la sentencia C-176 de 1996 señala: "*la protección general a la libertad económica (...) no puede ser aducida cuando otras normas constitucionales limitan la iniciativa económica en otras esferas*"<sup>69</sup>. Por tal razón además de las posibilidades ordinarias del legislador de limitar el derecho en estudio —amplias como antes quedó consignado— existen unas potestades de restricción *reforzadas* en determinadas materias, principalmente aquéllas en las cuales el constituyente consagró mandatos específicos de intervención del Estado en la economía, como por ejemplo la actividad financiera, bursátil y aseguradora<sup>70</sup>.

En relación con la actividad financiera y bursátil, la Corte Constitucional consideró en la Sentencia C-332 de 2000 que el Constituyente de 1991 elevó a la categoría de mandato constitucional la protección de los consumidores y usuarios (artículo 78 y 335 de la Carta) al disponer que las actividades financiera y aseguradora "son de interés público", y 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." Artículo 334 de Constitución.

Adicionalmente, en la Sentencia T-368 de 1995 la Corte Constitucional, se refirió al contexto sistemático a cuya luz deben entenderse las normas de la Constitución Política que consagran las libertades económicas.

Esto significa que la Corte reconoce un mandato constitucional de doble contenido: La Constitución Política reconoce que la

libertad económica y la libre competencia económica son derechos que deben promoverse, en el entendido que el desarrollo y ampliación de los mercados es una condición necesaria para la consecución de las condiciones materiales y la prosperidad de los habitantes. Empero, limita esos derechos, mediante el ejercicio de acciones de intervención estatal en la economía, con el fin de evitar que prácticas al interior de esos mismos mercados se tornen en barreras para el cumplimiento de los fines estatales, en especial la vigencia y eficacia de los derechos.

Otra justificación que también emplea la Corte Constitucional, según se observa a partir de la revisión de las sentencias de los años 2008 y 2009, para declarar la exequibilidad de algunos apartados normativos tienen que ver no con un análisis de la competencia en el mercado sino con el derecho a la igualdad. Las sentencias que demuestran esta posición son las Sentencias C-287 de 2009, C-1125 de 2008 y C-862 de 2008.

Es decir que aún cuando una norma se demande por violar la libertad de competencia, en algunas ocasiones el análisis no toca de fondo la competencia en el mercado sino que se centra en el derecho a la igualdad. Esto es particularmente importante toda vez que denota que si bien la Corte entiende la importancia de la competencia y lo reconoce a través de la jurisprudencia constitucional, los análisis se centran en factores tangenciales a la competencia pero distintos de esta.

En particular frente a la solución al conflicto entre regulación y competencia, la Corte Constitucional tienen una posición clara frente al tema como se observa por ejemplo en la Sentencia C-287 de 2009, al señalar:

El Estado se encuentra facultado, a través de la ejecución de medidas de intervención en la economía, para corregir aspectos del mercado. Ello mediante instrumentos que, de forma material, puedan limitar a la libertad económica y la libre competencia. Sin embargo, tales límites deben estar fundados en motivos razonables y proporcionados, que guarden una relación de identidad con la consecución de los fines estatales descritos en este apartado, en especial aquellos que se derivan de (i) las funciones esenciales del Estado, descritas en el artículo 2° Superior; y (ii) los objetivos constitucionales de la intervención del aparato estatal en la economía, previstos en el artículo 334 C.P. En consecuencia, cuando la medida de intervención no esté vinculada a dichas finalidades, se está prima facie ante una restricción injustificada de dichas garantías constitucionales de los participantes del mercado.

Si bien esta posición es clara y aparentemente determina una alternativa de solución al conflicto entre la regulación y la competencia pues se entendería que ninguna regulación puede afectar la competencia si no está vinculada a alguna de las finalidades del Estado o las finalidades de intervención previstas en el artículo 334 de la CP, en sí misma esta posición no determina un criterio objetivo para solucionar el conflicto que aquí se analiza. Si bien una regulación tendiente a mantener la estabilidad del sistema financiero, es a la luz de las finalidades sociales del Estado una medida plenamente justificada, crea una restricción a la competencia que también es una finalidad social del Estado debido a que su aplicación está afecta a la consecución del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. A la luz del análisis de la Corte Constitucional

no habría como solucionar este conflicto pues tanto la estabilidad financiera como los beneficios de la competencia están afectas a las finalidades sociales del Estado y no hay un criterio claro que permita establecer cuál prima sobre la otra.

Ahora bien, adicionalmente hay que tener en cuenta que la alternativa de solución al conflicto propuesto por la Corte Constitucional pierde fuerza cuando a través de la doctrina constitucional al momento de realizar un control constitucional la Corte señala en relación con la libertad económica y de competencia que la misma está sujeta a un test leve o débil de constitucionalidad pues reconoce la libertad de configuración legislativa. Esto se señala por ejemplo en la Sentencia C-321 de 2009.

No obstante, como se ha mostrado en esta investigación, los criterios de competencia y estabilidad financiera que la misma Constitución Política exige se adopten<sup>71</sup>, no son criterios excluyentes, es decir, la competencia favorece la estabilidad al mitigar el riesgo de crisis financieras.

En esa medida, la Corte Constitucional en desarrollo de sus funciones debería optar por el enfoque de competencia más que por el de estabilidad a la hora de definir en términos prácticos el "conflicto" entre estabilidad y competencia, toda vez que de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política, el enfoque de competencia es el que mejor encaja en los fines esenciales del Estado, en especial cuando se refiere a *promover la prosperidad general*.

Esto es particularmente cierto porque el enfoque en estabilidad limita la liberalización de los mercados, impide mejores servicios a menores costos a los usuarios del sistema financiero y puede inclusive res-

tringir el acceso de las personas al sistema financiero, lo cual tiene importantes implicaciones en términos de equidad y desarrollo económico del país. En términos más generales la competencia garantiza de mejor forma el cumplimiento de los propósitos del sistema financiero en la economía.

Otro aspecto que debe finalmente ser analizado con respecto a la revisión judicial, radica en la necesidad que se ejerza la acción pública de inconstitucionalidad, es decir que si ninguna persona interpone la demanda, una regulación que afecte de forma desproporcionada la competencia en el mercado puede tardar mucho tiempo vigente y sin ser sometida siquiera a la revisión judicial de la Corte Constitucional habida cuenta que este control se ejerce ex – post de dictada la norma demandada.

Finalmente es posible evidenciar bajo los argumentos presentados que no existe en Colombia un adecuado funcionamiento de los mecanismos de control del regulador específicamente en el análisis del impacto negativo que puede tener la regulación en la competencia en el sector bancario colombiano.

Además queda claro a lo largo de esta sección que el control constitucional si bien es una herramienta para garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales, no constituye un criterio efectivo de solución al conflicto entre regulación y competencia, especialmente porque la solución que presenta es la validación frente al cumplimiento de las finalidades sociales del Estado. De esa manera a la luz del análisis de la Corte Constitucional no habría como solucionar el conflicto planteado pues tanto la estabilidad financiera como los beneficios de la competencia están afectas a las finali-

dades sociales del Estado y no hay un criterio claro que permita establecer cuál prima sobre la otra<sup>72</sup>.

### 3. RECOMENDACIONES PARA EL SISTEMA REGULATORIO DEL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO

Si bien la intervención gubernamental teóricamente trata de solucionar las fallas del mercado, no siempre provee una mejor coordinación y por consiguiente no necesariamente reemplaza los mecanismos de mercado, en consecuencia en materia de intervención estatal debe existir un delicado balance entre la disciplina del mercado y la coordinación de la acción gubernamental<sup>73</sup>.

Ahora bien, después de haber analizado las restricciones directas e indirectas de la regulación en la competencia del sistema bancario colombiano, considerado los elementos de control a la regulación que se emite y el hecho que en principio los criterios de competencia y estabilidad no son excluyentes, porque el conflicto surge cuando las estructuras regulatorias quedan mal diseñadas debido a que buscando proteger la estabilidad del sistema pueden afectar de manera negativa la competencia en el mercado, habrían algunas medidas que podrían adoptarse a fin de mejorar el funcionamiento del régimen de protección a la competencia en el sistema bancario colombiano. Las medidas propuestas se señalan a continuación:

#### 1. Redefinir el concepto de estabilidad y confianza.

La confianza es el principal activo no sólo de cualquier entidad que se dedique al negocio financiero, sino del sistema en

general, pues únicamente sobre ese intangible es que se obtiene la circulación del dinero a través del sistema financiero, en desarrollo de las actividades de captación y colocación que en general caracterizan esa actividad<sup>74</sup>.

En términos más generales asegurar la confianza del público en el sistema financiero es velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica de tal manera que esté protegido el interés general y particular de los consumidores financieros. No obstante, eso no significa que se tenga que restringir la competencia en el sistema para lograr entidades solventes sino que la competencia actúa como un filtro natural donde finalmente quedan las mejores entidades y eso genera mayor confianza en el público, pues tiene la certeza que su sistema financiero no está conformado por entidades débiles sostenidas por las políticas regulatorias del sector sino porque la eficiencia operativa y administrativa de las mismas las ha llevado a permanecer en el mercado.

Estos conceptos de estabilidad y confianza, no pueden significar un sistema de cero quiebras donde sean sostenidas a la fuerza instituciones financieras ineficientes que reproduzcan esas ineficiencias en toda la economía, sino que debe ser conceptos que acepten que las crisis pueden ser necesarias y que a través de la competencia finalmente quedan en el mercado las mejores entidades y eso genera mayor confianza en el público y mayor estabilidad en el sistema financiero.

Desde ese punto de vista, la estabilidad del sistema financiero debe estar incluida dentro del más amplio objetivo de

confianza en el mercado y a su vez la confianza no puede significar un sistema de cero quiebras, pues sería una política excesiva que ahogaría la competencia.

2. Decisión política a favor de la Competencia que reconozca su importancia y conveniencia en el Sector Bancario

La escasa competencia se refleja en algunos fenómenos como el costo elevado de las comisiones por servicios bancarios, la baja innovación, la deficiente calidad en los servicios y el elevado margen financiero, el bajo nivel de profundización financiera y la menor competencia en otros sectores industriales. En un ámbito más general en menor crecimiento económico. Por lo tanto una política de competencia clara y consistente para el regulador es de la mayor importancia pues es al mismo tiempo una herramienta óptima para mitigar el riesgo de crisis financieras<sup>75</sup>.

3. Reconocer la necesidad de la regulación bancaria

En las actividades financieras el riesgo moral y la información asimétrica<sup>76</sup> crean incentivos que hacen necesaria la regulación dirigida a proteger la relación entre los activos y los pasivos de los intermediarios, es decir, su solvencia. Por esta razón, al examinar el papel de la política de competencia en el sector financiero, adquiere importancia especial hacerlo en el contexto de las restricciones que la regulación impone a la conducta de los agentes.

La regulación prudencial también es necesaria para frenar incentivos al riesgo excesivo de cualquier otro origen, además de la competencia. Entre los más importantes, cabe mencionar los incentivos ocasionados por la existencia

de economías de escala y los de alcanzar poder en algunos mercados, como el de crédito, donde las asimetrías de información dan lugar a barreras de acceso a competidores<sup>77</sup>.

Determinar el ámbito de acción de la competencia en los mercados financieros y la regulación es particularmente complejo, por la dificultad de determinar hasta qué punto la competencia entre los agentes logra imponer la conducta y la disciplina necesarias para lograr la máxima eficiencia sin sacrificar la estabilidad del sistema<sup>78</sup>, es por eso que a su vez las decisiones en materia de competencia deben tener en cuenta cualquier efecto indeseable sobre los incentivos al riesgo y la estabilidad del sistema.

4. Reconocer que la regulación puede tener efectos anticompetitivos en el mercado

El mercado bancario está expuesto a una inherente inestabilidad, por ello se han adoptado mecanismos regulatorios tendientes a reducir las crisis sistémicas; como parte de dichos mecanismos regulatorios figuran la autorización previa de entrada, requerimientos mínimos de capital y regulación prudencial basada en riesgo. No obstante, dichas medidas pueden constituir barreras de entrada que reducen la contestabilidad y las presiones competitivas en el mercado, desmejorando de esta forma la eficiencia económica del sector bancario y de la economía en general.

En la sección 1 de este trabajo de investigación, se concluye que la regulación puede afectar negativamente la competencia y por lo tanto incidir en detrimento en la eficiencia económica

ca. Dicha afectación ocurre a través de mecanismos directos e indirectos que limitan la competencia. Entre los procesos regulatorios que afectan de manera directa la competencia figuran la preferencia del regulador por la estabilidad abandonando el criterio de competencia y como elementos que representan una afectación indirecta figuran el desorden normativo o la incoherencia entre objetivos y herramientas para la intervención, así como el inadecuado diseño sancionatorio como incentivo adverso a la competencia.

La ley induce comportamientos, por lo que ante la presencia de regulaciones que no ha tenido en cuenta el criterio de competencia como expresión de la eficiencia económica en este sector, las regulaciones resultantes se han convertido en incentivos de prácticas anticompetitivas por parte de los bancos. De esta forma cobra especial importancia que los reguladores entren a reconocer la importancia y la necesidad de utilizar el criterio de competencia en la formulación de regulaciones que afectan al sector bancario colombiano.

Para el efecto, la solución del conflicto debe tener en cuenta dos criterios importantes a saber:

Criterio 1: Existe una necesidad de minimizar los efectos adversos de la regulación en la competencia.

Criterio 2: Se debe facilitar o promover la competencia entre quienes están sometidos a la regulación bancaria.

##### 5. Control ex – ante de la regulación que se promulgue

En esta investigación fue posible evidenciar que en Colombia no existe un adecuado funcionamiento de los meca-

nismos de control del regulador específicamente en el análisis del impacto negativo que puede tener la regulación en la competencia en el sector bancario colombiano.

Así mismo, en relación con la revisión judicial, se evidenció que el control constitucional si bien es una herramienta para garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales, no constituye un criterio efectivo de solución al conflicto entre regulación y competencia, especialmente porque la solución que presenta es la validación frente al cumplimiento de las finalidades sociales del estado, de esa manera a la luz del análisis de la Corte Constitucional no habría como solucionar el conflicto planteado pues tanto la estabilidad financiera como los beneficios de la competencia están afectas a las finalidades sociales del Estado y no hay un criterio claro que permita establecer cuál prima sobre la otra.

Además, la Corte Constitucional ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en relación con la libertad de configuración del legislador en materia económica y en ese sentido ha interpretado dicha corporación que no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. En consecuencia, si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la Constitución Política o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía.

Adicionalmente, hay que tener presente que entre mayor regulación sea promulgada, mayor es el riesgo de afectar negativamente la competencia. Es necesario que en el caso de la nueva regulación se adopte un esquema de evaluación *ex ante* para detectar con la oportunidad debida las consecuencias de una propuesta regulatoria, así mismo para la regulación que ya se encuentra vigente es necesario realizar evaluaciones periódicas a fin de reevaluar si las barreras en la regulación existente aún son justificadas y si las fallas del mercado persisten en ser reguladas.

De esta forma es necesario que se implemente un control *ex ante*<sup>79</sup> de la regulación de tal manera que la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de autoridad única de competencia, lleve a cabo una evaluación de los impactos positivos y negativos de una propuesta regulatoria sobre la competencia y aplique un test de proporcionalidad, de tal manera que identifique si hay restricciones a la competencia, qué tan significativas son las restricciones y si se justifica o no dicha restricción.

Teniendo en cuenta la complejidad del análisis propuesto y la importancia del mismo, es necesario que la autoridad de competencia siga reglas de actuación suficientemente amplias como para darle cierto grado de discrecionalidad a la toma de decisiones con respecto a la declaración de competencia de alguna propuesta regulatoria que se le presente. Adicionalmente el análisis de la autoridad de competencia debe ser técnico y vinculante<sup>80</sup>.

6. Aumentar la Contestabilidad de los mercados

Las barreras de entrada pueden disuadir exitosamente a potenciales competidores y reducir en consecuencia la contestabilidad del mercado. Los mercados se consideran contestables si la presión competitiva de los potenciales entrantes actúa como un fuerte incentivo para que las empresas ya establecidas reduzcan los precios y atiendan las necesidades de los consumidores, bajo la amenaza de ser desplazados por la entrada de nuevas empresas<sup>81</sup>. Debido a que la mayoría de los sistemas bancarios tiende a ser muy concentrados, la contestabilidad de los mercados se torna muy importante para lograr la competencia entre ellos<sup>82</sup>.

De acuerdo con lo analizado por CLAESSENS y KLINGEBIEL (2001), tanto la teoría como la experiencia han demostrado la importancia de la competencia para la eficiencia económica y la confirmación que un ambiente competitivo requiere más que un gran número de instituciones, un sistema contestable.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN, ROBERT. CAVE, MARTIN. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford Press University. Estados Unidos. 2000.
- BAUMOL, W.J. PANZAR, J.C. WILLING, R.D. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Nueva York. 1991.
- BESANKO, DAVID A. ANJAN V, THAKOR. *Relationship banking, deposit insurance and bank portfolio choice*. UK: Cambridge University Press. 1993.
- Comision Federal de Competencia Mexico. *Economía y Derecho de la Competencia. Propósito, Importancia y Temas Relevantes*. México. 2007.

- CORREA HENAO, MAGDALENA. Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
- FSA. Making Policy in the FSA: How to take account of competition. A Guide to Competition Analysis in Financial Service. Economics of Financial Regulation. Central Policy Division. Londres. 2000.
- Practical Cost-Benefit Analysis for Financial Regulators. Central Policy Division. Londres. 2000.
- GARCÍA ROCHA, ADALBERTO. La competencia en los mercados financieros, Comisión Federal de Competencia. México.
- GUTIÉRREZ R, JUAN DAVID. Paralelismo consciente. Análisis de su evolución en Colombia a partir de la teoría económica y el derecho comparado. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC. Universidad Javeriana. Agosto de 2008.
- HEREMANS, DIRK. Regulation of Banking and Financial Markets. Law School of the Catholic University of Leuven. Enciclopedia de Análisis Económico del Derecho, n.º 5850. 1999.
- LOPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional. Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2002.
- MARTÍNEZ N, NÉSTOR HUMBERTO. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano (2 Ed.). Bogotá: Legis. 2003.
- MARULANDA, BEATRIZ. PAREDES, MARIANA. Acceso A Servicios Financieros en Colombia y Políticas Para Promoverlo a Través de Instituciones Formales. USAID The Services Group. Bogotá. 2005.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Comp. Compilación de Normas sobre Derecho de la Competencia en Colombia. Universidad Javeriana. Bogotá. 2005.
- MISHKIN, FREDERIC. The Economics of Money, Banking and Financial markets. 1997.
- PANZAR, J. ROSSE, R. Testing for "Monopoly" Equilibrium in The Journal of Industrial Economics. 1987.
- POSNER, RICHARD. El análisis económico del derecho. Trad. EDUARDO L SUÁREZ. México: Fondo de Cultura Económica México. 2000.
- PROSSER, TONY. Law and the Regulators, Oxford Clarendon Press. 1997.
- RAMÍREZ HERNÁNDEZ, FERNANDO. La Política de Competencia y el Proceso de Regulación en México. México. 2000.
- RUBIO, MAURICIO. Economía Jurídica. Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Enero de 2008.
- STIGLITZ, JOSEPH E. Caída Libre. El libre Mercado y el Hundimiento de la Economía Mundial. Editorial Taurus. 2010.
- SUESCUN MELO, JORGE. Comentarios al régimen de tasas de interés, Estudio XIII, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo (2Ed.). Bogotá: Legis. 2003.
- SUNSTEIN, CASS R. Free markets and social justice. 1997.
- TROYA MARTINEZ, MARTA. La política de competencia en el sector financiero de América latina. Dic 2006.
- VAN CAYSEELE, PATRICK. VAN DEN BERRGH, ROGER. Antitrust Law. Enciclopedia de Análisis Económico del Derecho, n.º 5300. 1999.
- VICKERS. YARROW, Un análisis económico de la privatización, FCE, México, 1994.
- VON WANGENHEIM, GEORG. Production of Legal Rules by Agencies and Bureaucracies. University of Hamburg. Enciclopedia de Análisis Económico del Derecho, n.º 9300. 1999.

## Papers – artículos investigación

- BARTH, JAMES R. CAPRIO, GERARD JR. LEVINE, ROSS. "Bank Regulation and Supervision: What Works Best?" *Journal of Financial Intermediation*. 2002.
- BECK, THORSTEN. DEMIRGUC-KUNT, ASLI. LEVINE, ROSS. MAKSIMOVIC, VOJISLAV. Financial Structure and Economic Development: Firm, Industry, and Country Evidence, *World Bank Policy Research Working Paper*, n.º 2423. 2000.
- "Bank Competition, Financing Obstacles and Access to Credit", *World Bank Conference on Bank Concentration and Competition*. 2003.
- BECK, THORSTEN. ROSS, LEVINE. NORMAN, LOAYZA. "Finance and the Sources of Growth", *World Bank Policy Research Working Paper* 2057. 1999.
- BESANKO, DAVID A. ANJAN V, THAKOR. Banking Deregulation: Allocational Consequences of Relaxing Entry Barriers. *Journal of Banking and Finance*, vol. 16. 1992.
- BIKKER, J. HAAF, J. Competition, concentration and their relationship: An empirical of the banking industry in *Journal of Banking and Finance*. 2002.
- BOYD, JOHN H. GIANNI DE, NICOLÒ. "The Theory of Bank Risk-Taking and Competition Revisited," *Journal of Finance*, n.º 60, vol. 3. 2005.
- CARLETTI, ELENA. "Bank Competition and the role of regulation" en *Federal Reserve Bank of Chicago in its journal*. 2005.
- Competition and Regulation in Banking", *Center for Financial Studies at the University of Frankfurt, Germany*. 2005.
- CETORELLI, NICOLA. Does Bank Concentration Lead to Concentration in Industrial Sectors?. *Federal Reserve Bank of Chicago*. 2001.
- CETORELLI, NICOLA. STRAHAN, PHILIP E. "Finance as a Barrier to Entry: Bank Competition and Industry Structure in Local U.S. Markets", *The Wharton Financial Institutions Center*. 2003
- CLAESSENS, STIJN. Competition in the Financial Sector: Overview of Competition Policies. *IMF Working Paper*. 2009.
- CLAESSENS, STIJN. KLINGEBIEL, DANIELA. "Competition and Scope of Activities in Financial Service" en *The World Bank Research Observer*. Vol. 16, n.º 1. 2001.
- CLAESSENS, STIJN. LAEVEN, LUC. What Drives Bank Competition? Some International Evidence, *Washington, World Bank Policy Research Working Paper* 3113, 2003.
- COOK, PAUL. Competition and its Regulation: Key Issues. *Centre on Regulation and Competition Working Paper Series Paper*, n.º 2. 2001.
- DELVASTO, CARLOS ANDRÉS P. Asimetrías de Información, Fallas del Mercado Crediticio y Correctivos Institucionales. *El Papel del Estado en la Cobertura del Mercado Crediticio*. *Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali*. 2006.
- El límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia: ¿Costo de transacción y barrera legal?. *Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali*. 2008.
- DIAMOND, D.W. DYBVIC, P.H. 'Bank Runs, Deposit Insurance and Liquidity', *Journal of Political Economy*, n.º 91. 1983.
- ESTRADA, DAIRO. GUTIERREZ RUEDA, JAVIER. Supervisión y Regulación del Sistema Financiero: Modelos, implicaciones y alcances. *En Borradores de Economía*, n.º 490. *Banco de la República*. 2008.
- HUERTAS, THOMAS. Competition in Banking: The Role of Orderly Entry and Orderly Exit. *Director, Banking Sector, FSA Chatham House Conference, London*. 20 June 2008.

- IBAÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. Alcance y Límites de las Potestades Reguladoras y Reglamentarias. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario. En *Revista Vuniversitas*, n.º 106. Junio de 2003. Universidad Javeriana. Bogotá.
- Informativo El Observatorio Financiero, Universidad Externado de Colombia, Edición, n.º 41. 17 de septiembre de 2007.
- International Finance Corporation and World Bank. Foreign Investment Advisory Service. Competitividad, atracción de inversiones extranjeras directas y el rol de la política de competencia. 2003. Documento disponible en: <http://www.mific.gov.ni/docushare/dscgi/ds.py/View/Collection-210>
- KARACADAG, CEM. TAYLOR, WILLIAM. Hacia una norma bancaria universal, en *Ámbito Financiero*. Finanzas y Desarrollo. Diciembre de 2000.
- KJELSDEN, KRISTIAN. The role of capital in Banks, *Monetary Review*, n.º 58. 2004.
- KUNT, DEMIRGÜÇ ASLI. LAEVEN, LUC. LEVINE, ROSS. The Impact of Bank Regulations, Concentration, and Institutions on Bank Margins. *World Bank Policy Research Working Paper 3030*. 2003.
- "Regulations, Market Structure, Institutions, and the Cost of Financial Intermediation." *Journal of Money, Credit, and Banking*, n.º 36, vol. 3. 2004.
- LINDGREN, JAMES. GARCIA, G. SAAL, M.I. Bank Soundness and Macroeconomic Policy, Washington, DC, International Monetary Fund. 1996.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 2. 2006.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. MARQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO. Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación. En *Revista Vuniversitas*. Universidad Javeriana. Noviembre de 2004.
- Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la Regulación. *Revista Vuniversitas*. 12 noviembre de 2004.
- MONTOYA, ALEXANDRA. Concepciones Básicas en Economía de la Información y la Selección Adversa en el Objeto de Estudio de la Teoría Organizacional. En *Revista Economía y Desarrollo*. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 4, n.º 1. Marzo de 2005.
- OECD. Competition and Regulation in Retail Banking 2006.
- Enhancing the Role of Competition in Regulation of Banks. 1998.
- Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities. 2005
- Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law.
- Relationship between Regulators and Competition Authorities. 1998 <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>
- OGUS, ANTHONY. Regulatory Institutions and Structures. Centre on Regulation and Competition Working Paper Series Paper, n.º 4. 2001.
- PERILLA CASTRO, CARLOS ANDRÉS. Capitales Mínimos en los Establecimientos de Crédito. Su impacto en la Seguridad y Competencia del Sistema Financiero y en la Democratización del Crédito. En *revista Vuniversitas*, n.º 99. 2000.
- Regulación Bancaria y Competencia en el Derecho Inglés. En *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*. Universidad Javeriana. Bogotá. 2006.

- PEROTTI, ENRICO C. SUAREZ, JAVIER. "Last bank standing: What do I gain if you fail?" *European Economic Review*, n.º 469. 2002.
- PLESKOVIC, BORIS. STIGLITZ, JOSEPH E. *Annual World Bank Conference on Development Economics*. 1998.
- QUEVEDO, CAMILA. Profundización Financiera y pobreza en Colombia. En *Carta Financiera*. ANIF. Marzo de 2010, n.º 149
- ROCHA, RICARDO. SÁNCHEZ, FABIO. TOVAR JORGE. *Informalidad del Mercado de Crédito para la Vivienda de Interés Social*. Documentos CEDE. 2007.
- ROSEN, RICHARD J. "Banking Market Conditions and Deposit Interest Rates", *Federal Reserve Bank of Chicago*. 2003.
- STIGLER, G.J. "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*. 1971.
- STIGLITZ, JOSEPH. "Promoting competition and regulatory policy: with examples from network industries", *Research Center for Regulation and Competition (The World Bank)*, Beijing, China, 25 de Julio de 1999.
- TEJADA, FERNANDO. *Competencia y Riesgo*. CEDE. Universidad de Los Andes. 2006. Bogotá.
- THORSTEN, BECK. KUNT, DEMIRGUC- ASLH. ROSS, LEVINE. *Bank Concentration and Crises*. *World Bank Policy Research Working Paper* 3041. 2003.
- VILLAR BORDA, LUIS. *Estado de Derecho y Estado Social de Derecho* en *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, n.º 20. Diciembre de 2007.
- WARREN, ELIZABETH. BAR-GILL, OREN. *Making Credit Safer*. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 157. Diciembre de 2008.
- ZULUAGA GIL, RICARDO. *El carácter Integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad*. *Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali-Colombia*. 2003.
- 1 HEREMANS, DIRK. *Regulation of Banking and Financial Markets*, n.º 5850. *Enciclopedia del AED*. 1999, p. 3.
  - 2 Gobierno Nacional, "Exposición de motivos al proyecto de Ley 135 Senado", *Gaceta del Congreso*, n.º 162 de 17 de noviembre de 1992, p. 21.
  - 3 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. MARQUEZ ESCOBAR CARLOS PABLO. *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación*. En *Revista Vniversitas*. Universidad Javeriana. Noviembre de 2004, pp. 88-92.
  - 4 *Ibid.*, p. 86.
  - 5 HEREMANS, DIRK. *Op cit.*, p. 13.
  - 6 DIAMOND, D.W. DYBVIK, P.H. "Bank Runs, Deposit Insurance and Liquidity", *Journal of Political Economy* n.º 91. 1983, pp. 401-417.
  - 7 CARLETTI, ELENA. "Competition and Regulation in Banking", *Center for Financial Studies at the University of Frankfurt, Germany*. 2005, p. 31.
  - 8 BESANKO, D. y A.V. THAKOR. *Relationship banking, deposit insurance and bank portfolio choice*. UK: Cambridge University Press, 1993, p. 4.
  - 9 TEJADA, FERNANDO. *Competencia y Riesgo*. CEDE. Universidad de Los Andes. 2006. Bogotá, p. 3.
  - 10 *Ibid.*, TEJADA, pp. 3-4.
  - 11 KOSKELA, E. and R. STENBACKA. *Is there a tradeoff between bank competition and financial fragility?*. *Journal of Banking and Finance*. 2000, En CARLETTI, ELENA. *Op cit.*, p. 35.
  - 12 TEJADA, FERNANDO. *Op cit.*, p. 3.
  - 13 La toma de posiciones más riesgosas debe leerse como la inversión en activos más riesgosos del tipo cartera de mala calidad e inversiones de portafolio en activos de alta volatilidad.
  - 14 HEREMANS, DIRK. *Op cit.*, p. 3.
  - 15 MONTOYA, ALEXANDRA. *Concepciones Básicas en Economía de la Información y la Selección Adversa en el Objeto de Estudio de la Teoría Organizacional*. En *Revista Economía y Desarrollo*. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 4, n.º 1, marzo de 2005, p. 4. Disponible en <http://www.fuac.edu.co/revista/IV/IV/uno.pdf>
  - 16 HEREMANS, DIRK. *Op cit.*, p. 19.
  - 17 Banco Interamericano de Desarrollo. *El seguro de Depósito*, pp. 2-4. Disponible en <http://www.iadb.org/res/ipes/2005/docs/chapter7spa.pdf>
  - 18 Para una revisión detallada de fallos del mercado relacionados con problemas de información se sugiere revisar el artículo "Regulation of Banking and Financial Markets" de HEREMANS DIRK.

- Disponible en la Enciclopedia del AED, n.º 5850. 1999.
- 19 Resolución n.º 0855 de 1977, emitida por la Superintendencia Bancaria (Hoy Superintendencia Financiera de Colombia).
  - 20 HEREMANS, DIRK. Op cit., p. 15.
  - 21 Senado República de Colombia. Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 124 de 1990. En PERILLA CASTRO, CARLOS ANDRÉS. Capitales Mínimos en los Establecimientos de Crédito. Su impacto en la Seguridad y Competencia del Sistema Financiero y en la Democratización del Crédito. En revista Vniversitas, n.º 99, jun. 2000, p. 104.
  - 22 PERILLA CASTRO, CARLOS ANDRÉS. Capitales Mínimos en los Establecimientos de Crédito. Op cit., pp. 116-117.
  - 23 Ibid., p. 116 señala textualmente: "Opiniones en contra de la teoría según la cual los capitales mínimos no constituyen elementos que faciliten la entrada al mercado pueden verse en: LUIS FERNANDO CRIALES, El abuso de la posición dominante en el sector financiero, y Armando Vegalara, intervención en panel en: la verdadera reforma financiera, quienes afirman que los capitales mínimos aseguran la libertad de entrada."
  - 24 BAUMOL, W.J., PANZAR, J.C. y WILLING, R.D. Contestable Markets and the Theory of Industry Structure. Nueva York. 1991, p. 50.
  - 25 GUTIÉRREZ R, JUAN DAVID. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC. Universidad Javeriana. Agosto de 2009. Desarrollo detallado del concepto de "paralelismo consciente o práctica conscientemente paralela".
  - 26 El crecimiento de los activos ponderados por nivel de riesgo al monto de patrimonio técnico y el aporte a capital bancario constituye una posibilidad para ampliar las operaciones de las entidades financieras.
  - 27 HERRERA, SANTIAGO. Relaciones de Clientela y Concentración del Sistema Bancario. Ensayos sobre Política Económica. Bogotá. 1983. En PERILLA CASTRO. Op cit., p. 117.
  - 28 Para el año 2010, el capital mínimo requerido para que un Banco pueda funcionar en Colombia son \$68,913 millones de pesos.
  - 29 CARLETTI, ELENA. Bank Competition and the role of regulation. en Federal Reserve Bank of Chicago in its journal. 2005, p. 2.
  - 30 HELLMAN, T.F., K. MURDOCK and J. STIGLITZ. Liberalization, moral hazard in banking and prudential regulation: are capital requirements enough?, American Economic Review. 2000. En CARLETTI, ELENA. "Competition and Regulation in Banking", Center for Financial Studies at the University of Frankfurt, Germany. 2005, pp. 39-40.
  - 31 REPULLO, R. Capital requirements, market power and risk-taking in banking, Journal of Financial Intermediation. 2004. En CARLETTI, ELENA. "Competition and Regulation in Banking", Center for Financial Studies at the University of Frankfurt, Germany. 2005, p. 41.
  - 32 BOLT, W. and A.F. TIEMAN. Banking competition, risk, and regulation, Scandinavian Journal of Economics. 2004. En CARLETTI, ELENA. "Competition and Regulation in Banking", Center for Financial Studies at the University of Frankfurt, Germany. 2005, p. 41.
  - 33 KARACADAG, CEM. TAYLOR, WILLIAM. Hacia una norma bancaria universal, en Ámbito Financiero. Finanzas y Desarrollo. Diciembre de 2000, p. 51.
  - 34 PERILLA CASTRO, CARLOS ANDRÉS. Regulación Bancaria y Competencia en el Derecho Inglés. En Temas de Derecho Financiero Contemporáneo. Universidad Javeriana. Bogotá. 2006, p. 152.
  - 35 THORSTEN, BECK. DEMIRGÜC-KUNT, ASLI. ROSS, LEVINE. Bank Concentration and Crises. World Bank Policy Research Working Paper 3041. 2003, p. 19.
  - 36 PERILLA CASTRO, CARLOS ANDRÉS. Regulación Bancaria y Competencia en el Derecho Inglés. Op cit., p. 154
  - 37 LINDGREN, JAMES. GARCIA, G. y SAAL, M.I. Bank Soundness and Macroeconomic Policy, Washington, DC, International Monetary Fund. 1996, pp. 72, 165.
  - 38 Existe diferencia entre limitación directa e indirecta de la competencia, toda vez en la limitación directa de la competencia el regulador toma medidas para conscientemente limitar o restringir la competencia mientras que en la limitación indirecta el regulador toma medidas sobre aspectos no necesariamente relacionados de forma directa con la competencia pero que de forma indirecta si la pueden afectar.
  - 39 Vanguardia. "Tasas de Usura un mal necesario". 08 de febrero de 2009. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/informes/negocios/20348-tasa-de-usura-iun-mal-necesario>.
  - 40 CGAP (Grupo Consultivo de Ayuda a la Población Pobre). World Bank Group. Financial Access 2009. Medición del Acceso a los Servicios Fi-

- nancieros Alrededor del Mundo. Estados Unidos. Septiembre de 2009, pp. 74-76.
- 41 Se establece de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2.5.1.1. del Decreto 2555 de 2010.
- 42 En los casos de monopolios naturales, la competencia no genera eficiencia. Pues una empresa puede producir toda la producción del mercado con un coste menor que si hubiera varias empresas compitiendo. Esto usualmente ocurre en mercados donde las firmas tienen economías de escala por lo cual los incentivos para que otras firmas ingresen son nulos. En esa medida resulta más eficiente que sólo haya una empresa en el sector puesto que los costes medios tienden a 0 según aumentamos la cantidad haciendo el negocio más rentable y ayudando al monopolista a bajar el precio
- 43 BOEHM, FRÉDÉRIC. "Corruption and Capture in Public Service Regulation" En Revista de Economía Institucional. Vol. 7, n.º 13. Bogotá. Diciembre. 2005. Disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-59962005000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-59962005000200010&script=sci_arttext)
- 44 BALDWIN, ROBERT. CAVE, MARTIN. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice. Oxford Press University. Estados Unidos. 2000, pp. 224-231.
- 45 HEREMANS, DIRK. Op cit., p. 14.
- 46 Es decir que la usura es un mecanismo de *Price Cap* en el sector financiero colombiano.
- 47 PLESKOVIC, BORIS. STIGLITZ, JOSEPH E. Annual World Bank Conference on Development Economics 1998, p. 211.
- 48 La eficiencia productiva, o eficiencia asignativa, mide la cantidad de producto que se obtiene según la asignación de recursos que se haya hecho. Con este criterio, el Estado debe crear instituciones que fomenten, impulsen y expandan la producción de la forma más eficaz.
- 49 La Superintendencia Financiera ha determinado la existencia de varios tipos de mercados relevantes dentro de la actividad bancaria, según el mercado producto (con base en un criterio de sustituibilidad) y mercado geográfico (con base en un criterio de homogeneidad). Estos son: créditos comerciales, créditos de consumo, créditos de vivienda, microcréditos, inversiones en títulos de deuda pública, depósitos en cuentas de ahorro, depósitos en cuentas corrientes, certificados de depósito a término, créditos de otras instituciones de crédito, títulos de deuda. El mercado geográfico se ha considerado de dimensión nacional.
- Concepto 2008023250 del 23 de abril de 2008. Grupo para el cumplimiento de las funciones de competencia. Superintendencia Financiera de Colombia.
- 50 Las personas que acceden al mercado informal del crédito lo hacen porque debido a su perfil de riesgo crediticio, la precariedad de su situación financiera y las garantías ofrecidas para los créditos que requieren, no son considerados sujetos de crédito del sector formal.
- 51 POSNER, RICHARD. El análisis económico del derecho. Trad. EDUARDO L. SUÁREZ. México: Fondo de Cultura Económica México (2000), p. 257.
- 52 No puede desconocerse el carácter de interés público de la actividad financiera, aunque sea desempeñada por particulares, de modo que el Estado debe intervenir en ella según lo disponen los artículos 334 y 335 de la Constitución. Corte Constitucional. Sentencia 995 de 2002.
- 53 IBAÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. Alcance y Límites de las Potestades Reguladoras y Reglamentarias. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario. En Revista Universitas. No. 106. Junio de 2003. Universidad Javeriana. Bogotá, p. 18.
- 54 Corte Constitucional. Sentencia C-302 del 5 de mayo de 1999.
- 55 PRADO, CESAR. Proceso de Construcción y Coordinación de Normativa Prudencial. Foros sobre Modelos de Supervisión. Comisión Nacional del Mercado de Valores. Instituto Iberoamericano del Mercado de Valores. Madrid España, 18 de septiembre de 2008.
- 56 IBAÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. Op cit., p. 81.
- 57 Es necesario tener la claridad que el Ministerio de Hacienda, es considerado el regulador del sector financiero en Colombia, pero su papel tiene una orientación impartida desde el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política.
- 58 Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia

- pacífica y la vigencia de un orden justo.  
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
- 59 V. EVAN. CHIEF Constable of the North Wales Police. 1982. En PERILLA CASTRO CARLOS ANDRÉS. *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*, p. 173.
- 60 Ministerio de Interior y de Justicia. Disponible en: <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=1511&idcompany=2>
- 61 PERILLA CASTRO. *Regulación Bancaria y Competencia en el Derecho Inglés*. Op cit., p. 103.
- 62 Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995. M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- 63 Gaceta del Congreso, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal".
- 64 Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.
- 65 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto n.º 02017917 del 16 de diciembre de 2002. Link <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2002/Diciembre/02087917.php>
- 66 Ministerio de Interior y de Justicia. Disponible en: <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=1511&idcompany=2>
- 67 LOPEZ MEDINA. DIEGO EDUARDO. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional. Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2002, p. 55. *Teoría Jurídica Integral de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes*
- 68 Sólo en la Sentencia C-535 de 1997 se lleva cabo un test estricto de proporcionalidad pues en las demás sentencias consideradas dentro de la línea jurisprudencial se aprecia que la orientación de la Corte es hacia la realización de un test débil de proporcionalidad cuando se trata de evaluar las restricciones a las libertades económicas.
- 69 Sentencia C-176 de 1996.
- 70 Que tiene por fundamento el artículo 335 de la Constitución Política.
- 71 Artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política.
- 72 Tanto la competencia como la estabilidad del sistema financiero son fines constitucionalmente relevantes, y de hecho la estabilidad financiera puede ser vista como una excepción al mandato constitucional de la libre competencia de que trata el artículo 333 de la Constitución Política.
- 73 HEREMANS DIRK. Op cit., 1999, p. 3
- 74 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Sentencia del 3 de diciembre de 2003. Expediente 15595.
- 75 CLAESSENS, STIJN y KLINGEBIEL, DANIELA. "Competition and Scope of Activities in Financial Service" en *The World Bank Research Observer*. Vol. 16, n.º 1, 2001, p. 40
- 76 Los mercados financieros han sido vistos por definición como imperfectos debido a los problemas de asimetría de información, problemas de agencia y riesgo moral que enfrentan.
- 77 GARCÍA ROCHA, ADALBERTO. *La competencia en los mercados financieros*, Comisión Federal de Competencia, p. 5.
- 78 GARCÍA ROCHA, ADALBERTO. Op cit., p. 3.
- 79 Como complemento al control Ex – post que actualmente opera en Colombia.
- 80 El artículo 7 de la ley 1340 de 2009 "Abogacía de la Competencia", dispone que los conceptos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio no son vinculantes y son opcionales, pues quedan a discreción de la Superintendencia realizar o no la evaluación de las propuestas regulatorias que lleguen para su concepto. Desde este punto de vista la revisión ex - ante que se propone en este trabajo es distinta de la presentada en la ley 1340 de 2009.
- 81 CLAESSENS, STIJN y KLINGEBIEL, DANIELA. Op cit., pp. 24-25 y 39.
- 82 CLAESSENS, STIJN y LAEVEN, LUC. *What Drives Bank Competition? Some International Evidence*, Washington, World Bank Policy Research Working Paper 3113, 2003, pp. 6-9