



EL PROYECTO DE REFORMA FINANCIERA LIBERALIZACIÓN, COMPETENCIA Y SUPERVISIÓN

En el pasado informe de Economía y Política, nos ocupamos del diagnóstico del sector financiero en Colombia, de los grandes temas ausentes en el Proyecto de Ley y presentamos algunos comentarios sobre las propuestas del Gobierno con respecto a Estructura, Tasa de Interés y Fondos de Pensiones. En esta edición cubrimos los temas de Servicios Transfronterizos, Competencia y Supervisión.

1. Liberalización comercial de servicios financieros

El Proyecto de Ley introduce algunas reformas al régimen vigente sobre sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior y al comercio trans-fronterizo de seguros y corretaje de seguros. Según la Exposición de Motivos, el Gobierno aspira a que estas reformas permitan aumentar la oferta de servicios financieros e inducir una mayor competencia en su prestación, con lo cual es de esperar que las empresas incrementen sus niveles de inversión e innovación y las familias la protección contra riesgos y su bienestar económico. Asimismo, la Exposición de Motivos afirma que el Gobierno busca con este Proyecto adecuar la normativa en estas materias con los compromisos asumidos en el TLC suscrito con EEUU, bajo el supuesto de que este Tratado será eventualmente aprobado por el Congreso de los EEUU.

a. Liberalización en materia de seguros

Los cambios más importantes que introduciría el Proyecto desde el punto de vista de la normativa legal conciernen a la oferta transfronteriza de seguros. En efecto, el Proyecto

permitiría a las empresas domiciliadas en Colombia, a los colombianos y residentes adquirir seguros en el exterior (lo que hoy está en general legalmente prohibido¹) con excepción de los relacionados con el sistema de seguridad social, los seguros obligatorios² y los que tomen entidades del Estado³. Sin embargo, las compañías de seguros del exterior no “podrán ofrecer estos seguros en el territorio colombiano o a sus residentes” (eg, no podrán hacer publicidad o realizar labores de intermediación o corretaje en el país), con excepción de los seguros asociados con el transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional, las mercancías en tránsito y el lanzamiento y transporte espacial.

En la práctica hoy en día muchos colombianos adquieren seguros en el exterior a pesar de la prohibición legal y hay compañías de seguros del exterior que ofrecen y venden de manera ilegal seguros en el territorio colombiano, sin que haya sanciones efectivas. En cuanto a los seguros asociados al comercio exterior, los únicos que podrían

¹ Excepto en lo que hace a seguros asociados al comercio exterior, seguros temporales cuando la persona se encuentre en el exterior o casos prácticamente inexistentes con autorización expresa de la Superintendencia Financiera.

² Y aquellos seguros para los cuales el tomador, asegurado o beneficiario deba demostrar previamente que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social.

³ Aunque el Gobierno puede establecer por vía general los eventos y condiciones en que entidades estatales podrían contratar seguros en el exterior.

ser ofrecidos en el futuro en el territorio colombiano, ya es práctica aceptada y común tomarlos al menos parcialmente con entidades del exterior.

Por todo ello, es poco probable que la reforma conduzca a una ampliación importante de la oferta efectiva de seguros del exterior, como sugiere la Exposición de Motivos.

b. Sucursales de Bancos y Compañías de Seguros del Exterior

El Proyecto de Reforma permitiría en adelante la operación de Sucursales de Bancos y Compañías de Seguros del Exterior en Colombia, si bien sujetas a las mismas obligaciones y derechos que los bancos y compañías de seguros constituidos como establecimientos nacionales. En particular, les exigiría requisitos de capital asignado, incorporado en el país y convertido en moneda nacional, equivalentes a los impuestos a sus pares nacionales. Asimismo, las sometería a la misma inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera y a requisitos similares de inscripción en el Fogafín.

En consecuencia, solo habría tres diferencias entre las Sucursales y los Bancos o Compañías de Seguros constituidos en Colombia. De una parte, las Sucursales no estarían obligadas a tener una Junta Directiva sometida a las normas vigentes de Gobierno Corporativo, si bien deberán tener un apoderado autorizado a representarlas con todas las facultades legales, al cual se impondrían requisitos, responsabilidades y sanciones en un todo similares a los que recaen sobre los miembros de juntas directivas. De otra parte, una Sucursal podría repatriar utilidades con mayor rapidez, sin necesidad de esperar al cierre de sus estados financieros y la aprobación de repartición de dividendos por parte de la asamblea de accionistas⁴. En contraste, la empresa matriz tendría que responder “en todo momento por las obligaciones contraídas por la Sucursal”⁵, vale decir más allá del capital incorporado en el país cuando éste resulte insuficiente.

El régimen propuesto difiere del que se aplica normalmente a las Sucursales en otras latitudes, en particular en lo que

hace a la exigencia de capital incorporado en el país. Es, sin embargo, virtualmente idéntico al que adoptó Chile con motivo de la negociación del TLC con los EEUU. En el caso chileno no ha habido aún ninguna Sucursal establecida bajo el nuevo régimen, por cuanto éste presenta en realidad muy pocas ventajas con respecto a la constitución de una entidad subsidiaria para el Banco o Compañía de Seguros extranjera. De otra parte, ya hay una presencia considerable de bancos y compañías de seguros del exterior a través de subsidiarias en nuestro país. Por tanto, tampoco parece probable que estas normas resulten en un aumento considerable de la oferta de servicios financieros en Colombia, como sugiere la Exposición de Motivos.

c. Las normas propuestas frente a lo convenido en el TLC con los EEUU

No es enteramente cierto que estas propuestas se limiten a adecuar la normativa nacional a lo acordado en el texto del TLC con los EEUU, como lo sugiere la Exposición de Motivos del Proyecto. En primer lugar, como han observado los gremios, estas propuestas conducirían a una apertura, si bien modesta, de los servicios transfronterizos de seguros de carácter unilateral, general e inmediato, a diferencia del carácter recíproco, bilateral y gradual (cuatro años) de lo convenido en el TLC con los EEUU.

Sin embargo, si el Gobierno colombiano y los gremios juzgaron adecuado permitir la adquisición de algunos tipos de seguros en los EEUU, no hay razón para no extender esta opción a su adquisición en otros países. Asimismo, no tendría sentido permitir el corretaje en el país de seguros vinculados con el comercio exterior solamente a corredores provenientes de los EEUU. Y si bien es cierto que el TLC contempla alguna reciprocidad en estas materias por parte de los EEUU, ésta resulta bastante limitada pues no compromete a los Estados, quienes en un régimen Federal como el de los EEUU poseen una amplia autonomía regulatoria en materia financiera. Ahora bien, si pareciera prudente estipular un periodo de transición para desarrollar los reglamentos y registros requeridos (aunque los 4 años previstos en el TLC parecen excesivos), así como para otorgar a la industria nacional un tiempo razonable para prepararse a una eventual intensificación de la competencia.

Asimismo, el Proyecto de Reforma incluye la posibilidad de que el Gobierno autorice por vía general a entidades

⁴ Arbelaez et al, op cit.

⁵ Artículo 45B, Numeral 1 del Proyecto.

Estatales a contratar ciertos tipos de seguros en el exterior, lo que no estaba contemplado en el texto del TLC. Hoy en día los seguros vinculados con obras públicas y otras actividades de entidades estatales deben ser contratados con empresas nacionales de seguros, las cuales diversifican los riesgos en el exterior a través del reaseguro. Si bien la nueva norma permitiría a las entidades estatales evitar los costos de intermediación de las compañías nacionales, las expondría a mayores riesgos en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del asegurador. Este riesgo debería tenerse en cuenta al reglamentar la autorización concedida por el Proyecto de Ley.

De otra parte, si bien el Proyecto de Reforma prohíbe celebrar operaciones en el territorio nacional con entidades extranjeras no autorizadas, no incluye la propuesta del TLC de tipificar como delito la venta ilegal de seguros en Colombia. En esta forma la venta ilegal de seguros del exterior tendría apenas sanciones administrativas, sin consecuencias penales. El Proyecto de reforma tampoco incluye la facultad del Gobierno de adoptar medidas tributarias para eliminar las asimetrías entre la compra de los seguros en Colombia y en el exterior que se previó en el TLC. Esta ausencia podría determinar una ventaja competitiva para los oferentes de seguros en países que tengan tasas de impuesto a las ventas inferiores a las del IVA en Colombia, como es precisamente el caso de los EEUU. Estas son dos omisiones que convendría subsanar.

Asimismo, el Proyecto de Ley va más allá del TLC y de las normas actuales al exigir a todas las Sucursales de Compañías de Seguros del Exterior la inscripción ante el Fogafin. Las normas vigentes imponen este requisito solamente a las Compañías que desarrollan actividades relacionadas con la Seguridad Social, tales como seguros previsionales y rentas vitalicias, por cuanto estas actividades pueden tener efectos fiscales dadas las garantías gubernamentales de que gozan los usuarios de la Seguridad Social. La norma propuesta resulta excesiva y no se compadece con la naturaleza y objetivos del Fogafin.

Finalmente, el Proyecto omite la apertura en materia de servicios complementarios a los servicios financieros que contempla el TLC (asesoría financiera; información financiera, su procesamiento y software correspondiente; subcontratación de servicios relacionados con la administración de carteras colectivas). Esta omisión debería

corregirse, por cuanto estas normas permitirían aumentar la eficiencia del sistema financiero doméstico.

Mas allá de estas diferencias, es indudable que las normas contenidas en el Proyecto de Ley en estas materias se inspiran en lo acordado en el TLC con los EEUU y pretenden adecuar la legislación interna a los compromisos allí adquiridos. Como hoy en día no hay seguridad sobre la aprobación del TLC por parte de los EEUU, conviene discutir la conveniencia, inconveniencia o insuficiencia de las normas propuestas en el Proyecto haciendo abstracción de los compromisos contenidos en ese Tratado

d. ¿Qué tanta apertura financiera le conviene al país?

La literatura técnica contemporánea ofrece opiniones contradictorias sobre la conveniencia de la integración financiera internacional, en contraste con el amplio consenso que existe alrededor de las ventajas de la integración comercial. Algunos analistas enfatizan los beneficios potenciales vinculados con una oferta más diversificada de servicios financieros y una mayor competencia en su prestación, como lo hace la Exposición de Motivos del Proyecto. Otros observan los riesgos en materia de inestabilidad financiera y macroeconómica asociada con la volatilidad y prociclicidad de los flujos financieros internacionales y los descalces cambiarios que tienden a producirse cuando se facilita mucho el endeudamiento en moneda extranjera y la dolarización del sistema financiero doméstico. La mayoría observa que no se encuentra una relación econométrica robusta entre el grado de integración financiera internacional de un país y su crecimiento económico de largo plazo⁶.

En este contexto, no es de extrañar que los estudios previos a la negociación del TLC⁷ recomendaran compromisos muy modestos. En particular, ante la solicitud de los EEUU de permitir la operación de Sucursales, sugirieron adoptar la posición chilena que exige capital asignado y otras obligaciones virtualmente idénticas a las de los

⁶ Ver por ejemplo, Prasad E., R. Rajan, and A. Subramanian (2006). "Foreign Capital and Economic Growth". IMF Working Papers; Bhagwati (1998), Levine (2004).

⁷ Eg, Junguito y Gamboa, eds., "Los Servicios Financieros y el TLC con Estados Unidos", Fedesarrollo, diciembre 2004.

establecimientos constituidos en el país, tal y como fue negociado y esta contemplado en el Proyecto de Ley de Reforma Financiera. Asimismo, recomendaron una apertura muy modesta en materia de servicios transfronterizos bancarios y de seguros, y sugirieron negociar bajo el principio de lista positiva limitada, como de hecho se hizo en las autorizaciones para corretaje de seguros de compañías del exterior en territorio nacional. Por su parte, los gremios insistieron en preservar condiciones competitivas para la industria nacional y el Ministerio de Hacienda y los reguladores insistieron en la necesidad de proteger al Estado contra riesgos fiscales que podrían ocasionarse al permitir servicios transfronterizos en áreas como la seguridad social, los seguros obligatorios y el aseguramiento de entidades estatales, en los que existen subsidios cruzados y garantías a cargo de la Nación. La exclusión de los seguros vinculados con la seguridad social tuvo también el propósito de mantener el ahorro provisional cautivo en el país⁸.

En síntesis, primó una posición muy conservadora, a favor de preservar el statu quo en lo esencial⁹, que se reflejó en los modestos compromisos ofrecidos bajo el TLC, en su mayor parte recogidos en el Proyecto de Ley. Bajo esta óptica la aprobación de las normas propuestas, con algunos correctivos indicados atrás, no tendría efectos benéficos considerables, pero tampoco presentaría mayores riesgos. Dado que la aprobación del TLC con los EEUU por parte del Congreso norteamericano no parece inminente, tampoco resulta urgente proceder a su aprobación inmediata.

2. Régimen de competencia

El Proyecto de Ley establece las facultades que tendrá la Superintendencia Financiera en materia de derecho a la competencia, en los términos que se explican a continuación:

a. Operaciones de Integración

En la actualidad la legislación es precaria en materia de protección de la competencia en las operaciones de integración de las entidades vigiladas por la Superin-

tendencia Financiera. La única norma al respecto es el artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante "EOSF") que se refiere a la fusión de instituciones financieras o entidades aseguradoras.

La norma anterior ha recibido de tiempo atrás dos críticas: La primera, que solo se refiere a la figura de la fusión, por lo que en el caso de otros procesos de integración empresarial la Superintendencia Financiera no tiene competencia para objetarla cuando aquella restrinja la competencia. La segunda que, conforme con dicha norma, la Superintendencia Financiera no puede objetar una operación de fusión cuando el resultado de ésta sea que la entidad absorbente domine menos del 25% del "mercado correspondiente", sin que se especifique que se entiende por tal, y sin reparar en que alguien que tenga un tamaño inferior al mencionado, también puede restringir la competencia.

El Proyecto de Ley amplía las facultades de protección de la competencia de la Superintendencia Financiera a cualquier tipo de operación de integración empresarial sin que importe la forma jurídica que adopte.

Nos parece que la ampliación de las facultades de la Superintendencia Financiera a todo tipo de procesos de integración empresarial resulta adecuada. Lo que no parece correcto es conservar el régimen actual en virtud del cual la Superintendencia Financiera no podrá objetar una operación de integración cuando el resultado sea que la entidad absorbente domine menos del 25% del "mercado correspondiente" pues este término resulta difuso.

Adicionalmente, algunos expertos en derecho de la competencia sostienen que una participación menor del 25% del mercado no indica, por sí misma, que una operación de integración no restringirá la competencia pues ésta puede darse a partir de otros criterios diferentes al de la simple participación de mercado.

De otro lado, la reforma propuesta resulta importante si se tiene en cuenta que en los últimos años la consolidación a través de fusiones ha sido la constante. Dicha conso-

⁸ Arbelaez et al, op cit.

⁹ Arbeláez, Florez y Salazar, "Financial services in the Colombia-US Free Trade Agreement", Fedesarrollo, Banco Mundial, septiembre 2006.

lidación puede en algunos casos afectar la competencia y traducirse en un aumento de los costos de los servicios financieros.

Mientras en Colombia no existe un solo antecedente donde se haya objetado una fusión de entidades financieras no ha ocurrido lo mismo en otras latitudes. En Estados Unidos 4 fusiones bancarias fueron negadas en la última década porque generarían indebida concentración del mercado y 50 fueron autorizadas de forma condicionada. El Banco de Italia condicionó varias integraciones a que las entidades involucradas enajenaran sucursales. La Comisión Federal de Competencia Suiza autorizó la fusión del banco UBS a la venta de 25 sucursales. En Canadá, una fusión de 4 bancos que representaban más del 70% de los activos del sistema financiero fue negada por la disminución de la competencia que produciría¹⁰.

b. Actos y acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante

El artículo 98 del EOSF prohíbe actualmente los acuerdos contrarios a la libre competencia al establecer que la Superintendencia Financiera podrá ordenar, como medida cautelar o definitivamente, que los empresarios se abstengan de realizar tales conductas.

Por cuenta de dicha norma se sostiene que el régimen de competencia que aplica al sector real contenido en el Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no es aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Al mismo tiempo no existe regulación aplicable en la materia para las entidades entonces sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Valores.

El Proyecto de Ley extiende a todas las entidades del sector financiero, asegurador y del mercado valores, todos los elementos del régimen general de la competencia dispuesto por el Decreto 2153 de 1992 y lo establecido por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Adicionalmente, aunque en la actualidad el numeral 4 del artículo 98 del EOSF establece una prohibición general para las entidades vigiladas de abstenerse de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio de los contratos con sus clientes no existe un régimen para la “posición dominante en el mercado”.

El Proyecto de Ley corrige lo anterior haciendo extensivo al sector financiero lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, así como las conductas enumeradas por el artículo 50 del mismo, en las cuales se establece el régimen general del “abuso de la posición dominante”. Estas normas son aplicables en la actualidad únicamente a las entidades del sector real.

Por otra parte, el Proyecto de Ley adopta el procedimiento previsto actualmente para la sic en relación con la facultad de terminar el proceso mediante la aceptación de garantías de modificación de la conducta anticompetitiva. Igualmente, establece la posibilidad de ordenar, como medida cautelar o de manera definitiva, que las entidades vigiladas se deberán abstener de realizar tales conductas.

Creemos que estas normas son adecuadas, en la medida en que permitirán a la Superintendencia Financiera contar con herramientas para prevenir o sancionar dichas conductas.

c. Competencia desleal

En la actualidad la Superintendencia Financiera no tiene facultades para sancionar conductas que constituyan competencia desleal pues el numeral 2° del artículo 98 EOSF que se refería al particular fue derogado por la Ley 256 de 1996. Conforme con esta Ley, el trámite de las investigaciones por competencia desleal está actualmente a cargo de la jurisdicción ordinaria, al paso que la Ley 446 de 1998 otorgó también facultades jurisdiccionales a la sic sobre este mismo tema.

El Proyecto de Ley propone que, en adelante, solo la sic sea competente para investigar las conductas de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que constituyan competencia desleal. Con esto se eliminaría la competencia a prevención de los jueces civiles.

Lo anterior nos parece adecuado pues es mejor que estas controversias sean dirimidas de forma ágil por un organismo técnico como la sic y no por jueces ordinarios.

¹⁰ Ver Amihud y Miller, (1998): *Bank Mergers and Acquisitions*, Kluwer Academic Publishers, Boston. Angelini y Cetorelli (1999): “Banking Competition and Regulatory Reform: The Case of the Italian Banking Industry”, Federal Reserve Bank of Chicago, Working Paper No 32.

3. Supervisión financiera

El Proyecto de Ley contiene varias normas que establecen funciones y facultades de supervisión para la Superintendencia Financiera.

Según lo señala la Exposición de Motivos, la razón por la cual se proponen dichas normas tiene que ver con que en la actualidad la Superintendencia Financiera vigila tanto a las personas que eran sujetos de supervisión de la Superintendencia Bancaria como de la Superintendencia de Valores y que se quiere dar mayor claridad a dichas funciones tomando en cuenta la integración de las entidades ocurrida en el 2005.

Lo cierto, sin embargo, es que cuando se examinan los artículos del Proyecto de Ley que establecen las funciones y facultades de la Superintendencia Financiera lo que hacen es repetir o transcribir en gran medida facultades con las que ya cuenta tal entidad bajo normas vigentes.

Ahora bien, siendo loable el principio que persigue el Gobierno de organizar en un solo cuerpo normativo las facultades con que cuenta la Superintendencia Financiera distribuidas en diferentes normas, creemos que los riesgos de esta iniciativa son enormes: el Gobierno estaría yendo al Congreso a discutir normas que ya se encuentran vigentes corriendo el riesgo de que algunas sean derogadas en los debates, lo que al final puede significar un recorte de las facultades que han sido construidas mediante varias leyes.

Si lo que el Gobierno quiere es dotar a la Superintendencia Financiera con nuevas facultades que complementen las actuales lo que debe hacer es proponer las mismas -nada mas- al Congreso.

4. Independencia del supervisor

Una de las grandes falencias del Proyecto de Ley tiene que ver con su enorme timidez en establecer normas que garanticen la independencia del supervisor.

En esta materia lo único que propone el Proyecto de Ley es la posibilidad de que la Superintendencia Financiera asuma, con cargo a su presupuesto, los gastos de defensa de los funcionarios de la entidad en los procesos que se les adelanten por responsabilidad derivada del cumpli-

miento de sus deberes. Esta propuesta, aunque buena, se queda muy corta frente a los estándares internacionales en materia de independencia de los supervisores.

En la actualidad, los Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva establecidos por el Comité de Basilea establecen que un país tiene un sistema adecuado de supervisión financiera cuando los supervisores tienen responsabilidades claramente establecidas e independencia operativa¹¹.

Es por lo anterior que muchos países han venido reformando sus regulaciones con el propósito de establecer que los Superintendentes tienen periodos fijos, de manera que no puedan ser cambiados al arbitrio de quien los nombra y mucho menos por decisión de los congresos. El Proyecto de Ley nada dice a este respecto.

En contravía de lo anterior en junio de este año fue modificada nuestra Constitución Política para establecer que la moción de censura será aplicable a los Superintendentes, quienes en adelante podrán ser removidos por el Congreso por asuntos relacionados con su cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso.

Creemos que en esta oportunidad debería explorarse la posibilidad de establecer un periodo fijo para el Superintendente de manera que el Gobierno no lo pueda remover a su antojo, lo que fomentaría la independencia. Al mismo tiempo, exhortamos al Gobierno para que presente una contra reforma constitucional que elimine la moción de censura para los superintendentes aprobada en junio de este año por las mismas razones.

Para evitar la excesiva concentración de poder en la Superintendencia Financiera que podría generarse por la autonomía propuesta podría pensarse en crear un cuerpo colegiado con participación público-privada que sirva de cuerpo consultivo o de segunda instancia de algunas de las decisiones de la entidad. A este mismo comité podría asignársele la función de participar en el procedimiento de nombramiento y remoción del Superintendente, en este último caso por razones extremas.

¹¹ Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz, Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, octubre de 2005.

De otro lado, en Colombia, como en otros países de la región, las autoridades de supervisión siguen siendo patrimonialmente responsables por los efectos de sus decisiones profesionales, lo cual reduce su independencia. Actualmente el artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que en el evento de ser condenado a la reparación de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

La norma anterior está complementada por el artículo 5 de la ley 678 de 2001 que establece que el dolo se presume, entre otros casos, cuando un acto administrativo es declarado nulo por “desviación de poder”, por “falsa motivación” o por “manifiesta contradicción con norma legal”. Al ser estas las causales bajo las cuales corrientemente se consigue la anulación de un acto administrativo se tiene

que prácticamente en todos los casos en que se anula un acto administrativo se presume el dolo de los funcionarios y, por ende, hay lugar a la acción de repetición.

Una situación como la anterior resta independencia a los supervisores financieros y genera la natural tendencia a no adoptar decisiones controversiales. Esto resulta grave en la medida en que en las manos de los supervisores financieros está la integridad del sistema, la protección del ahorro del público y, en últimas, la estabilidad macroeconómica.

El Proyecto de Ley debería abordar estos problemas estableciendo, por ejemplo, que contra algunos de los actos de la Superintendencia Financiera -por ejemplo, los de la toma de posesión- no cabrán acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa. Medidas como esta ya se han adoptado en otros países y deberían incluirse en el Proyecto de Ley¹².

¹² Barth James R., Caprio Gerard, Levine Ross, Rethinking Bank Regulation: Till Angels Govern, Cambridge University Press, 2007.