

# **EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO: DE LA TOLERANCIA A LA SANCIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**

CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO\*

## RESUMEN

Este artículo explora las diversas restricciones que por décadas fueron introducidas por la regulación financiera a la competencia, así como la tolerancia y limitada sanción de conductas anticompetitivas en el sector financiero en Estados Unidos y en la Unión Europea mediante la revisión de los casos ocurridos en cada una de estas jurisdicciones. Se sostiene que en la actualidad las restricciones regulatorias a la competencia no son necesarias y en su

---

\* Abogado y especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master in Laws (LLM Economic Regulation), Queen Mary College, University of London. Ha trabajado en los departamentos de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera y ha sido profesor universitario. Actualmente se encuentra vinculado al sector privado. [carlosperilla@hotmail.com](mailto:carlosperilla@hotmail.com)

lugar se debe adoptar una regulación y supervisión financiera basada en riesgos, y que las normas de competencia deben aplicarse al sector financiero sin excepciones ni favorecimientos. A continuación se estudia la situación actual en Colombia y se explica el proceso de designación de la autoridad única de competencia, los aspectos vigentes de las normas especiales de competencia para el sector financiero y la aprobación de integraciones de instituciones financieras. Finalmente se comenta el esquema de autorregulación que estas instituciones deben adoptar, así como las funciones de seguimiento e intervención de sus precios y tarifas.

**Palabras clave:** Derecho de la competencia, integraciones, acuerdos anticompetitivos, sector financiero, sector asegurador, bancos, regulación bancaria, regulación de seguros, investigación tarjetas crédito y débito, mecanismo de autorregulación las entidades financieras, intervención precios y tarifas de entidades financieras.

## **THE EVOLUTION OF ANTITRUST LAW IN THE FINANCIAL SECTOR: FROM TOLERANCE TO COMPETITION LAW SANCTIONS**

*ABSTRACT*

*This paper explores several restrictions imposed for decades by financial regulation upon competition, as well as the tolerance and limited enforcement of antitrust law in the financial sector in the United States and European Union by reviewing the cases in each one of these jurisdictions. It is argued that nowadays these regulatory restrictions are no longer required and instead, a risk-based regulation and supervision is to be implemented and*

*competition law should be applied to the financial sector without exception or leniency. Then, this paper addresses the designation of the single competition authority in Colombia, and explains the special antitrust laws in force for the financial sector and the authorization of mergers of financial institutions. Finally, it comments on the self-regulatory mechanism to be implemented by such institutions and the powers to regulate their prices and tariffs.*

**Key words:** *competition law, mergers and acquisitions, anticompetitive agreements, financial sector, insurance sector, banking, banking regulation, insurance regulation, credit and debit cards research, self-regulating mechanism of financial institutions, intervention prices and rates of financial institutions.*

## INTRODUCCIÓN

Durante décadas, las normas de competencia no se aplicaron al sector financiero. Sin embargo, este fenómeno no fue fortuito: la regulación financiera reprimió el proceso competitivo en el sector e incluso fomentó acuerdos restrictivos, pues la competencia era vista como causal de prácticas riesgosas contrarias a la estabilidad financiera. Esta concepción influyó a las autoridades de competencia, quienes se abstuvieron de investigar y sancionar conductas anticompetitivas en el sector.

Algunas voces cuestionan la posible falta de competencia en el sector financiero, evidenciada en cobros de comisiones que parecen uniformes entre competidores, la existencia de instituciones de gran tamaño y las utilidades percibidas. Frente a este panorama y ante la designación de la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad única de competencia en Colombia, se esperan más sanciones de prácticas restrictivas y surgen por

tanto varios interrogantes: ¿El propósito de mantener la estabilidad del sistema financiero es incompatible con las normas de competencia? ¿Cuál ha sido la evolución de las sanciones de las prácticas anticompetitivas en el sector y qué lecciones pueden extraerse de los casos decididos? ¿Cuáles son las normas de competencia especiales aplicables a este sector? ¿Cuál es el papel del supervisor financiero y de la autoridad de competencia? ¿Cuáles son los desarrollos recientes en esta materia?

En el primer capítulo se exponen las restricciones al derecho de la competencia que existieron en Estados Unidos, se presentan las prácticas anticompetitivas que el propio legislador colombiano promovió entre bancos y aseguradoras en el siglo pasado y se detallan otras restricciones indirectas inducidas por la regulación prudencial del sector.

El segundo capítulo expone un recuento de los casos antitrust adelantados en Estados Unidos y en la Unión Europea, jurisdicciones líderes en la materia. Su objetivo es evidenciar que las sanciones de prácticas restrictivas de la competencia en el sector estuvieron bajo discusión por largo tiempo y solo empezaron a imponerse en los últimos años. De este modo, se comprenderá que la reducida aplicación del derecho de la competencia en el sector financiero fue una decisión de las autoridades de competencia, tal como ocurrió en Colombia.

Tras exponer estos antecedentes, este trabajo aborda la situación actual existente en el país en materia de autoridad y normatividad aplicable, para lo cual se presenta la historia de la creación de la autoridad única de competencia en remplazo del modelo anterior de múltiples autoridades, dedicando espacio a revisar el origen de las facultades asignadas a la Superintendencia Financiera en la integración de instituciones financieras. Posteriormente se estudia la normatividad especial existente, artículos 98 y 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se retoma el análisis de las inte-

graciones, para precisar el alcance de las funciones del supervisor financiero y comentar las reglas de evaluación aplicables.

El último capítulo presenta los desarrollos recientes, exponiendo la cronología del caso adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la fijación de precios por las comisiones de las tarjetas Visa y MasterCard, seguido de algunas reflexiones sobre el esquema de autorregulación ordenado por la Ley 1328 de 2009 y las facultades de seguimiento e intervención de precios y tarifas de instituciones financieras establecidas en la Ley 1430 de 2010.

## 1. RESTRICCIONES REGULATORIAS A LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO

El sector financiero ha estado tradicionalmente sometido a una normatividad especial, la regulación financiera, que busca preservar su estabilidad, amenazada por los múltiples riesgos que se involucran en el ejercicio de la actividad financiera, tales como el riesgo de crédito y el de mercado, entre otros. Para ello, la regulación financiera ha expedido normas, dirigidas a resolver o mitigar los diversos problemas presentes en esta actividad, como son: i) la asimetría de información entre las instituciones financieras y sus clientes, que dificulta la evaluación de su riesgo; ii) la inherente inestabilidad de sus operaciones; y iii) el efecto sistémico de las quiebras bancarias, que afectan no solo al banco fallido sino a otras entidades.

La regulación financiera ha utilizado herramientas restrictivas, que imponen prohibiciones o controles sobre las instituciones financieras y que reducen la libertad de competir en el mercado. A continuación se presentan las restricciones a la competencia existentes en Estados Unidos, país del cual se han importado diversas instituciones regulatorias y luego se analizan las existentes en el caso colombiano.

### 1.1 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA, EXENCIONES E INMUNIDADES ANTITRUST

La gran depresión de 1930 motivó la adopción de diversas medidas que limitaban la competencia bancaria por depósitos de dinero, actividad que fue considerada en su momento como una de las causales de la crisis bancaria. En 1933, la Reserva Federal impuso la denominada Regulación Q, que prohibía pagar intereses sobre depósitos a la vista y que solo fue formalmente derogada hasta 2010 por la Ley Dodd Frank Wall Street Reform. Además, en la Regulación Q la Reserva Federal fijó límites a las tasas de interés pagaderas por los bancos sobre cuentas de ahorro y las denominadas cuentas now (depósitos que permiten retiros mediante órdenes negociables), limitación vigente hasta 1986. Así mismo, la regulación prohibía el pago de intereses en cuentas corrientes<sup>1</sup>.

Desde 1933, la Ley Bancaria (Glass Steagal) prohibió a los bancos comerciales y a sus matrices ejercer las actividades de los bancos de inversión y viceversa, generando el sistema de banca especializada, vigente hasta su derogatoria en 1999 por la Ley Gramm Leach Bliley.

Por otro lado, las leyes bancarias promulgadas en cada uno de los Estados prohibían a los bancos abrir sucursales en otros Estados, reduciendo los mercados geográficos en los que compiten, restricción que fue atenuada el 1994 por la Ley Riegel Neal.

Como se observa, esta regulación del sector bancario redujo el campo de competencia entre los partícipes del mercado, al impedir la existencia de variedad de tasas pasivas de interés, que son uno de los principales precios mediante los cuales compiten hoy en día los bancos. Ante esta realidad, la aplicación de las normas antitrust si bien era posible en la teoría, fue mínima en

---

1 WHITE, LAWRENCE J., *Financial Regulation and the Current Crisis: A Guide for the Antitrust Community* (June 11, 2009).

la práctica. Un fenómeno distinto, pero con similares efectos ocurrió en las aéreas de seguros y bursátil, puesto que la ley y los jueces, respectivamente, decretaron la inaplicabilidad de las normas antitrust.

En 1945 la Ley McCarran Ferguson exceptuó la actividad aseguradora de las leyes federales, incluida la ley federal de competencia, sometiéndola exclusivamente a legislación estatal. Entre otros objetivos, se buscaba permitir a las pequeñas aseguradoras compartir la información necesaria para definir las primas de los seguros, actividad entonces considerada anticompetitiva.

La Corte Suprema de la Estados Unidos, en el caso *Union Labor Life Insurance v Pireno* (1982) estableció los tres requisitos para aplicar esta excepción: la actividad cuestionada debe ser parte del negocio de seguros, este negocio debe estar sometido a regulación estatal, y la actividad no debe consistir en boicot, coerción o intimidación.

Esta excepción sigue aún vigente, impidiendo aplicar las normas antitrust a la actividad aseguradora, y a la fecha, diversos intentos de abolirla que han sido tramitados en el Congreso estadounidense han fallado.

En la negociación de valores también existe una excepción a la aplicación de las normas de competencia, bajo el concepto de inmunidad implícita definida por la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos *Gordon v. New York Stock Exchange* y *United States v. National Association of Securities Dealers* de 1975, la cual fue afirmada y precisaba en el caso *Credit Suisse Securities Billing* de 2007<sup>2</sup>.

---

2 Casos: *Gordon v. New York Stock Exchange* 422 U.S. 659 (1975). *United States v. National Association of Securities Dealers* 422 U.S. 694 (1975). *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing* 127 S. Ct. 2383 (2007).

Ver: ANDREW FRACKMAN and BRENDAN DOWD. *The Supreme Court Curbs Antitrust Lawsuits Challenging Securities-Related Conduct*. The antitrust source [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com), agosto de 2007.

En estos casos, los demandantes solicitaron aplicar la Ley Sherman a ciertas prácticas realizadas en el mercado de valores de conformidad con la regulación expedida por la Securities and Exchanges Commission (SEC). La Corte Suprema encontró que existe una inmunidad implícita en las normas de valores, por lo que a tales prácticas no se les aplica el derecho antitrust.

La Corte observó que la SEC se encuentra legalmente facultada para regular determinadas conductas propias de la actividad de valores, para lo cual debe considerar su impacto en la competencia. Con base en estas facultades, dicho organismo ha regulado diversos procedimientos para la negociación de valores, que deben ser observados por los comisionistas y demás agentes del mercado, cuya conducta es supervisada por la SEC. Así mismo indicó que se requiere experiencia y conocimiento de las negociaciones de valores para distinguir la fina diferencia entre conductas que se ajustan a las reglas de la SEC y aquellas que constituirían una violación de las normas antitrust. Adicionalmente, manifestó que los remedios previstos en este derecho (daños triplicados) podrían desincentivar a los corredores de valores de participar en el mercado.

Con base en todas estas consideraciones concluyó que la aplicación de las normas antitrust resulta prácticamente incompatible con el mandato otorgado a la SEC de aplicar las leyes sobre valores.

## 1.2 COLOMBIA: RESTRICCIONES LEGALES A LA COMPETENCIA

En Colombia, las Leyes 45 de 1923 y 16 de 1936 introdujeron la regulación y supervisión de los establecimientos bancarios, y la Ley 105 de 1927 hizo lo propio respecto de las compañías de seguros. Al momento de su expedición, estas leyes contenían diversas normas que de forma explícita limitaban la competencia,



favoreciendo conductas que hoy se considerarían anticompetitivas, con el objetivo de lograr estabilidad de los sistemas financiero y asegurador.

### *1.2.1 Restricciones en el sector bancario*

#### - Restricción a la tasa pasiva o de captación

La principal restricción promovida por ley recayó sobre las tasas pasivas de interés, mediante la siguiente disposición:

*Artículo 5 de la Ley 16 de 1936: En caso de que los bancos no se pongan de acuerdo en la fijación de las tasas de interés que deben abonar sobre sus distintas clases de depósitos, dicha tasa de interés será fijada por el Banco de la República, de acuerdo con la Superintendencia Bancaria. Si algún establecimiento bancario pagare un interés mayor del acordado entre ellos o del fijado por el Banco y la Superintendencia, pagará una multa de cincuenta pesos a mil pesos, que impondrá esta última oficina.*

Esta norma asumía que la tasa pasiva, reconocida por los bancos a sus clientes como remuneración por los dineros recibidos en depósito, debía originarse en la concertación entre competidores, facultando al banco central y al supervisor financiero a definirla en caso de desacuerdo. Además, se establecieron multas para castigar su incumplimiento. El mecanismo se asemeja a una forma de regulación privada de la tasa pasiva, la cual era definida por los propios bancos, mientras que la vigilancia de su cumplimiento correspondía al supervisor bancario.

Como intermediarios, los bancos compiten tanto en su fuente de recursos (operaciones pasivas) como en el destino de sus préstamos (operaciones activas), de modo que la norma citada restringía la competencia en el precio pagado a los depositantes por el dinero captado, castigando a quienes pagaran una tasa superior a la acordada. Por su redacción, puede considerarse que el pago de

altas tasas de captación se consideraba inapropiado porque elevaba los costos de fondeo de los bancos y podría llevarlos a otorgar préstamos muy riesgosos con altas tasas activas, induciendo situaciones de inestabilidad financiera.

No se conocen eventos en los cuales el Banco de la República haya definido la tasa pasiva por falta de concertación entre los bancos, o en los que la Superintendencia Bancaria haya sancionado su incumplimiento. Puede ser que tales decisiones se adoptaron en su momento y no se encuentren documentadas. Pero también es posible que los bancos siempre operaron en el mercado sin competir en las tarifas ofrecidas a sus depositantes, por lo que nunca fue necesario aplicar las sanciones allí previstas. Es decir, la norma cumplió su propósito de restringir la competencia, y definió un status quo en la cual era entendido que los bancos no ofrecían diversidad de tasas de captación.

En la década de los ochenta se empezó a reconocer la posibilidad de competencia en este segmento, de modo que el decreto 2994 de 1990 dispuso la libertad de cada banco para pactar con sus clientes las tasas reconocidas sobre depósitos, finalizando así la autorización legal para que la tasa pasiva fuera acordada por los intermediarios financieros. Este decreto fue posteriormente compilado en los artículos 123 y 128 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), que disponen:

*Artículo 123 EOSF. Régimen de algunas operaciones pasivas.*

*1. Régimen de tasas de interés aplicable a algunas operaciones pasivas de los establecimientos de crédito. Los establecimientos de crédito podrán convenir libremente las tasas de interés de las operaciones pasivas que se señalan a continuación:*

- a. Captación de recursos a través de certificados de depósito a término por parte de los establecimientos bancarios y las corporaciones financieras;*
- b. Captación de recursos a cualquier título por parte de las compañías de financiamiento comercial, y*
- c. Captación de recursos por parte de las corporaciones de ahorro y vivienda, a través de certificados de ahorro de valor constante y*

*certificados de valor constante a plazo fijo.*

*Artículo 128 EOSF. Tasas de interés en operaciones pasivas.*

*1. Tasas de interés de los depósitos de ahorro, comunes y a término. De acuerdo con los artículos 1 y 3 del decreto 2994 de 1990, las tasas de interés que ofrezcan reconocer los bancos comerciales por la captación de recursos mediante depósitos de ahorro, comunes y a término, así como su forma de liquidación, serán fijadas libremente por la entidad depositaria e informadas al público, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria.*

*2. Variación de la tasa fijada. Las tasas de interés que se fijen conforme al numeral anterior, no podrán ser variadas durante el período de liquidación del respectivo depósito.*

*3. Tasas de interés de los certificados de depósito de ahorro a término. De acuerdo con el artículo 2 del decreto 2994 de 1990 las secciones de ahorro de los bancos comerciales podrán convenir libremente con los depositantes las tasas de interés en las captaciones de ahorro que efectúen a través de certificados de depósito de ahorro a término.*

#### - Otras limitaciones

No solo la tasa pasiva o de captación sufrió restricciones. Las tasas activas también han estado sujetas a un límite impuesto a través de la denominada tasa de usura, que consiste en la prohibición de cobrar tasas que excedan del 150% del denominado interés bancario corriente, que es el promedio de las tasas cobradas por los bancos por los préstamos de libre asignación. Esta limitación se encuentra en las normas civiles, comerciales y penales. En la práctica esta tasa constituye un indicador que promueve el cobro por parte de los intermediarios financieros de tasas cercanas o iguales al límite de usura sobre los créditos más riesgosos.

Ahora bien, un nuevo tipo de restricciones se abrió paso a medida que la regulación financiera permitió la existencia de otros tipos de intermediarios financieros distintos a los bancos. En su concepción inicial, la Ley 25 de 1923 reguló al intermediario denominado “establecimiento bancario”, el cual podría contar con diferentes secciones (comercial, ahorros, hipotecaria y fidu-

ciaria). Con posterioridad, la regulación financiera fue creando otros intermediarios financieros (corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, entre otros), a los cuales se les fueron autorizando determinadas operaciones bancarias.

Aunque la Ley 45 de 1990 se expidió con el objetivo de promover la competencia, mantuvo estos otros tipos de entidades y definió un grupo de operaciones para cada uno de ellos, creando nichos de mercado que segmentaron el mercado financiero. El remedio vislumbrado fue la autorización para conformar grupos empresariales financieros, de modo que un banco actuara como sociedad matriz de los otros tipos de intermediarios y así, todos esos submercados fueran atendidos por un mismo grupo financiero. De este modo se planteó la competencia entre grupos financieros, imponiendo una pesada e incluso ineficiente carga administrativa y limitaciones a las operaciones en las cuales los intermediarios compiten. Posteriores crisis llevaron a la desaparición de algunos de estos tipos de intermediarios, pero la segmentación aún subsiste.

### *1.2.2 Restricciones en el sector asegurador*

En el sector de seguros la ley impuso la uniformidad de primas y pólizas de seguros. Las normas pertinentes disponían:

*Artículo 20 de la Ley 105 de 1927. Prohíbese a las compañías que directamente o por medio de sus agentes, por medio de publicaciones o verbalmente, ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Las pólizas contendrán todas las disposiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y los modelos deben someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria.*

*Artículo 21 de la Ley 105 de 1927. Queda terminantemente prohibido hacer rebajas o concesiones de ningún género a individuos o corporaciones cualesquiera, que no sean de carácter general, salvo el pago de honorarios o comisiones reconocidas a agentes autorizados de las compañías.*

Estas normas exigían que las pólizas de seguros, incluidas las primas cobradas por las aseguradoras fueras previamente aprobadas por la Superintendencia Bancaria. La autorización no se otorgaba de forma individual a cada una de las aseguradoras, sino colectiva, de forma que el supervisor emitía una sola autorización de carácter general, que definía la prima, el clausulado y cobertura por cada tipo de contrato de seguro.

El artículo 21 de la Ley 105 de 1927 reiteraba la prohibición a las aseguradoras de competir mediante rebajas que no estuvieran autorizadas de forma general, permitiendo en teoría pagar comisiones diferentes a las autorizadas a los agentes. Sin embargo, durante la vigencia de estas prohibiciones las aseguradoras adoptaron la práctica de pagar una misma comisión a sus agentes.

Esta restricción a la competencia en precios hizo parte de una estrategia encaminada a consolidar la industria aseguradora nacional, en la cual cada partícipe obtuviera un flujo estable de ingresos, no sometido a las variaciones que se presentan bajo situaciones de competencia.

Por fuentes bibliográficas y por tradición oral se sabe que estas prohibiciones sí fueron aplicadas, con la intervención de organizaciones gremiales que concertaban las pólizas, coberturas y primas que eran sometidas a aprobación del supervisor, quien por su parte, vigilaba que fueran observadas por las aseguradoras. Este esquema se aplicó a la mayoría de los ramos de seguros, de modo que la competencia solo se dio en un reducido número de ellos<sup>3</sup>.

---

3 - JUNGUITO, ROBERTO; RODRÍGUEZ, ANA MARÍA; CONCHA, ANGELA. La empresa y la industria aseguradora colombiana en el contexto económico de finales del siglo XIX y el siglo XX. Julio de 2010.  
- GALINDO, HERNANDO. Los seguros hace 25 años y cómo se visualizan en los próximos 25. En: Rodríguez, Rincón, Calderón (editores). Temas de derecho financiero contemporáneo. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2006.

Este esquema llegó a su fin con la expedición de la Ley 45 de 1990 (artículo 43, compilado en el artículo 184 EOSF), que eliminó la autorización general y previa de los modelos de las pólizas y tarifas por parte de la Superintendencia Bancaria.

### *1.2.3 Elementos comunes de estas restricciones*

Las restricciones a la competencia se originaron en la propia regulación financiera y aseguradora, constituyendo restricciones de origen público, adoptadas en una época en la cual el Congreso, como regulador, consideraba necesario controlar y vigilar estas actividades pero no era consciente de la necesidad de proteger la competencia en el mercado.

Estas restricciones se introdujeron en 1927 para el caso de las aseguradoras y 1936 para los bancos y estuvieron vigentes hasta 1990. Pero debe aclararse que la falta de competencia en el sector financiero y asegurador durante las seis décadas en referencia no fue algo extraño a la realidad económica nacional, ya que durante buena parte de este periodo todos los demás mercados nacionales estuvieron reprimidos bajo el esquema de sustitución de importaciones.

Mientras que en el sector financiero y asegurador la falta de competencia se originó en restricciones normativas, el resto de la economía adolecía la misma situación, gracias a la política económica imperante que conllevó a que la ley sobre prácticas anticompetitivas de 1959 no se aplicara por varias décadas.

El objetivo perseguido era claro: limitar la competencia para evitar los riesgos que ella trae, particularmente el de la salida de actores del mercado. El mecanismo escogido fue impedir la rivalidad empresarial en tasas pasivas en depósitos bancarios y en primas de seguros, es decir, reprimir la competencia en precios, que es la principal forma de competencia en el mercado. Incluso el supervisor bancario llegó a considerar que cobrar de primas

de seguros inferiores a las autorizadas, o pactar tasas de interés distintas a las cobradas por los demás bancos, podrían constituir formas de competencia desleal.

Estas normas presentan una evidente contradicción entre regulación y competencia, ya que la regulación permitió y promovió acuerdos entre competidores para fijar precios y condiciones de los servicios prestados, y además, facultó al regulador para hacerlos cumplir.

La eliminación de estas restricciones hizo parte de la apertura económica iniciada a principios de los años noventa. Para ello se expidieron los citados decreto 2994 y Ley 45 de 1990. Además de abolir las restricciones citadas, esta última ley introdujo prohibiciones específicas de acuerdos anticompetitivos y actos de competencia desleal en los sectores bancario y asegurador, facultando a la Superintendencia Bancaria para sancionar tales conductas (artículos 73 y 74 de la Ley 45 de 1990, compilados en el artículo 98 EOSF). El tránsito hacia un ambiente de competencia requería de tales normas, puesto que los empresarios no estaban acostumbrados a competir sino a coludir. De este modo, el sector financiero y asegurador fue el primero en actualizar la Ley 155 de 1959, dos años antes de que expidiera el Decreto Ley 2153 de 1992.

Se observa entonces que mediante ley, el sector financiero fue excluido de la competencia en precios, que constituye la principal forma de competencia en el mercado. En teoría, las limitaciones directas a la competencia vieron su fin en 1990, aunque aún se conserva la idea de que siguen vigentes por lo que muchos clientes no comparan los precios de las diferentes instituciones financieras.

### 1.3 COLOMBIA: RESTRICCIONES INDIRECTAS A LA COMPETENCIA ORIGINADAS EN LA REGULACIÓN PRUDENCIAL

La libertad económica, que es un derecho de rango constitucional, supone que las decisiones económicas son adoptadas por los participantes del mercado. Cada individuo en el mercado, sea oferente o demandante, decide la actividad que ejerce o las transacciones que celebra conforme a sus necesidades y utilidad. La regulación financiera impone límites a las empresas reguladas, que les impiden competir con la libertad que tienen los empresarios en otros sectores de la economía y que constituyen restricciones indirectas a la competencia.

- Restricciones al ingreso y ejercicio de las actividades bancaria, aseguradora y bursátil

El ingreso al mercado se condiciona a la aprobación previa otorgada por el supervisor, basada en el capital mínimo de constitución definido por ley, la existencia de los sistemas de administración de los diversos riesgos financieros según el plan de negocios de la entidad que se pretende crear y la evaluación de idoneidad y solvencias de los accionistas y administradores. Esta restricción de ingreso podría ser usada para inducir la concentración del mercado, considerada por algunos como fuente de estabilidad (*tesis concentración estabilidad*). Bajo esta tesis, la concentración y el poder de mercado permiten a las instituciones financieras obtener altas utilidades e incrementar su capital (*franchise value*), lo cual induce a sus accionistas y administradores a protegerlo evitando prácticas riesgosas o inseguras<sup>4</sup>.

---

4 Existe una amplia literatura que discute la relación entre estabilidad y concentración del mercado bancario. Entre los más recientes, ver:

- MORALES, MIGUEL. Concentración y estabilidad financiera: el caso del sistema bancario colombiano. Banco de la República, Temas de Estabilidad Financiera,



El objeto social de los intermediarios financieros, de las aseguradoras o de los comisionistas de bolsa no es de libre decisión de sus socios sino que está definido por la regulación, la cual establece el listado de operaciones que pueden realizar y las inversiones que puede hacer en otras sociedades así como en otros activos.

En el caso específico de los bancos, se observa que la regulación financiera colombiana ha acogido el sistema de banca especializada, que separa las actividades de banca de inversión y banca comercial. La diferencia entre ellas radica en la forma en la cual se colocan los recursos captados del público. En la primera, el banco coloca los recursos mediante inversiones en el capital de las empresas, asumiendo la posición de accionista; mientras que en la segunda el banco otorga un préstamo al deudor, asumiendo la calidad de acreedor. La banca de inversión se encuentra reservada en Colombia a las denominadas corporaciones financieras, mientras que la banca comercial es desarrollada por los bancos, las compañías de financiamiento y las cooperativas financieras.

Además, las normas sobre operaciones autorizadas crearon segmentos o nichos de mercado reservados a cada tipo de intermediario financiero, de forma que los sujetos clasificados en uno no pueden ofrecer los servicios asignados a otro. Por ejemplo, solo los bancos pueden ofrecer cuenta corriente, producto que no está autorizado a las compañías de financiamiento.

El regulador financiero ha justificado todas estas medidas en la protección de la estabilidad del sistema financiero. Los requere-

---

septiembre de 2011.

- VIVES, XAVIER. Competition Policy in Banking. Oxford Review of Economic Policy (Autumn 2011) Volumen 27(3).

- JIMÉNEZ, LÓPEZ, SALAS. How Does Competition Impact Bank Risk-Taking?, Banco de España Working Paper No. 1005. 2010.

- BECK, THORSTEN. Bank Competition and Financial Stability: A Fresh Look after the Crisis, Prepared for OECD Roundtable on Competition, Concentration and Stability in the Banking Sector, DAF/COMP(2010)9.

rimientos de capital buscan que las instituciones financieras cuenten con un colchón de recursos propios para absorber pérdidas, evitando que se trasladen a los depositantes. A su turno, las normas de autorización buscan que la actividad financiera solo sea desarrollada por entidades que cuenten con adecuados recursos financieros, administrativos, de personal y de manejo de riesgos. Por su lado, las normas sobre operaciones e inversiones autorizadas están dirigidas a que tales entidades desarrollen únicamente actividades típicamente bancarias o de seguros, según el caso, respecto de las cuales se apliquen los sistemas de administración de riesgos y a evitar la incursión en actividades o inversiones que no se relacionan directamente con la actividad para la cual fueron autorizadas.

#### - Restricciones a la salida del mercado

En cualquier mercado las empresas que no realicen ventas suficientes se verán abocadas a la quiebra y salida del mercado. Esta situación puede afectar a los acreedores de la compañía, quienes en consecuencia deben gestionar el riesgo de que se incumpla el pago de sus obligaciones (riesgo de crédito).

Situación distinta ocurre en el sistema financiero, ya que la regulación financiera contiene mecanismos de apoyo y resolución de entidades en crisis, que en algunos casos las protegen de uno de los resultados del proceso competitivo, la salida de las empresas. El Banco Central ejerce la función de prestamista de última instancia, suministrando liquidez a los bancos cuya crisis se origina en la falta de dinero en efectivo. Para hacerlo, el banco central exige colateral suficiente y cobra una tasa de interés punitiva. Esta función se desarrolla con el fin de evitar interrupciones en el sistema de pagos, que afectarían a todos sus actores y usuarios y no solo al banco en crisis.

Por otro lado, la regulación financiera prevé la existencia de mecanismos para la resolución de bancos en crisis, administrados por la Superintendencia Financiera y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Se clasifican en mecanismos de banco abierto y mecanismos de banco cerrado, dependiendo de que el banco en crisis sea apoyado para que continúe desarrollando su actividad (banco abierto) o que sea cerrado y se proceda a su liquidación ordenada.

Dentro de los mecanismos de banco abierto se encuentra la capitalización de la entidad, sea con recursos de sus propios accionistas, o de nuevos accionistas, entre los que puede llegar incluso a participar el Estado mediante aporte de recursos públicos al capital. Igualmente se puede promover la fusión con entidades solventes, o la cesión parcial de sus activos de mala calidad a un colector.

Si bien estas medidas buscan proteger la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, lo cierto es que aíslan a las instituciones financieras con importancia sistémica del efecto disciplinante del proceso competitivo, al impedir que sufran la quiebra y salgan del mercado. Esto ha llevado a que existan instituciones con importancia sistémica consideradas demasiado grandes para caer, que disfruten de una garantía implícita de capitalización, incluso con recursos estatales, en caso de crisis. Una inadecuada lectura de la función de prestamista de última instancia y de los mecanismos de banco abierto ha generado la errada percepción de que las quiebras no son permitidas por la regulación financiera<sup>5</sup>.

---

5 Con el fin de aclarar este punto, la extinta Financial Services Authority de Inglaterra expidió un documento explicando que su labor de supervisión no implicaba un régimen de cero quiebras bancarias. Financial Services Authority. Reasonable expectations: Regulation in a non-zero failure world. Septiembre, 2003.

## 1.4 RETOS REGULATORIOS

La existencia de un conflicto entre estabilidad y competencia ha sido debatida ampliamente por la doctrina durante las dos últimas décadas. La concepción inicial afirmaba que ambos conceptos eran contradictorios, y fue la causante de las diversas normas que restringían la competencia en el sector. Posteriores estudios han encontrado que es posible trazar una línea divisoria entre competencia y administración de riesgos, siendo las debilidades en esta última la fuente de inestabilidad<sup>6</sup>. Por lo tanto, en la actualidad se parte de la premisa de que la competencia es permitida en el sistema financiero, y que su regulación y supervisión deben dirigirse a los sistemas de administración de riesgos de las instituciones y a la adecuación de capital conforme el perfil de riesgo involucrado en sus operaciones.

En las últimas décadas se ha creado un entendimiento básico sobre las herramientas regulatorias y de supervisión logrado por los trabajos de Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria.

- 
- 6 Existen múltiples estudios sobre competencia y estabilidad en el sistema financiero. Entre los recientes, ver:
- RATNOVSKI, LEV. Competition Policy for Modern Banks IMF Working Paper WP/137126. May, 2013.
  - DE NICOLO, LUCCHETTA. Bank Competition and Financial Stability: A General Equilibrium Exposition IMF Working Paper WP/11/295. December, 2011.
  - THORSTEN BECK, DIANE COYLE, MATHIAS DEWATRIPONT, XAVIER FREIXAS, PAUL SEABRIGHT. Bailing out the Banks: Reconciling Stability and Competition. An analysis of state-supported schemes for financial institutions. Centre for Economic Policy Research, 2010.
  - CLAESSENS, STIJN. Competition in the Financial Sector: Overview of Competition Policies. IMF Working Paper WP/09/45. March, 2009.
  - MONTI, MARIO. Competition Policy and Monetary Policy: A Comparative Perspective. Bank for International Settlements y Per Jacobsson Foundation. 2006.
  - Una revisión de la doctrina sobre estabilidad y competencia existente al año 2004 se encuentra en: Perilla, Carlos. Regulación bancaria y competencia en el derecho inglés. En: Rodríguez, Rincón, Calderón (editores). *Temas de derecho financiero contemporáneo*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2006.

Este Comité se originó en los años setenta como un grupo de trabajo de los reguladores bancarios de los países miembros del denominado Grupo de los Diez (G10), motivado por la ocurrencia de quiebras de bancos con operaciones en diferentes jurisdicciones, que exigieron la coordinación entre ellos. Con el tiempo, el Comité ha expandido su membrecía y ha desarrollado acuerdos en temas regulatorios, como el “Acuerdo de Capital”, así como de supervisión, a través de los “Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva”, de los cuales ya se han emitido varias versiones. En la actualidad, estos trabajos son aplicados por casi todos los países, algunos de los cuales han acordado revisiones por el Fondo Monetario Internacional.

La existencia de un comité internacional dedicado a la producción de normas de regulación financiera, cuya labor se ha incrementado por las recientes crisis financieras, y a nivel local la creciente expedición de disposiciones en esta materia, ponen de presente la necesidad de evaluar y ajustar la regulación financiera colombiana, para evitar una indebida reducción de la competencia en el sector, tal como lo mencionan estudios de carácter general de la OCDE y la UNCTAD<sup>7</sup>.

Ante este panorama, el regulador financiero colombiano debe partir de una identificación precisa de los motivos por los cuales se regula el sector financiero, que en la teoría de la regulación corresponden a fallas de mercado. A continuación se deben identificar las herramientas regulatorias disponibles para su manejo, tanto en la teoría como en la práctica y evaluar sus costos de cum-

---

7 - UNCTAD. The relationships between a competition authority and regulatory bodies, including sectoral regulators. June 2001.  
- OECD. Competition Issues in the Financial Sector - Key Findings. 2011.  
- OECD. Competition and related regulation issues in the insurance industry. OECD DAF/CLP(98)20. 1998.  
- OECD. Enhancing the role of competition in the regulation of banks. DAF/CLP(98)16. 1998.

plimiento y supervisión frente a los resultados esperados en el logro del objetivo de estabilidad. Con estos resultados debe construirse una regulación financiera coherente e integral, que evite imponer restricciones injustificadas a la competencia y asuma el objetivo central de lograr la estabilidad mediante una adecuada administración de riesgos<sup>8</sup>. Las restricciones que aún subsistan, tales como el licenciamiento, tipología de instituciones financieras y operaciones autorizadas, deben estar claramente relacionadas con un objetivo regulatorio y sus efectos en la competencia deben ser cuantificados periódicamente<sup>9</sup>.

Con esta propuesta no se pretende que haya más o menos regulación, sino una mejor regulación. Este ejercicio de reforma regulatoria es necesario, pues la actual regulación financiera colombiana es una colcha de retazos constituida por la mera adición de normas expedidas de tiempo en tiempo desde los años veinte<sup>10</sup>. En su momento, las Leyes 25 de 1923 y 105 de 1927 constituyeron un esfuerzo ordenado e integral de regulación bancaria y aseguradora, elaborado con los conocimientos que sobre la ma-

- 
- 8 En materia de análisis de impacto de la regulación financiera, puede verse:
- European Commission. Impact Assessment Guidelines. 15 January 2009 - SEC(2009) 92.
  - Oxera. A framework for assessing the benefits of financial regulation. Septiembre de 2006.
  - Financial Services Authority. Making policy in the FSA: How to take account of competition. A guide to competition analysis in financial services. July, 2000.
  - OECD. Regulatory impact analysis: best practices in OECD countries. 1997.
- 9 El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como regulador financiero, debe observar las disposiciones sobre abogacía de la competencia establecidas en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y el decreto 2897 de 2010.
- 10 CLAVIJO, SERGIO. *Hacia la multibanca en Colombia: retos y 'retazos' financieros*. Banco de la República. Borradores de Economía. Borrador 150. Junio de 2000. Al respecto, el autor sostiene: “*El sistema financiero colombiano ha venido evolucionando de un esquema de banca especializada a uno que apunta hacia la multibanca. Sin embargo, aun después de aprobada la Ley 510 de 1999, su estructura organizativa continúa siendo una “colcha de retazos”*”.

tería existían en ese momento y que se basaba en restricciones de actividades y de competencia. Desde entonces se han expedido diversas normas dirigidas a resolver problemas puntuales, sin importar deformar el marco regulatorio establecido en dichas leyes, sin preocuparse por definir uno nuevo y sin reparar en los efectos en la competencia en el sistema<sup>11</sup>.

En esta intervención en el sistema financiero, el regulador debe observar los objetivos y criterios señalados por el Congreso mediante ley marco, recopilados en el artículo 46 EOSF, y en particular, a los dos siguientes:

*E) Promover la libre competencia y eficiencia por parte de las instituciones financieras.*

*H) Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.*

## 2. LIMITADO NÚMERO DE SANCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

En la sección anterior se expusieron las limitaciones a la competencia establecidas por el regulador financiero, las cuales crearon la idea de que el sector financiero no estaba expuesto a la competencia. Esta idea tuvo repercusiones en las autoridades de competencia, que por años no adelantaron investigaciones ni san-

---

11 “*The last two decades have witnessed a significant change in banking regulation. On the one hand, there has been a substantial relaxation in certain regulations such as direct controls on interest rates, fees and commissions, as well as restrictions on lines of business, ownership and portfolios. On the other hand, there has been a strengthening of prudential regulation focused on controls on the capital or “own funds” of banks and an expansion of the number and coverage of deposit insurance schemes. A few countries retain regulations which may restrict competition and are no longer viewed as necessary from a prudential perspective.*” OECD. Competition Issues in the Financial Sector - Key Findings. 2011.

cionaron prácticas restrictivas en el sector financiero, llegando incluso a la tolerancia de tales conductas. A continuación se exponen los casos investigados en este sector en Estados Unidos y en la Unión Europea, como jurisdicciones líderes en la aplicación del derecho de la competencia.

## 2.1 CASOS EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La aplicación del derecho de la competencia al sector financiero en Estados Unidos ha estado sometida a diversos debates. En una sección anterior se expuso la excepción otorgada al sector asegurador y la inmunidad del sector bursátil, de modo que solo el sector bancario ha estado en teoría sometido a las normas antitrust. Dadas las restricciones al proceso competitivo entre bancos introducidas por la Regulación Q, la aplicación de las normas de competencia ha enfatizado en el control de integraciones de bancos.

### *2.1.1 Control de integraciones*

Después de múltiples debates sobre la aplicación del control de concentraciones previsto en el artículo 7 de la Ley Clayton a los bancos, el Congreso estadounidense aprobó la Bank Holding Company Act de 1956 y la Bank Merger Act de 1960. Ambas facultan a las autoridades de supervisión bancaria respectiva (Comptroller of the Currency, Federal Reserve Board, Federal Deposit Insurance Corporation), que en su decisión debe considerar si la integración conlleva una disminución sustancial de la competencia.

La Corte Suprema profirió varias decisiones, aclarando que la Bank Merger no inmunizó a los bancos del control de concentraciones previsto en la Clayton Act, de forma que el efecto de una integración entre bancos en la competencia es analizada por el supervisor financiero y por el Departamento



de Justicia<sup>12</sup>. En dicha evaluación, los supervisores financieros definen los mercados relevantes con base en la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso Philadelphia National Bank, según la cual, corresponde qué al “cluster” de productos y servicios bancarios. Por su parte, el Departamento de Justicia (DOJ) emplea una definición de mercados con base en los criterios tradicionales de su análisis de integraciones<sup>13</sup>.

Bajo este sistema, el supervisor bancario revisa la integración bancaria en primer lugar, analizando el cumplimiento de la regulación prudencial y el régimen de competencia. Puede aprobar o no la integración, o exigir remedios para solucionar afectaciones a la competencia. Luego de que el supervisor bancario ha adoptado su decisión, el DOJ adelanta la revisión de la integración frente al régimen de competencia. La integración no puede consumarse sino pasados 30 días después de que el DOJ haya iniciado la revisión. En caso de requerir la adopción de remedios o de prohibir la integración, el DOJ debe presentar una solicitud ante una Corte, la cual puede suspenderla.

En casos recientes de integraciones promovidas por el supervisor bancario como mecanismo para rescatar entidades en crisis, el supervisor bancario analizó y aprobó las integraciones de forma expedita, mientras que el DOJ se redujo a manifestar su

---

12 U.S. V. Philadelphia National Bank, et al., 374 U.S. 321 (1963); U.S. v. First National Bank & Trust Company of Lexington, 376 U.S. 665 (1964).

13 Ver las directrices “Bank Merger Competitive Review -Introduction and Overview (1995)” del Departamento de Justicia. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/6472.htm>.

En la doctrina:

- WALTER, JOHN; WESCOTT, PATRICIA. Antitrust Analysis in Banking: Goals, Methods, and Justifications in a Changed Environment. *Economic Quarterly*, Volume 94, Number 1, Winter. 2008.

- ALTON, GILBERT; ZARETSKY, ADAM. Banking antitrust: are the assumptions still valid? Review - Federal Reserve Bank of St. Louis. Noviembre de 2003.

- SHULL, BERNARD. The origins of antitrust in banking: an historical perspective. *Antitrust Bulletin*. 41 N° 2 (Summer, 1996).

aceptación de las decisiones adoptadas por la FED y su decisión de no adelantar procedimientos adicionales.

Un importante ejemplo es la aprobación otorgada por la FED en 12 octubre 2008 a la adquisición de Wachovia por parte de Wells Fargo (que ocupaban las posiciones quinta y tercera por depósitos en Estados Unidos). En su decisión, la FED mencionó las inusuales y exigentes condiciones de la crisis financiera, que requerían acción expedita. Al realizar el análisis de competencia, la FED observó que en varios mercados geográficos la integración aumentaría el índice de concentración a niveles no permitidos. Sin embargo, decidió aprobarla argumentando la existencia de otras fuentes de competencia, razonamientos que no son convencionales en sus decisiones. Algunas decisiones similares de la FED se produjeron en los siguientes casos: JP Morgan Chase –adquisición de control de Bearn Stearns Bank & Trust (1 abril 2008); Bank of America–adquisición de Countrywide Financial Corporation (5 junio 2008), Bank of America – adquisición de Merrill Lynch (26 noviembre 2008)<sup>14</sup>.

El control de integraciones bancarias en Estados Unidos se somete entonces al de dos autoridades, ambas con mandato legal para verificar el impacto de la operación sobre la competencia en el mercado, que ha concluido con pronunciamientos judiciales en múltiples casos. Además, debe resaltarse que el sistema es lo suficientemente flexible para permitir que en casos de crisis financieras, el concepto del supervisor tome preeminencia sobre el de la autoridad de competencia.

Este fuerte control contrasta con el reducido número de casos por prácticas anticompetitivas ocurrido en Estados Unidos, el cual se vuelve mucho más notorio al considerar la alta litigiosidad

---

14 Ver los reportes de prensa y las órdenes emitidas por la Federal Reserve Board en: <http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/orders/2008orders.htm>

de ese país y el notable número de casos antitrust que año tras año son llevados a conocimiento de los jueces.

A continuación se exponen los casos que han involucrado a los bancos, pues la inmunidad antitrust otorgada por la Ley McCarran Ferguson ha impedido casos en seguros. No obstante debe mencionarse el caso *Hartford Fire Insurance v. California* de 1993, que consolidó las acciones de diecinueve Estados de EE.UU. y múltiples demandantes privados en contra de aseguradores estadounidenses y reaseguradores ingleses, quienes conspiraron para no ofrecer seguros de responsabilidad civil a menos que otros aseguradores locales introdujeran cambios en tales pólizas. En este caso se discutió si los aseguradores estadounidenses perdieron su inmunidad antitrust al conspirar con extranjeros no beneficiarios de la misma, y si la conducta investigada constituía un boicot. El caso es un importante precedente en la aplicación extraterritorial del derecho antitrust estadounidense, al evaluar entre otros temas, la cortesía internacional<sup>15</sup>.

### *2.1.2 Casos tarjetas de crédito y débito*

Los sistemas de pagos con tarjetas han sido objeto de diversas clases de litigios por su presunta infracción de las normas antitrust. A continuación se presentan los más relevantes que han involucrado a Visa y MasterCard.

---

15 United States Supreme Court. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). Sobre las consideraciones de extraterritorialidad del derecho antitrust, ver: Perilla, Carlos. *Carteles de Exportación y Derecho de la Competencia en el TLC*. En “Aproximación Jurídica al TLC - Volumen 2”. Universidad del Rosario. 2006.

### 2.1.2.1 Juicios iniciados por particulares

#### - Caso NaBanco

En 1986, la Corte de Apelación de Estados Unidos rechazó la demanda presentada por National Bancard Corporation (NaBanco), quien argumentaba que la tarifa interbancaria fijada por Visa constituye una fijación ilegal de precios, prohibida por Sherman Act<sup>16</sup>. Los argumentos de la Corte fueron:

(a) la tarifa es necesaria para recuperar costos que no se podrían recuperar de otra forma, (b) la evidencia contable sugiere que las tarifas se basan en costos, (c) no resulta práctico otro método menos colusivo para determinar la tarifa, (d) la competencia entre los diversos modos de pago limita el poder de mercado de los fijadores de tarifas, y (e) las tarifas eran en su mayoría transferencias internas de pagos, ya que los bancos individualmente considerados eran tanto emisores como adquirentes.

#### - Caso Walmart

En 1996, MasterCard y Visa afrontaron diversas acciones de clase iniciadas por cuatro millones de minoristas, las cuales fueron combinadas en una sola liderada por Wal-Mart y Sears. En la acción se alegó que la regla denominada “Honor All Cards”, que exige a los comerciantes que aceptan tarjetas de crédito de dichas franquicias, aceptar también las tarjetas débito emitidas por ellas, constituye un acuerdo de ventas atadas (tying arrangement) prohibido por el artículo de la Ley Sherman.

---

16 National Bancard Corporation (Nabanco), a Florida Corporation, Plaintiff-appellant, v. Visa U.S.A., Inc., Defendant-appellee. United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. - 779 F.2d 592. January 10, 1986.

En 2003 las partes terminaron este caso mediante un acuerdo de transacción, que fue aprobado por la Corte<sup>17</sup>, y que dispuso entre otros, cesar la política de “Honor All Cards”, la creación de un fondo para indemnizaciones por US\$3.05 miles de millones (cifra inferior a los entre 40 y 100 estimados inicialmente); imponer identificadores visuales en las tarjetas débito para diferenciales de las de crédito y disminuir casi una tercera parte de la tarifa de intercambio de tarjetas débito.

#### - Caso Kendall

En este caso, varios comerciantes que ofrecen a sus clientes la posibilidad de pagar con tarjetas de crédito demandaron a MasterCard y Visa (consorcios) y a Bank of America, Wells Fargo Bank y U.S. Bank, argumentando que conspiraron para fijar las comisiones cobradas a los comerciantes por pagos con estas tarjetas. Las sentencias de primera y segunda instancia negaron las peticiones de los demandantes<sup>18</sup>, por dos motivos:

El primero fue que los demandantes no presentaron hechos que sustentaran sus acusaciones de conspiración, limitándose a afirmar conductas paralelas y colusión entre los demandados, incumpliendo la regla establecida por la Corte Suprema en el caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* de 2007, que exige al demandante presentar motivos plausibles sobre la existencia de la conspiración, basados en suficientes hechos que soportan una expectativa razonable de que en la fase probatoria se encontrará evidencia

---

17 Decisión de primera instancia: *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litigation*, 297 F.Supp.2d 503 (E.D.N.Y.2003). United States District Court, E.D. New York. 30 de junio de 2004. Decisión de segunda instancia, confirmando: *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.* Nos. 04-0344, 04-1052, 04-0514, 04-1055. 396 F.3d 96 (2005). United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued: August 25, 2004. Decided: January 4, 2005.

18 *Kendall v. Visa USA Inc*, No. 05-16549. 518 F.3d 1042 (2008). United States Court of Appeals, Ninth Circuit. March 7, 2008.

del acuerdo ilegal. El segundo motivo consistió en que los demandantes no tenían una relación contractual directa con Visa y MasterCard, y no eran quienes pagaban la tarifa interbancaria, pues esta es cobrada por el banco emisor al banco adquirente. En consecuencia, los comerciantes son perjudicados indirectos y carecen de legitimación para cobrar perjuicios, bajo la doctrina Illinois Brick.

#### - Caso consolidado tarifa interbancaria

Más de 50 demandas presentadas desde 2005 en contra de Visa, MasterCard y sus 32 bancos miembros fueron consolidadas en el caso “In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation”, en el cual se alega que los demandados fijaron las tarifas de intercambio para tarjetas de crédito y débito<sup>19</sup>.

En octubre de 2012 las partes lograron un acuerdo de transacción, pendiente de aprobación por la Corte, estableciendo un fondo de US\$6.05 miles de millones para compensar a los comerciantes que aceptaron tarjetas crédito o débito Visa o MasterCard entre el 1 de enero de 2004 y el 28 de noviembre de 2012, y otro fondo de US\$1.2 miles de millones para determinados comerciantes que acepten dichas tarjetas por un periodo de 8 meses contados desde 29 de julio de 2013. El acuerdo también prevé la modificación de varias reglas de dichas franquicias, incluyendo entre otras, la posibilidad de que los comerciantes cobren una comisión adicional a los clientes que paguen con tarjetas de crédito Visa o MasterCard y la posibilidad de que los comerciantes ofrezcan descuentos u otros incentivos a los clientes que no paguen con tales tarjetas.

---

19 Caso consolidado 05-MD-01720 (Easter District Court New York). La Información de este caso se publica en <https://www.paymentcardsettlement.com/en>.

### 2.1.2.2 Juicios iniciados por el Departamento de Justicia

#### - Reglas de exclusividad y dualidad

En 1998, el Departamento de Justicia presentó una demanda por prácticas anticompetitivas en contra de Visa y MasterCard, referida a dos prácticas. La primera, ambas redes contractualmente prohíben a los emisores emitir tarjetas de redes competidoras, como Discover y American Express (exclusividad). Segundo, Visa y MasterCard tenían miembros simultáneos en sus juntas directivas (dualidad), lo que resultaba en un mecanismo por el cual las dos redes podían coludir. La decisión de la Corte, proferida en 2001, declaró que el sistema de doble membresía en las juntas de Visa y MasterCard no era una infracción de la Ley Sherman, pero que la exclusividad sí lo era. Como resultado de esta decisión, la Corte ordenó ninguna red de pagos puede prohibir a los emisores de tarjetas emitir tarjetas de redes competidoras. Esta decisión fue confirmada por una Corte de apelaciones en 2003<sup>20</sup>.

#### - Regla de descuentos

El Departamento de Justicia inició un juicio en contra de Visa, MasterCard y American Express, al considerar anticompetitiva la denominada “anti-steering rule” impuesta por cada uno de ellos, que prohíbe a los comerciantes vinculados a dichas franquicias ofrecer descuentos a sus clientes si usan medios alternativos de pagos, incluyendo tarjetas de crédito de otras franquicias.

El Departamento de Justicia y Visa y MasterCard llegaron a una propuesta de decisión final, que fue aprobada por la Corte del

---

20 United States Court of Appeals, Second Circuit. - 344 F.3d 229: United States of America, Plaintiff-appellee, v. Visa U.S.A., Inc., Visa International Corp., and MasterCard International, Incorporated, Defendants-appellants. Argued: May 8, 2003 Decided: September 17, 2003.

Distrito Este de Nueva York, conforme a la cual, Visa y MasterCard se comprometieron a modificar sus contratos con los comerciantes para ofrecer a sus clientes descuentos en el precio de las compras si pagan con medios de pago distintos a las tarjetas de crédito, o tarjetas de otras franquicias, y además, los autorizan a informar las comisiones cobradas por las demandadas<sup>21</sup>.

### *2.1.3 Colusión en licitaciones para la inversión de recursos de entidades públicas*<sup>22</sup>

Entre 1998 y 2006 se presentaron diversos casos de colusión en licitaciones abiertas por entidades públicas de diferentes niveles a lo largo de Estados Unidos, y cuyo propósito era seleccionar contratistas para celebrar contratos de inversión. Mediante estos contratos se invertían los recursos de las entidades licitantes, provenientes de diversas fuentes, en particular, bonos municipales exentos de impuestos emitidos para captar dinero para el desarrollo de proyectos públicos.

Los partícipes en los casos de colusión manipularon los procesos licitatorios para incrementar el número de contratos de inversión asignados así como la remuneración obtenida para los proveedores, mediante intercambio de información sobre precios, niveles de precios o condiciones de las propuestas presentadas a las licitaciones y la presentación de ofertas perdedoras.

Estas colusiones fueron descubiertas cuando Bank of America compareció ante el Departamento de Justicia, bajo el programa de delación (leniency program), con el fin de informar su participa-

---

21 United States v. American Express Co., No. 10-cv-04496 (E.D.N.Y. Jul. 20, 2011).

22 Ver los informes del Departamento de Justicia en el caso denominado Municipal Bonds, y los reportes de prensa allí relacionados así como sus documentos anexos, incluyendo los NPA. <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2012/criminal-program.html> <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/division-highlights.html>



ción. Las conductas involucradas en estas colusiones infringieron el derecho antitrust así como otras normas, de modo que Bank of America entró en contacto con múltiples autoridades para definir su responsabilidad, logrando acuerdos con la Comisión de Valores (Securities and Exchange Commission), la autoridad de impuestos (Internal Revenue Service), la autoridad bancaria (Office of the Comptroller of Currency), y con los procuradores generales de 20 Estados. Estos acuerdos implicaron el pago de sanciones, así como de la restitución de recursos comprometidos en las infracciones.

Tras considerar la suma pagada conforme a estos acuerdos así como la colaboración e información suministrada, el Departamento de Justicia acordó no investigar a Bank of America por infracciones a la Ley Sherman (*non prosecution agreement*). Este tipo de acuerdos de no investigación fueron posteriormente celebrados con otras cuatro instituciones financieras, que igualmente acordaron pagar sanciones y restituciones a las autoridades antes referidas, como se indica a continuación:

Fecha del acuerdo	Banco	Suma global (US\$ millones)
7 diciembre 2010	Bank of America	137.3
4 mayo 2011	UBS AG	160
6 julio 2011	JP Morgan Chase & Co	228
8 diciembre 2011	Wachovia Bank NA	148
23 diciembre 2011	GE Funding Capital Market Services	70

Con posterioridad a estos acuerdos, el Departamento de Justicia adelantó procesos penales en contra de diversos directivos y comisionistas involucrados en las colusiones indicadas. En ellos, 19 directivos fueron condenados o aceptaron su responsabilidad.

Dentro de estos casos, se destacan las condenas impuestas en mayo de 2012 a tres ejecutivos de GE Funding Capital Market Services, y en agosto de 2012 a tres ejecutivos de UBS AG, por participar en estas colusiones. Los condenados afrontaron penas de prisión entre 3 y 4 años, y multas entre US\$50.000 y US\$90.000.

#### *2.1.4 Manipulación de la LIBOR*

##### *2.1.4.1 Actuaciones de las autoridades*

La tasa LIBOR (London Interbank Offered Rate) es una tasa de referencia calculada con base en los reportes presentados por bancos seleccionados, quienes periódicamente informan la tasa estimada a la cual obtendrían préstamos interbancarios sin garantía. A través de diversos paneles de bancos se calculan tasas de referencia para las principales monedas y a diferentes plazos, que sirven como referente para préstamos y operaciones de derivados alrededor del mundo.

Entre 2005 y 2009, comisionistas de los bancos implicados alteraron los reportes presentados ante los paneles de cálculo de la tasa Libor para Dollar, Euribor y Yen, con el objetivo de beneficiar sus posiciones en la negociación de valores, y en algunos casos para presentar una mejor situación financiera del banco. Estas solicitudes se hicieron mediante mensajes electrónicos, teléfono y conversaciones personales con funcionarios de sus propios bancos y de otros bancos involucrados.

Barclays fue el primer banco en revelar la manipulación de la Libor, causando actuaciones por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos respecto de la infracción de leyes antitrust, y por parte de la Commodities Futures Trading Commission por fraude, falsos reportes e infracción de normas de negociación de valores. Igualmente la Financial Services Authority de Inglaterra

y la autoridad de supervisión financiera de Suiza (FINMA) intervinieron. Posteriormente investigaron a UBS de Suiza y Royal Bank of Scotland, respecto de quienes el Departamento de Justicia multó tanto a la casa matriz como a la filial en Japón<sup>23</sup>.

El siguiente cuadro resume las sanciones impuestas entre junio de 2012 y febrero de 2013:

Banco	Multa DOJ	Multa CFTC	Multa FSA
Barclays Bank PLC	160	200	£59.5
UBS Securities Japan	100	700	259.2
UBS AG	400		
RBS Securities Japan	50	325	137
Royal Bank of Scotland	100		

Cifras en millones de dólares estadounidenses. En el caso de UBS AG, la autoridad financiera suiza le impuso multa de US\$64.3 millones.

#### 2.1.4.2 Acciones de clase

La mayoría de los casos iniciados ante los jueces estadounidenses por la manipulación de la Libor fueron consolidados en el proceso denominado *In Re: Libor Based Financial Instruments Anti-trust Litigation*, conocido por la Corte del Distrito Sur de Nueva York, el cual involucra acusaciones por la infracción de diversas normas. Respecto de normas antitrust, los demandantes alegaron

23 Reportes del Departamento de Justicia. Asunto *Barclays*: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/June/12-crm-815.html>.

Asunto *UBS*: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/December/12-ag-1522.html>.

Asunto *RBS*: <http://www.justice.gov/opa/pr/2013/February/13-crm-161.html>.

que los bancos involucrados acordaron fijar los rendimientos recibidos por los inversionistas por instrumentos financieros basados en Libor, lo que constituye un acuerdo de precios entre competidores prohibido por la Ley Sherman.

El 29 de marzo de 2013 se produjo la decisión de primera instancia, que rechazó las pretensiones antitrust afirmando que los demandantes no argumentaron sufrir un daño derivado del carácter anticompetitivo de la conducta de los demandados (antitrust injury). La decisión consideró que la supuesta colusión de los bancos demandados ocurrió en un terreno en el cual no compiten ni pretenden competir, ya que el proceso por el cual presentan sus reportes para calcular la Libor no es competitivo. Añadió que los demandantes no alegaron que la conducta de los demandados tuviera efectos anticompetitivos en alguno de los mercados en los que ellos compiten. La decisión observó que los demandados acordaron mentir sobre las tasas que estaban pagando, lo que podría implicar asuntos de fraude y engaño, pero no una ausencia de competencia. Esta sentencia fue apelada y la decisión de segunda instancia se encuentra pendiente.

## 2.2 CASOS EN LA UNIÓN EUROPEA

En 1957 entró en vigencia el Tratado de Roma que estableció la Comunidad Económica Europea, cuyo artículo 85 (artículo 82 TCE; artículo 101 TFUE) contiene normas sobre acuerdos anticompetitivos: el numeral 1 prohíbe acuerdos anticompetitivos con efectos en el comercio entre los Estados miembros. El numeral 3 establece que la prohibición del numeral 1 no se aplica a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que (i) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; (ii) ni ofrezcan a di-

chas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En 1962 la Asociación Belga de Bancos notificó a la Comisión Europea varios acuerdos, convenciones y recomendaciones de sus bancos asociados que eran restrictivas de la competencia. Esta notificación inició una prolongada discusión sobre la aplicación de las normas de competencia al sector bancario, que solo fue resuelta afirmativamente dos décadas después mediante la sentencia de la Corte de Justicia proferida en 1981 en una cuestión prejudicial en el caso *Zuechner v. Bayerische Vereinsbank*.

A partir de esta sentencia, la Comisión Europea se pronunció de fondo frente a los acuerdos que le habían sido notificados veinte años antes por la Asociación Belga de Bancos, así como frente a otros acuerdos que le fueron notificados por asociaciones bancarias de otros Estados miembros. Las decisiones adoptadas indican que en ese momento, (mediados de los ochenta) la Comisión Europea escogió la opción de no pronunciarse frente a las restricciones de fijación de tasas de interés, y otorgó exenciones o declaró la no infracción frente a varios acuerdos bancarios para prestar servicios a los clientes. Las prohibiciones y sanciones solo vinieron a ocurrir años después. A continuación se presentan estas decisiones<sup>24</sup>.

### *2.2.1 Sentencia del caso Züchner v Bayerische Vereinsbank*

El Tribunal de Justicia profirió sentencia el 14 de julio de 1981, en el asunto 172/80. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Amtsgericht (juzgado local) de Rosenheim en el caso *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank*.

Gerhard Züchner demandó al Bayerische Vereinsbank ante el juzgado local de Rosenheim, Alemania, solicitando a este banco

---

24 EU Antitrust Law in the Area of Financial Services. Luc Gyselen. Published in "Fordham Corporate Law Institute, 23 Annual Conference On International Antitrust Law and Policy" 18/10/96, New York.

que le devolviera una comisión que le había cobrado por el pago de un cheque en el extranjero (transferencia mediante cheque). Züchner alegó que el cobro de esta comisión se originaba en una práctica concertada seguida por todas las entidades bancarias o por la mayoría de ellas, tanto en la República Federal de Alemania como en los demás Estados de la Comunidad, contraria a las normas comunitarias de competencia.

En su defensa, Bayerische argumentó que por el papel que desempeñan en las operaciones de transferencia de capitales, los bancos son empresas “*encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*”, según el numeral 2 del artículo 90 del Tratado, por lo que no están sometidas a las normas de competencia<sup>25</sup>.

El Tribunal consideró que si bien las transferencias de fondos de sus clientes entre Estados miembros son actividades misionales de los bancos, no pueden ser consideradas como empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general, a menos que se demuestre que al efectuar tales transferencias gestionan tal clase de servicio que les ha sido encargado mediante un acto de los poderes públicos.

El Tribunal afirmó entonces la aplicación de las normas de competencia a los bancos y respecto del caso concreto, indicó que los criterios de coordinación y cooperación que constituyen una

---

25 La norma citada es el artículo 90 del Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, numerado como artículo 86 en el Tratado de la Comunidad Europea (1992) y actualmente artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009). El citado numeral 2 dispone:

*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión (antes de la “Comunidad”).*

práctica concertada, lejos de requerir la elaboración de un verdadero plan, deben interpretarse a la luz del concepto inherente a las normas de competencia, según el cual todo agente económico debe determinar de modo autónomo su política comercial las condiciones ofrecidas a sus clientes. Aunque esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los agentes económicos de adaptarse inteligentemente al comportamiento comprobado o que quepa prever de sus competidores, sí es rigurosamente contraria a cualquier contacto directo o indirecto entre ellos que tenga por objeto o efecto establecer condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado.

Luego el Tribunal se refirió al argumento presentado por el banco demandado, de que tal paralelismo constituye un reembolso parcial de los costos de dichas transferencias y a su complejidad por las operaciones de cambio que implican. El Tribunal consideró que este argumento no excluye la posibilidad de que un comportamiento paralelo en este ámbito pueda, con independencia de su motivación, dar lugar a una coordinación entre bancos constitutiva de una práctica concertada, que permitiría a los bancos involucrados mantener inalterado el status quo, privando a sus clientes de disfrutar prestaciones más favorables que les serían ofrecidas en condiciones normales de competencia.

### *2.2.2 Primeras decisiones: exención y no infracción*

Luego del fallo Züchner, la Comisión se pronunció frente a diversos acuerdos notificados por bancos y aseguradoras. Sus primeras decisiones se caracterizan por un amplio otorgamiento de exenciones, en casos en los cuales incluso se presentaban lo que hoy se consideran restricciones serias de la competencia como fijación de precios y reparto de mercados.

- Acuerdos notificados por las asociaciones bancarias

En 1962 la Asociación Belga de Bancos notificó a la Comisión Europea diversos acuerdos y recomendaciones de sus miembros, con el fin de obtener un pronunciamiento frente a las normas de competencia. Estos acuerdos solo fueron investigados por la Comisión después del fallo Züchner, momento en el cual las asociaciones bancarias de otros países también notificaron sus acuerdos. De este modo, entre 1986 y 1989 la Comisión Europea se pronunció frente a los acuerdos de los bancos de Irlanda, Bélgica, Italia y Holanda<sup>26</sup>.

Los acuerdos existentes en cada uno de estos países son diferentes, algunos notificaron un reducido número mientras que otros una cantidad apreciable. Aún así, se pueden clasificar en las siguientes tres categorías:

Acuerdos y recomendaciones relativos a las relaciones entre bancos, como compensación de cheques; contratos de futuros en monedas extranjeras; intermediación en negociación de valores, en pagos originados en el exterior, en el cobro de cheques y letras de cambio a nombre de clientes extranjeros; tarjetas de pago y transacciones electrónicas.

Acuerdos y recomendaciones sobre las relaciones de los bancos con sus clientes, como son las reglas sobre horarios de atención al público; intercambio de monedas extranjeras; premios e incentivos ofrecidos a ahorradores; pago de cuentas telefónicas; cheques de viajero.

Recomendaciones sobre comisiones y tasas de interés, incluyendo comisiones cobradas a bancos extranjeros para auditorías; comisiones cobradas a clientes por la administración de bonos; comisiones mínimas cobradas por los bancos a sus clientes por

---

26 Decisión del 30 de septiembre de 1986 (IV/31.362 - Comité Permanente de Bancos Irlandeses) (86/507/EEC); Decisión del 11 de diciembre de 1986 (IV/261-A - Asociación Belga de Bancos) (87/13/EEC); Decisión del 12 de diciembre de 1986 (IV/31.356 - Asociación Bancaria Italiana) (87/103/EEC); Decisión del 19 de julio de 1989 (IV/31.499 - Bancos holandeses) (89/512/EEC).



servicios de cajas de seguridad y de custodia; intereses pagados sobre depósitos.

Las decisiones adoptadas por la Comisión Europea en cada uno de estos casos fueron uniformes, que consistieron en declaración de no infracción, otorgamiento de exención y reserva de su posición. El resultado final fue que no se declaró la existencia de infracción alguna de las normas de competencia, a pesar de que se reconoció que algunos de estos acuerdos sí podrían ser anticompetitivos.

*Declaración de no infracción:* Frente a un amplio grupo de acuerdos se declaró que su propósito era establecer reglas para operaciones bancarias, que no restringen la competencia, y por ello no ameritan actuaciones bajo el numeral 1 del artículo 101. Esta decisión resalta el hecho de que en diversas transacciones bancarias participa un número plural de bancos, puesto que en ellas participan varias partes que desean realizar un pago o transferencia de valores y cada cliente tiene contratados sus servicios con un banco específico. Por ello, se requieren reglas operativas que definan los procedimientos de tales transacciones.

*Otorgamiento de exención:* Respecto de otros acuerdos, como son los que definen comisiones uniformes cobradas a los clientes, la Comisión consideró que a pesar de tener carácter restrictivo, cumplen con los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 101, por lo que les otorgó exenciones individuales por diez años.

Es importante notar que en la parte considerativa de estas decisiones, la Comisión expresó que varios de estos acuerdos restringen la libertad de los bancos para fijar sus precios mediante negociaciones bilaterales, llevando a que todos cobren uno igual que no corresponde a sus costos, especialización y líneas de negocio. Indica también que estas restricciones tienen efecto en el comercio intracomunitario, mantienen la separación de los mercados nacionales y dificultan la interpenetración económica buscada por el Tratado. No obstante, consideró que tales restricciones

eran proporcionadas, al simplificar la definición de trámites y comisiones cobradas por múltiples intervinientes, y les otorgó la exención mencionada.

También debe mencionarse que la Asociación de Bancos Belgas y la Asociación Bancaria Italiana abandonaron los acuerdos sobre comisiones uniformes cobradas a clientes después de la apertura de investigación por parte de la Comisión.

*Reserva de posición:* La Comisión se reservó su posición sobre los acuerdos de fijación de tasas de interés. Las decisiones comentadas no indican el motivo por el cual la Comisión no adopta una decisión sobre este acuerdo de precios, ni definen el efecto jurídico de dicha reserva de posición.

La Comisión también otorgó exención a los acuerdos del sistema Eurocheque<sup>27</sup>. Estos acuerdos definen el funcionamiento del sistema Eurocheque para giro y cobro de cheques en el extranjero y su sistema de liquidación y compensación. Así mismo, fijan las garantías otorgables a los clientes y las comisiones que se les pueden cobrar a las intervinientes, aspectos sobre los cuales la Comisión observó que son restricciones de la competencia, que mejoran el sistema de pagos y benefician a los consumidores, por lo cual les otorgó exención.

#### - Acuerdos entre aseguradores

En el sector de seguros se encuentra la Decisión de 1984 sobre la Nueva Asociación Central de Seguros de Ingeniería<sup>28</sup>. La investigación de la Comisión recayó sobre los estatutos de la Aso-

27 Decisión del 10 de diciembre de 1984 (IV/30.717) (85/77/EEC) respecto de los acuerdos sobre Eurocheques uniformes girados en el extranjero en moneda local, celebrado el 31(10)1980; y Decisión del 19 de diciembre de 1988 (IV/31.291) (89/95/EEC), respecto de las directrices del sistema Eurocheque para la producción de eurocheques y tarjetas.

28 Decisión del 30 de marzo de 1984 (IV/30.804) (84/191/EEC), - Nueva Asociación Central de Seguros de Ingeniería (Nuovo CEGAM).

ciación y sobre un acuerdo que, entre otros aspectos, fijaba las primas de seguros y la duración de las pólizas, y establecía la obligación de los miembros de seleccionar otros miembros como coaseguradores y la obligación de los reaseguradores de no acordar términos o primas más favorables fuera de la Asociación. Estos temas fueron eliminados del acuerdo luego de la apertura de la investigación, por lo que la Comisión otorgó exención a las demás disposiciones de los estatutos y del acuerdo, al considerar que las actividades de la Asociación (estadísticas, estudios de riesgo, técnicas de prevención) mejoraban la producción y distribución de seguros.

Posteriormente, en 1989 la Comisión otorgó exención al acuerdo notificado por asociación de aseguradores ‘Concordato Italiano Incendio Risch Industriali’, que contenía la recomendación a sus miembros de bases para la definición de las primas de los seguros<sup>29</sup>. Si bien se consideró que esta recomendación es restrictiva, la exención se justificó por cuanto el consorcio facilita adquirir conocimiento especializado, con lo cual mejora la producción de seguros, mientras que las tasas de referencia facilitan el coaseguro.

En 1992, la Comisión adelantó una investigación respecto de los dos acuerdos denominados Joint Hull Understandings (JHU) y Respect of Lead Agreement (RLA), que fueron notificados por Lloyd’s Underwriters’ Association y por el Institute of London Underwriters<sup>30</sup>. El JHU contenía cláusulas que definen procedimientos para la fijación de primas seguros de casco y maquinaria en la suscripción y renovación de seguros. A su turno, el RLA establecía que en caso de renovación, los aseguradores líderes debían seguir actuando como tales, privando a otros aseguradores de la posibilidad de formular una oferta o competir para la reno-

---

29 Decisión del 20 de diciembre de 1989 (IV/32.265) (90/25/EEC).

30 Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1992 (IV/32.797 y 32.798) (93/3/CEE).

vacación del seguro. Estas cláusulas restrictivas fueron eliminadas por Lloyds durante la investigación, de modo que la decisión de la Comisión consideró que las demás disposiciones de los acuerdos eran de carácter técnico y no constituían infracción de las normas de competencia<sup>31</sup>.

#### - Acuerdo BNP Dresdner

En esta línea de otorgar exenciones, se encuentra la Decisión de 1996 sobre el acuerdo de cooperación entre Banque Nationale de Paris y Dresdner Bank para ofrecer nuevos productos en terceros países, mejorar sus procesos y desarrollar nuevos servicios<sup>32</sup>. Respecto de las actividades en sus mercados locales, el acuerdo dispone que si una parte desea operar en el mercado local de la otra parte mediante un acuerdo de cooperación con un competidor, debe obtener autorización previa de esa otra parte, quien puede negarla si el acuerdo de cooperación involucra el uso de sus conocimientos o secretos comerciales. La Comisión observó que esta última disposición faculta a cualquier parte a prohibir la competencia transfronteriza, afectando el comercio entre Estados. Aún así, consideró que las mejoras en los procesos bancarios y el beneficio del consumidor justificaban exención por diez años.

#### *2.2.3 Decisiones de prohibición y sanción de conductas anticompetitivas*

#### - Primeros casos

En 1984 la Comisión adoptó la primera prohibición (aunque sin sanción) de un acuerdo anticompetitivo en el sector financiero<sup>33</sup>.

---

31 Estos casos sentaron las bases para las diversas exenciones en bloque en el sector de seguros que han sido otorgadas por la Comisión Europea.

32 Decisión de la Comisión del 24 de junio de 1996 (IV/34.607) (96/454/EC).

33 Decisión de la Comisión del 5 de diciembre de 1984 (IV/30.307) (85/75/EEC).

Se trató de una recomendación de la Asociación de Seguros sobre Bienes de Colonia (Verband der Sachversicherer eV, Cologne) a sus miembros, para incrementar entre 10 y 30% de las primas de seguros industriales (incendio y daños). Es interesante observar que esta recomendación se produjo ante un incremento de siniestros y su objetivo era restablecer condiciones viables del ramo y evitar que fuera subsidiado por otros ramos. Esta decisión fue autorizada por el supervisor financiero de Alemania, en vista de lo cual la autoridad alemana de competencia no la había investigado.

En 1992 la Comisión impuso la primera multa por acuerdos anticompetitivos en el sector bancario<sup>34</sup>. Los bancos franceses miembros del sistema Eurocheque acordaron cobrar una comisión a los comerciantes franceses que reciben pagos en eurocheques en monedas extranjeras, una comisión similar a la que les cobran por pagos con las tarjetas bancarias emitidas por el denominado “Groupement des cartes bancaires”. El acuerdo recayó sobre la decisión de cobrar esta comisión adicional, así como en su monto, y estuvo vigente desde 1983 hasta 1991. En la graduación de la multa la Comisión expresó que por tratarse de la primera multa en el sector bancario, cierto grado de clemencia era apropiado, al menos en comparación con la seriedad de la falta.

#### - Caso Intercambio de euros

En 2001 la Comisión sancionó un acuerdo en el cual participaron cinco bancos alemanes, y cuyo propósito fue acordar las comisiones bancarias por intercambio de monedas en la eurozona<sup>35</sup>. El 1 de enero de 1999 el euro fue adoptado como la moneda común de

---

34 Decisión de la Comisión del 25 de marzo de 1992 (IV/30.717-A) (92/212/EEC).

35 Decisión de la Comisión del 11 de diciembre de 2001 - Caso COMP/E - 1/37.919 (ex 37.391).

Europa, para ser usada en doce países. Para su adopción, se estableció un periodo de transición hasta el 31 de diciembre de 1991, en el cual el euro existió como denominaciones de las monedas nacionales conforme a las tasas de conversión fijadas al inicio del periodo.

El acuerdo de los bancos recayó sobre el servicio de intercambio de monedas o billetes de países miembros en euros debitados o acreditados en cuentas bancarias, para lo cual los bancos involucrados acordaron en una reunión celebrada para el efecto, cobrar una comisión uniforme del 3% por este servicio de intercambio durante el periodo de transición.

#### - Lombard Club

En 2002 la Comisión Europea sancionó un acuerdo anticompetitivo en el que incurrieron los bancos austriacos<sup>36</sup>. Se trata de un acuerdo de fijación de tasas de interés de depósitos y de préstamos, así como de comisiones cobradas por servicios bancarios, en el cual participaron ocho bancos austriacos durante los años noventa.

Los bancos austriacos involucrados se reunían mensualmente en comités para acordar las condiciones de sus productos, como el Comité de Tasas de Depósitos, el de Tasas de Préstamos, y el Comité Federal en el que los bancos de Viena se reunían con los de las provincias, todos bajo la dirección del Comité Directivo o Lombard Club. De este modo, las decisiones del cartel afectaron todo el territorio austriaco. Sus decisiones eran adoptadas por miembros de la alta dirección de los bancos participantes y constaban en actas elaboradas en cada reunión. Las modificaciones a las tasas de interés por parte del Banco Central Austriaco motivaban reuniones de los comités para decidir las acciones a seguir.

---

36 Decisión de la Comisión del 11 de junio de 2002 (Caso COMP/36.571/D-1).

En su decisión, la Comisión describe el origen de este cartel. La ley bancaria austriaca de 1979 permitía a los bancos concertar las tasas de interés pagaderas por depósitos de ahorro. La baja rentabilidad de estos bancos en los años ochenta llevó a la expedición de una ley bancaria en 1986, con base en la cual estos bancos celebraron un cartel para definir las tasas de intereses de sus diversos productos. Con el ingreso de Austria a la Unión Europea en 1995 fueron eliminadas las bases legales de este cartel, aunque los bancos continuaron ejecutándolo.

#### *2.2.4 Casos adelantados respecto de las tarjetas Visa y MasterCard*

- Respecto de Visa, en Decisión del 24 de julio de 2002 la Comisión Europea consideró que si bien la fijación de la MIF (multilateral interchange fee) por Visa infringía la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia, también presenta beneficios que permiten otorgarle una exención individual de cinco años, sujeta a que la MIF fuera calculada con base en los costos objetivos del emisor<sup>37</sup>.

Al terminar la vigencia de esta exención, la Comisión inició una nueva investigación en contra de Visa, al considerar que su fijación de la MIF afectaba la competencia entre los bancos aceptantes, inflaba los costos de los comercios para aceptar pagos con tarjetas e incrementaba los precios al consumidor. En respuesta, Visa se comprometió a reducir el promedio máximo ponderado de la MIF para tarjetas débito aplicable a transacciones transfronterizas, junto con la adopción de medidas para incrementar la transparencia y competencia en el mercado de tarjeta de pagos. Estos compromisos fueron aceptados por cuatro años por la Comisión<sup>38</sup>.

---

37 Decisión de la Comisión del 24 de julio de 2002 (Caso No COMP/29.373 - Visa International - Multilateral Interchange Fee).

38 Decisión de la Comisión, de 8 de diciembre de 2010 (Asunto COMP/39.398 - VISA MIF) [notificada con el número C(2010) 8760 final Visa Europe, Visa Inc. y Visa International Service Association.

Entre las dos decisiones comentadas, la Comisión Europea multó a Visa International y Visa Europe, por negarse a admitir a Morgan Stanley Bank (un banco inglés) como miembro de Visa durante el periodo 2000 a 2006. Esta negativa se basaba en una regla interna de Visa que prohibía la membresía a solicitantes que fueran considerados competidores de Visa, y se aplicó en la medida que el grupo Morgan Stanley era dueño de la red de tarjetas Discover en Estados Unidos<sup>39</sup>.

- En relación con MasterCard, en decisión del 19 de diciembre de 2007, la Comisión Europea decidió que la fijación de la MIF por parte de MasterCard constituye un acuerdo anticompetitivo y le ordenó desmontarla<sup>40</sup>. MasterCard recurrió judicialmente esta Decisión y antes de la sentencia judicial presentó un esquema de fijación de la MIF con base en el denominado test de indiferencia del comerciante, el cual calcula la MIF con base en los beneficios transaccionales para los comercios derivados de aceptar tarjetas de pago en lugar de dinero. Este compromiso fue aceptado por la Comisión. Posteriormente, en sentencia del 24 de mayo de 2007, el Tribunal General negó la demanda presentada por MasterCard y respaldó la Decisión de la Comisión<sup>41</sup>. Esta sentencia fue apelada y se encuentra pendiente la decisión de segunda instancia.

### *2.2.5 Investigaciones recientes*

#### *- Caso Standard & Poors*

El 15 de noviembre de 2011, la Comisión aceptó los compromisos propuestos por Standard & Poors (SP) en el primer caso por

---

39 Decisión de la Comisión del 3 de octubre de 2007 (Case COMP/D1/37860).

40 Decisión de la Comisión Europea del 19 de diciembre de 2007 Asuntos COMP/34.579 MasterCard; COMP736.518 EuroCommerce y COMP38.580 Commercial Cards.

41 Sentencia del Tribunal General, Séptima Sala, del 24 mayo 2012, Caso T-111 de 2008.



abuso de posición dominante en el sector financiero y uno de los primeros casos de abuso en precios<sup>42</sup>.

Este caso se refiere al servicio de numeración de valores, que consiste en la generación y asignación de un número de identificación a cada valor por parte de una agencia numeradora nacional, con el fin de facilitar la administración de portafolios, la compensación y liquidación de transacciones de valores, y los reportes al público y a las autoridades. SP fue designado por la American Bankers Association como la agencia numeradora estadounidense y como tal disfruta de un monopolio en la emisión y distribución primaria de números de identificación de valores de Estados Unidos (US International Securities Identification Numbers - ISINs).

SP distribuía US ISIN a instituciones financieras (usuarios directos) así como a proveedores de servicios de información, de quienes la mayoría de las instituciones financieras obtienen ISIN junto con información adicional (usuarios indirectos). SP cobraba comisiones de licencia a usuarios directos e indirectos.

La Comisión inició la investigación al considerar que SP habría abusado de su posición dominante al cobrar precios excesivamente altos por el uso y distribución de ISINs en Europa, en contra de los principios de la Organización Internacional de Estandarización que recomiendan que no haya cobros a usuarios indirectos, y que a los cobros a usuarios directos no deben exceder el costo de distribución.

La investigación terminó por aceptación de los compromisos de SP, consistentes en eliminar las comisiones cobradas a los bancos por el uso de US ISINs en Europa, y en el cobro de una suma fija a usuarios directos por concepto de distribución de estos números, separados de otra información adicional.

---

42 Commission Decision of 15 November 2011 (Case COMP/39.592 - Standard & Poor's) (notified under document C(2011) 8209).

Carteles de productos financieros derivados de tasas de interés en euros y en yenes.

La colusión entre bancos para manipulación de la tasa Libor también fue investigada y sancionada por la Comisión Europea. En diciembre de 2013, este organismo anunció las sanciones impuestas a diversos bancos involucrados en conductas colusivas sobre productos financieros derivados de tasas de interés en euros y en yenes.

La investigación sobre derivados en euros recayó sobre conductas ocurridas entre septiembre de 2005 y mayo de 2008, en las que los bancos involucrados coordinaron sus reportes para el cálculo de la tasa Euribor y sus estrategias de negociación y precios de derivados de tasas de interés en euros.

La investigación se resolvió mediante transacción bajo el programa de delación y clemencia de la Comisión Europea, de forma que los investigados recibieron descuentos en las sanciones. Barclays obtuvo inmunidad total por iniciar la delación, Deutsche Bank y Société Générale recibieron multas alrededor de 450 millones de euros, y Royal Bank of Scotland fue multado con 131 millones de euros. Los bancos Crédit Agricole, HSBC y JPMorgan no se acogieron al programa de delación y la investigación en su contra se encuentra en curso.

Por su parte, la investigación sobre derivados en yenes reca- yó sobre siete acuerdos bilaterales de manipulación de reportes para el cálculo de la tasa Tibor (Tokyo interbank offered rate). Los bancos involucrados se acogieron al programa de delación y recibieron descuentos en las multas recibidas, de acuerdo con la duración de su infracción y el número de acuerdos en los que participaron. UBS obtuvo inmunidad total por revelar la existencia de los carteles. Royal Bank of Scotland y Deutsche Bank recibieron multas de 260 millones de euros cada uno, y JP Morgan y Citigroup fueron multados con 79 y 70 millones de euros, respectivamente.

## - Caso Credit Default Swaps

Se encuentra en curso una investigación iniciada por la Comisión en julio de 2013, en contra de Bank of America Merrill Lynch, Barclays, Bear Stearns, BNP Paribas, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan, Morgan Stanley, Royal Bank of Scotland, UBS, la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA) y Markit (proveedor de información)<sup>43</sup>.

La decisión de apertura de investigación indica que entre Deutsche Börse y Chicago Mercantile Exchange intentaron ingresar al negocio de derivados de crédito, para lo cual solicitaron a ISDA y Markit las licencias para usar información e índices, pero los bancos que controlan estas entidades los instruyeron para que la licencia solo fuera otorgada para negociación OTC, y no para negociación en bolsa, la cual podría reducir sus ingresos como intermediarios de estos derivados.

### 2.3 COMENTARIOS A LOS CASOS INVESTIGADOS Y SANCIONADOS EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

Los casos expuestos confirman la premisa mencionada inicialmente, de que las autoridades de competencia de las jurisdicciones mencionadas han mostrado un bajo nivel de investigación y sanción de conductas anticompetitivas en el sector financiero.

En relación con el esfuerzo investigativo, se encuentra que los casos adelantados por el DOJ de Estados Unidos no se originaron tras descubrir infracciones ocultas, sino que recayeron sobre las reglas de los sistemas Visa y MasterCard, que son de conocimiento público y por delaciones de bancos que se acogieron a progra-

---

43 Caso 39745 CDS - Information market. Ver reporte de prensa IP/13/630 del 01.07.2013.

mas de clemencia. La mayoría de las decisiones de la Comisión Europea se originaron en acuerdos notificados por las partes con base en la reglamentación de procedimiento vigente para la época (Regulación 17 de 1962), mientras que las infracciones discutidas por la propia Comisión son la minoría.

Respecto de la materia investigada, la mayoría de los casos refieren a acuerdos interbancarios para el ofrecimiento conjunto de servicios, notablemente pagos mediante tarjetas crédito y débito, de modo que las colusiones corresponden a la minoría.

Frente a la época de adopción de la decisión, los casos de sanciones se profieren a final de los noventa, por lo que pueden calificarse de recientes dada la historia del derecho antitrust en ambas jurisdicciones. Con anterioridad a estas decisiones, la Comisión Europea mostró tolerancia al otorgar exenciones a restricciones que hoy serían prohibidas, y al no pronunciarse frente a los acuerdos de fijación de tasas de interés.

Contrastan los mecanismos procesales empleados a uno y otro lado del Atlántico. En Estados Unidos existe la práctica extendida de terminar las acciones de clase mediante acuerdos de transacción, así como las investigaciones del DOJ mediante acuerdos de no persecución, lo que muestra la actitud negociadora de los particulares y las autoridades, en un ambiente que los empodera para acordar los términos de arreglo de sus controversias. Como desventaja, estos mecanismos reducen el número de sentencias judiciales y la creación de precedentes.

En el ámbito europeo las decisiones se producen mediante decisiones administrativas de la Comisión Europea, sujetas a eventual revisión judicial, por lo que se trata de un proceso prolongado, pero que culmina con la expedición de una decisión (administrativa o judicial) que expone los argumentos de derecho de la competencia y crea precedentes. También existen varios casos que han finalizado mediante aceptación de compromisos, práctica que es ampliamente conocida en Colombia.

Finalmente, este recuento histórico permite concluir que las normas sancionatorias del derecho de la competencia (castigo de acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante) se deben aplicar en el sector financiero de forma similar a los demás sectores de la economía. No es necesario que las autoridades de competencia apliquen criterios menos estrictos, o que construyan excepciones a las prohibiciones, y menos aún que toleren conductas anticompetitivas en el sector financiero.

### 3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO

Habiendo expuesto los antecedentes de limitaciones regulatorias y baja aplicación de las normas de competencia al sector financiero, es procedente ahora analizar la situación actual en Colombia respecto de autoridad y normatividad para la ejecución de esta tarea.

#### 3.1 EVOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

El diseño institucional de la autoridad de competencia ha cambiado de forma constante, incluso durante el largo periodo de inaplicación de las normas de competencia en el país. A continuación se expone la evolución que ha tenido la figura de la autoridad de competencia a lo largo del tiempo.

##### *3.1.1 Fase inicial y múltiples autoridades*

La Ley 155 de 1959 asignó al Ministerio de Fomento, por intermedio de la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades Anónimas, o la Superintendencia de Cooperativas, las investigaciones por violaciones a dicha ley. El decreto 1653 de 1960 trasladó estas funciones a la Superintendencia de Regula-

ción Económica. Luego, el decreto 2562 de 1968 las asignó a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y con posterioridad el decreto 149 de 1976 las encargó a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

Desde 1959 hasta el inicio de la década de los noventa, la Ley de Competencia fue simplemente inaplicada y en su lugar, se crearon diversas autoridades con funciones de fijación y control de precios, así como de restricción a las importaciones. En este periodo, se cambió en varias ocasiones la autoridad de competencia, lo cual contrasta con la inaplicación de las normas.

La década de los noventa marca el inicio de una nueva orientación de la economía colombiana, dirigida a la competencia en los mercados locales, eliminando los controles de precios; y a la apertura a las importaciones, disminuyendo el proteccionismo de la industria nacional.

Dentro de esta orientación se expidió la Ley 45 de 1990 asignó a la Superintendencia Bancaria las funciones de sancionar acuerdos anticompetitivos. Esta asignación de funciones hizo parte de un grupo más amplio de normas dirigidas a promover la competencia, mediante la fijación de requisitos para el manejo de riesgos y autorización para la conformación de grupos empresariales financieros. En su momento, se estimó necesario que el supervisor bancario contará con funciones para sancionar acuerdos anticompetitivos entre sus vigilados, de modo que estos no frustraran mediante convenios particulares el objetivo de la ley de introducir competencia.

Adicionalmente, la Superintendencia Bancaria estaba facultada para objetar fusiones anticompetitivas, función que era ejercida dentro de su tarea de autorizar las reorganizaciones de sus entidades vigiladas.

Posteriormente, el Decreto Ley 2153 de 1992 actualizó la normatividad de prácticas restrictivas de la competencia, y designó a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad

residual de competencia, encargada de aplicar dicha normatividad sobre quienes no estuvieran sometidos a una de las autoridades especializadas que se crearon en dichos años, como lo eran la ya mencionada Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Comisión Nacional de Televisión, Superintendencia General de Puertos, Aeronáutica Civil, entre otras.

Como se observa, algunas de las autoridades especializadas ejercían la supervisión de servicios que eran antiguos monopolios y se abrían a una competencia regulada. Estos servicios usan redes para la conducción y transporte de los servicios prestados, que se caracterizan por economías de escala y economías de densidad, de forma que tales industrias se conforman por un reducido número de competidores y en algunos casos son monopolios naturales.

Bajo dicho panorama, la sola privatización hubiera transformado monopolios públicos en monopolios privados, por lo que fue necesario introducir regulaciones que permitan el ingreso de nuevas empresas a esos mercados, promoviendo el acceso y uso compartido de los recursos escasos (como son las redes) y prohibiendo las conductas discriminatorias o excluyentes en su contra. Se trata de una regulación para la competencia, de aplicación *ex ante*, diseñada de conformidad con y siguiendo las particularidades de la industria, de cumplimiento permanente, cuya observancia es vigilada de forma continua por el supervisor sectorial.

Esta regulación es un derecho de la competencia moldeado sobre los rasgos de esta industria y de aplicación continua, y por este motivo el supervisor del sector también fue designado como autoridad de competencia, para sancionar *ex post* aquellas conductas anticompetitivas que no fueran prevenidas por la regulación.

Pero debe aclararse que este razonamiento no se aplica a la Superintendencia Bancaria, ya que la regulación financiera por la

cual debe velar no pretende solucionar fallas en la competencia, como ocurre con la regulación para la competencia, sino que es una regulación de los riesgos implícitos en la actividad financiera, con el fin de lograr la estabilidad.

La atribución de facultades en derecho de la competencia a la Superintendencia Bancaria no se hizo con el criterio técnico que guió la realizada respecto de las otras autoridades especializadas, sino con un criterio de agrupación de funciones alrededor de la autoridad de vigilancia de un conjunto de instituciones. Por este motivo, la función de competencia en la Superintendencia Bancaria y en su sucesora la Superintendencia Financiera, estuvo relegada, ya que su interés prioritario ha sido la estabilidad del sistema financiero.

Por lo demás, debe agregarse que las funciones en derecho de la competencia nunca fueron asignadas a la Comisión Nacional de Valores, ni posteriormente Superintendencia de Valores, por lo que han estado siempre en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

### *3.1.2 Intentos fallidos por crear la autoridad única de competencia*

El esquema de autoridades especializadas y una autoridad residual fue objeto de críticas, que motivaron varios intentos fallidos para lograr una autoridad única.

El decreto 1122 de 1999 designó a la SIC como autoridad única de competencia, sin perjuicio de las funciones de la Superintendencia Bancaria. Este decreto fue declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-923 de 1999, por inexecutableidad consecucional, tras declararse inconstitucionales las facultades extraordinarias con base en las cuales fue expedido.



El año siguiente, el decreto 266 de 2000 volvió a instituir a la SIC como autoridad de competencia en todos los sectores económicos. Este decreto fue declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1316 de 2000, por reproducir el decreto 1122 de 1999, que acaba de ser declarado inexecutable.

La Ley 555 de 2000 designó a la SIC como autoridad de competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de todos los demás sectores económicos. Esta última parte fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1344 de 2000, por infringir el principio de unidad de materia.

Estos proyectos fallidos mostraron la ausencia de técnica jurídica durante su elaboración y lo único que generaron fueron conflictos de competencia entre las autoridades especializadas y la SIC, aumentando la ya pesada carga de expedientes del Consejo de Estado, encargado de resolverlos.

### *3.1.3 Creación de la autoridad única de competencia*

A pesar de los intentos fallidos, el interés por crear una autoridad única de competencia continuó presente. El Documento CONPES 3399 del 28 de noviembre de 2005, titulado “*Programa de Renovación de la Administración Pública: Reforma de la Institucionalidad para la Regulación y Supervisión de los Mercados Financieros*” solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y al Departamento Nacional de Planeación determinar, previa evaluación, la autoridad competente para el ejercicio de las funciones antimonopolio respecto de los mercados financieros.

En una primera etapa, el Gobierno Nacional decidió consultar sobre la conveniencia de conservar las funciones de la Superin-

tendencia Financiera en materia de derecho de la competencia, así como las de las demás autoridades especializadas.

Esta decisión llevó al archivo del Proyecto de Ley 108 de 2005 de la Cámara de Representantes, de origen parlamentario, *“por medio del cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”*, y que designaba a la SIC como autoridad única de competencia, pues carecía de aprobación del Gobierno, necesaria para modificar la estructura de la administración pública.

Las discusiones sobre el diseño de la autoridad continuaron. Como argumentos a favor de la Autoridad Única de Competencia se señalaron: Aplicación uniforme de la normatividad a industrias diversas; posibilidad de fortalecer la capacidad investigativa de una sola entidad; evitar discusiones sobre facultades de las diversas autoridades; y lograr desarrollo doctrinario surgido de conocer un mayor número de casos por parte de un solo organismo.

Como soporte de las Autoridades Múltiples de Competencia se presentaron los siguientes argumentos: Posibilidad de que la autoridad se especialice en las particulares estructuras y conductas del sector; aplicación continua y progresiva, al estilo de supervisión, superando el esquema de aplicación casuística; coordinación con otras políticas estatales en el sector (v.gr. estabilidad financiera o democratización del crédito); aprovechar el conocimiento e información del sector con los que cuenta el supervisor sectorial.

Tras una larga discusión, en el primer semestre de 2008 la Presidencia de la República decidió apoyar la creación de la autoridad única, a pesar de no existir aún el inicialmente buscado consenso entre las diversas autoridades especializadas con funciones en la materia, por lo que manifestó su conformidad con un proyecto de ley de origen parlamentario que cursaba en ese momento en el Congreso (Proyecto de Ley 195 de 2007 del Senado) que adoptaba normas de competencia y establecía a la SIC como autoridad única.

Durante el curso del debate de este proyecto, el Gobierno Nacional presentó su propia iniciativa legislativa, el Proyecto de Ley 277 de 2008 Senado. “*Por el cual se modifica, adicionan y derogan normas en materia de protección de la competencia*”. En debate en sesión parlamentaria, el Gobierno Nacional desistió de este proyecto y confirmó su apoyo al Proyecto 195 de 2007, que se aprobó como la Ley 1340 de 2009.

De este modo la SIC fue designada como autoridad única de competencia, por lo que le corresponde investigar, adoptar medidas cautelares y sancionar los acuerdos anticompetitivos, abusos de posición dominante en el mercado y actos de competencia desleal en que incurran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

### *3.1.4 Normas especiales para las instituciones financieras*

Desde el inicio del trámite legislativo de la Ley 1340, la Superintendencia Financiera solicitó la inclusión de una norma por la cual las normas sobre derecho de la competencia no se apliquen a los institutos de salvamento de las instituciones financieras en crisis, y que corresponde al segundo inciso del artículo 28 de la Ley 1340<sup>44</sup>.

Se recuerda que estos institutos se dividen en dos grupos: los de conservación y fortalecimiento de la entidad para que siga operando (mecanismos de banco abierto) y los que conllevan la liquidación ordenada de la entidad (mecanismos de banco cerrado). Dentro de las diversas opciones que se encuentran en el primero de los grupos, está la de integrar el banco en crisis con otro

---

44 El texto de la norma es: “*Las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en particular; las relativas al control de operaciones de integración empresarial no se aplican a los institutos de salvamento y protección de la confianza pública ordenados por la Superintendencia Financiera de Colombia ni a las decisiones para su ejecución y cumplimiento*”.

saludable que cuente con el capital suficiente para respaldar los activos en riesgo, y para ello el supervisor financiero puede ordenar su fusión, adquisición o la cesión de todas o algunas de sus líneas de negocios.

Estos institutos implican una operación de integración de dos empresas competidoras, que en principio estaría sometida a las normas de competencia. Pero cuando ocurre una crisis de una entidad financiera se requiere adoptar medidas de salvamento con carácter urgente, para evitar que los ahorradores pierdan confianza en el banco y corran a retirar sus depósitos, lo cual agravaría su crisis. Estas medidas se adoptan en términos cortos (algunos días), en los cuales no hay tiempo suficiente para que la autoridad de competencia emita su pronunciamiento.

Además, es posible que la operación de integración ordenada por el supervisor conlleve una indebida restricción de la competencia, y aún así deba ser ejecutada. Por ejemplo, en caso de ocurrir una crisis del segundo o tercer banco más grande es probable que solo el primero cuente con recursos patrimoniales suficientes para adquirirlo afrontando las pérdidas que conllevan sus activos (préstamos) improductivos. De este modo, se daría prioridad al objetivo de mantener la estabilidad del sistema financiero sobre el objetivo de promoción de la competencia, ya que el daño que causan las crisis financieras son demasiado grandes (se miden en términos porcentuales del Producto Interno Bruto del país que las sufre) y superan las pérdidas de bienestar del consumidor previsible por la operación de integración. Además, si la integración del banco en crisis crea o refuerza una posición dominante en el mercado, es posible que la autoridad de competencia adopte medidas para impedir o limitar que ejerza su poder de mercado.

En síntesis, existen argumentos de oportunidad y de daño previsible por los cuales los mecanismos de salvamento de insti-

tuciones financieras en crisis no se someten a las normas de competencia.

Ahora bien, durante la crisis financiera internacional del año 2008 se presentaron diversos casos en los que supervisores bancarios extranjeros organizaron mecanismos de resolución, actuando como promotores que impulsaron la adquisición de bancos en crisis por otros saludables, e incluso por consorcios de bancos en los casos en los que el banco en dificultades era de volumen considerable.

La Superintendencia Financiera observó que esta actuación como promotor no correspondía a la expedición de un instituto de salvamento, puesto que no implica emitir una orden del supervisor (un acto de la autoridad pública), sino que conlleva promover un acuerdo de integración entre particulares. Además, estimó que la expedición de un instituto de salvamento podría incrementar el temor de los ahorradores al expandir la noticia de las dificultades de un banco determinado, por lo que podría ser preferible que el supervisor actuara como promotor de un mecanismo de resolución acordado por particulares. En estos casos persistía la necesidad de someter la integración realizada con motivos de salvamento ante la autoridad de competencia, quien podría llegar a objetarla, arruinando el esfuerzo de gestión del supervisor y aumentando la posibilidad de expansión de la crisis. Por eso, durante los últimos días antes de la aprobación de la Ley 1340 de 2009, el superintendente financiero gestionó la adopción de una norma que le atribuyera la facultad de decidir en materia de derecho de la competencia respecto de integraciones de sus entidades vigiladas, preparándose ante eventuales efectos locales de la crisis internacional de la época.

La solicitud del supervisor fue debatida y modificada en una única y breve reunión y su resultado, insatisfactorio, es el actual inciso 3 del artículo 9 de la Ley 1340 que establece la facultad del supervisor financiero de decidir sobre las integraciones de sus

instituciones vigiladas, previo concepto de la SIC. Esta disposición será analizada más adelante.

### 3.2 NORMATIVIDAD APLICABLE A LA SANCIÓN DE ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS Y ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

El artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece la existencia del denominado régimen general de protección de la competencia, y aclara que en caso de que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.

Los artículos 98 y 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contienen normas especiales de competencia, cuya vigencia se analiza a continuación. Así mismo se precisa la diferencia entre los conceptos de posición dominante en el contrato y en el mercado.

#### *3.2.1 Aspectos vigentes y derogados del artículo 98 EOSF*

Este artículo recopila normas de la Ley 45 de 1990, y su texto dispone:

##### *Artículo 98. Reglas Generales.*

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

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

*2. Competencia desleal. La Superintendencia Bancaria, de oficio o a*

*petición de parte, podrá ordenar que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer.*

*3. Acciones de clase. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990, las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los numerales anteriores del presente artículo podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3. a 7. y 9. a 15 del artículo 36 del decreto 3466 de 1982.*

- Disposición vigente:

El inciso 1 del numeral 1 de este artículo contiene una prohibición de acuerdos anticompetitivos, que es consistente con la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del decreto 2153 de 1992. Esta prohibición se desarrolla mediante las prohibiciones específicas de acuerdos anticompetitivos del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Es importante resaltar que en este artículo se prohíbe, como una modalidad de acuerdo, las decisiones de asociaciones empresariales, que no se encuentran dentro del listado de las diversas modalidades agrupadas dentro del concepto genérico definido en el artículo 45 del decreto 2153 de 1992. De este modo, la norma del EOSF sigue las disposiciones de competencia de la Unión Europea (artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) que incluyen a las decisiones de asociaciones de empresas en el concepto de acuerdos.

Esta disposición es relevante para el sector financiero, cuyos actores se agremian en varias asociaciones, algunas de las cuales emiten instrucciones o documentos que pueden uniformar la conducta de sus miembros, como son los acuerdos interbancarios de Asobancaria, los contratos modelo de Asobolsa, o la guía de valores de Fasecolda.

- Disposiciones derogadas:

El inciso 2 del numeral 1, que asignaba a la Superintendencia Financiera la función de ordenar a los empresarios abstenerse de incurrir en acuerdos anticompetitivos, se encuentra derogada por ser contraria a la designación de la SIC como autoridad única de competencia.

Por esta oposición con la norma posterior, también se encuentran derogados los siguientes artículos del EOSF:

El literal (h) del numeral 1 del artículo 325 del EOSF, que señala como uno de los objetivos de la Superintendencia Financiera velar porque sus entidades vigiladas no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

También se encuentra derogado el literal (f) del numeral 5 del artículo 326 del EOSF, que establece como facultad de la Superintendencia Financiera, ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos anticompetitivos.

Igualmente debe considerarse derogada la instrucción emitida por la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica, Título I, Capítulo VI, sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, pues el supervisor ya no es competente para emitir instrucciones sobre estos temas.

Volviendo al artículo 98, su numeral 2 (facultades sancionatorias de actos de competencia desleal) se encuentra derogado, en la medida que la Ley 1340 de 2009 también declara a la SIC como autoridad única para aplicación administrativa de las normas de competencia desleal, y por ende, el supervisor no cuenta con facultades para sancionar conductas desleales. De este modo se terminó el debate que existía sobre la vigencia de las funciones de la Superintendencia Financiera en competencia desleal, que



fue objeto de discusión en el momento en que fueron expedidos los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

El numeral 3 de este artículo 98 (sobre acciones de clase) también se encuentra derogado, pero por disposición de la Ley 472 de 1998, que es la ley que reglamenta de forma integral las acciones de grupo, y en su artículo 86 derogó expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia.

### 3.2.2 Aspectos vigentes y derogados del artículo 100 EOSF (en su parte pertinente):

*Artículo 100. Régimen de protección a tomadores de seguros y asegurados.*

*1. Reglas sobre condiciones de las pólizas y tarifas. La determinación de las condiciones de las pólizas y las tarifas responderá al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros, y respetará siempre las reglas previstas en el artículo 184 numerales 2 y 3 del presente Estatuto.*

*No tendrá carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tasas puras de riesgo basadas en estadísticas comunes.*

*Tampoco constituirá práctica restrictiva de la competencia la celebración de convenios entre entidades aseguradoras o sociedades de capitalización mediante los cuales una de ellas permita el reconocimiento y pago de comisiones en favor de aquellos intermediarios de seguros para quienes solicitó su inscripción o dispuso su capacitación, sin perjuicio de lo previsto para los agentes independientes.*

*2. Protección de la libertad de contratación. Cuando las instituciones financieras actúen como tomadoras de seguros, cualquiera que sea su clase, por cuenta de sus deudores, deberán adoptar procedimientos de contratación que garantice la libre concurrencia de oferentes. La Superintendencia Bancaria protegerá la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora y, en su caso, el intermediario y aplicará las sanciones correspondientes cuando verifique conductas o prácticas que contraríen lo dispuesto en este Estatuto.*

- Disposiciones vigentes:

El numeral 1 del artículo 100 EOSF contiene varias reglas especiales en materia de seguros. La primera de ellas reitera el deber

de cada asegurador de fijar individualmente sus pólizas y tarifas, por lo que es consistente con el régimen general de competencia.

Las dos reglas siguientes establecen que ciertas prácticas no son anticompetitivas. No se trata de una excepción a la prohibición de prácticas restrictivas, sino una declaración legal de que ciertas conductas no ostentan esa calificación. De particular importancia es que la utilización de tasas puras de riesgo basadas en estadísticas comunes no es restrictiva, ya que en la industria aseguradora se utilizan baremos para el cálculo de indemnizaciones por daños, por lo que podrían calificarse como facilidad común, en el lenguaje del artículo 49 del decreto 2153 de 1992. La segunda regla aclara que no son restrictivos los convenios entre aseguradoras, en los que una permite a otra pagar comisiones en favor de sus intermediarios, pues les permite intermediar seguros de diversas aseguradoras, evitando vinculaciones exclusivas.

El numeral 2 del artículo 100 EOSF impone un deber a las instituciones financieras, consistente en utilizar procedimientos que garanticen la libertad de oferentes en los casos en los cuales deban tomar seguros por cuenta de sus deudores. Esta disposición es importante, pues se ha notado la tendencia de las instituciones financieras pertenecientes a un grupo financiero a contratar tales seguros únicamente con la aseguradora de su propio grupo, privando a los clientes de los beneficios que en términos de primas obtendrían de un proceso de selección competido.

La obligación de seleccionar la aseguradora mediante un proceso que garantice la libertad concurrencial también debe aplicarse en el caso previsto en el numeral 3 del artículo 101 EOSF, que faculta a los bancos a renovar los seguros sobre los inmuebles que les sean hipotecados como garantía de créditos, en caso de que el hipotecante descuide hacerlo.

Así mismo, los numerales 4 y 5 del artículo 101 EOSF disponen que todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas

se contratarán mediante licitación pública, a fin de garantizar la concurrencia de oferentes.

- Disposición derogada:

La segunda parte del numeral del artículo 100 EOSF faculta a la Superintendencia Financiera para sancionar prácticas que limiten la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros e intermediarios. Estas son una sanción por prácticas anticompetitivas, que en la actualidad corresponde a la autoridad única de competencia.

### *3.2.3 Diferencia entre posición dominante en el contrato y en el mercado*

El EOSF no contiene normas especiales de prohibición de abuso de posición dominante en el mercado. Sin embargo, en su momento el numeral 4 del artículo 98 EOSF prohibía a las instituciones financieras convenir cláusulas que afecten el equilibrio contractual o constituyan un abuso de posición dominante.

Esta disposición fue derogada por la Ley 1328 de 2009 de reforma financiera, y remplazada por su artículo 7 (e), que dispone la obligación de las entidades vigiladas de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

La reforma financiera aclara que la posición dominante a la cual se hace referencia es la contractual, que es un concepto del derecho de los contratos que identifica el poder de negociación de la parte fuerte en el contrato usado en contra de la parte débil, mediante la inclusión de cláusulas abusivas que otorgan ventajas excesivas a aquella o recortan derechos a esta y que no pueden ser modificadas por la parte débil.

La norma citada obliga a las instituciones financieras a abstenerse de abusar de su posición dominante contractual. Esto significa que la ley considera que en el ámbito contractual dichas entidades son la parte fuerte (dominante) y sus clientes son la parte débil. Así se incorporó a la legislación este concepto inicialmente forjado por la Corte Suprema de Justicia en los casos *Arinco vs Corpavi* (1994) y *Triángulo vs Corpavi* (2003); y luego por la Corte Constitucional en diversas sentencias de revisión de tutela, como las T-1034/05, T-129 de 2005 y T-672/10.

Como se observa, la posición fuerte en el contrato es un concepto diferente al de posición dominante en el mercado, que es la prohibida por el derecho de la competencia. En consecuencia, la autoridad de competencia no podría apoyarse en dichas sentencias o en la Ley 1328 de 2009 para afirmar que una determinada entidad financiera es dominante en el mercado, pues no son equivalentes. Para definir si una entidad financiera es dominante en el mercado se debe primero definir los mercados relevantes en los cuales opera, su cuota de mercado y su habilidad para actuar con independencia de sus competidores y clientes, y de esta forma, establecer si dicha empresa cuenta con la posibilidad de determinar las condiciones del mercado.

### 3.3 CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

#### 3.3.1 *Alcance de las funciones de la Superintendencia Financiera*

Los procesos de integración de instituciones financieras requieren la aprobación previa de la Superintendencia Financiera, otorgada tras verificar que se cumplan las normas de regulación prudencial aplicables a la entidad resultante. Además, a estos eventos de integración empresarial también se les aplica el derecho de la competencia, de forma que el legislador puede elegir si

esta normatividad es aplicada por la autoridad de competencia o por el supervisor financiero.

Con anterioridad a la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia Financiera se encontraba facultada para objetar o no autorizar integraciones de sus entidades vigiladas que tuvieran un resultado anticompetitivo. Es decir, la decisión del supervisor recaía sobre dos temas: (i) regulación prudencial, y (ii) derecho de la competencia.

En efecto, el literal (d) del numeral 2 del artículo 58 del EOSF permite a la Superintendencia Financiera objetar las operaciones de fusión de sus entidades vigiladas que restrinjan la competencia. Los demás procesos de integración empresarial, como adquisición, escisión, cesión de activos y pasivos requieren autorización de la Superintendencia Financiera. Dentro de los diversos requisitos exigidos para autorizar estos procesos se encuentra el de que la operación fomente el interés público (artículo 78 EOSF), redacción dentro de la cual se incluye el supuesto de que la operación no afecte la competencia en el mercado.

Originalmente, estas normas se aplicaban a las vigiladas por la Superintendencia Bancaria y a partir de la creación de la Superintendencia Financiera también se aplicaron a las instituciones antes vigiladas por la Superintendencia de Valores, por expresa disposición del artículo 22 de la Ley 964 de 2005.

En la actualidad se encuentra vigente el inciso 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que dispone:

*En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.*

El objetivo de la norma es doble. Primero: establece que la SIC, como autoridad única de competencia, se pronuncia sobre el efecto de la integración en la libre competencia y sugiere, de ser el caso, condicionamientos. Segundo: dispone que la Superintendencia Financiera es la autoridad que decide si dicha operación de integración empresarial debe prohibirse.

Esto significa que la SIC es la autoridad que hace el estudio de fondo del impacto de la integración en el mercado, y decide si es anticompetitiva. Pero su decisión no es final, sino que constituye un concepto dirigido al supervisor financiero, quien con base en el mismo y en consideraciones de estabilidad financiera decide si aprueba o no la integración<sup>45</sup>.

Este esquema plantea dos preguntas:

*¿Puede el supervisor financiero realizar su propio análisis sobre el efecto de la integración en la competencia?*

La respuesta es negativa. Las normas administrativas prohíben la duplicidad de funciones estatales<sup>46</sup>. Por esta razón, solo la SIC puede analizar si la integración tiende a producir una indebida restricción de la competencia, y si son procedentes condicionamientos. En consecuencia no puede la Superintendencia Finan-

---

45 Esta situación ha sido considerado por ALFONSO MIRANDA como una excepción al carácter de autoridad única de competencia de la SIC. Sin embargo, debe insistirse que solo la SIC puede pronunciarse respecto del efecto de la integración en la competencia, como autoridad única. Ver: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. El régimen especial de integraciones empresariales para el sistema financiero y asegurador. Colección Cátedra Bancolombia # 7. Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

46 El artículo 5 de la Ley 489 de 1998 dispone que los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo. A su turno, el artículo 6 de la misma ley se refiere a los principios de cooperación y coordinación, indicando que estos organismos y entidades prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento.

ciera evaluar estos temas ni pronunciarse al respecto, ya sea para confirmar u oponerse al concepto de la SIC, pues hacerlo sería contrariar la exclusividad con la cual la SIC debe cumplir esta función.

Por este motivo, desde la vigencia de la Ley 1340 la Superintendencia Financiera dejó de evaluar el impacto de la integración en la competencia (labor que se realizaba anteriormente) y se ha limitado a solicitar concepto a la SIC.

*¿Puede el supervisor autorizar la integración si previamente la SIC ha conceptuado que restringe la competencia?* La respuesta es afirmativa, pero limitada a un único caso.

Por regla general, la Superintendencia Financiera debe requerir el concepto en derecho de la competencia de la SIC y aplicarlo. Pero de manera excepcional puede autorizar una integración que la SIC considere que restringe la competencia, si es el único mecanismo viable para salvar de la quiebra a una institución con importancia sistémica. Esta decisión no tiene carácter de reservada, y por ende, debe constar debidamente motivada en el acto administrativo que emita el supervisor, para eventuales controles político y de legalidad.

En tiempos de normalidad no se vislumbra la posibilidad de que el superintendente financiero se aparte del concepto de la autoridad de competencia, y por ello, si la recomendación es objetar la integración o condicionarla, el supervisor deberá decidirlo así en su pronunciamiento. Tampoco podría el supervisor financiero apartarse del concepto de la SIC cuando la institución financiera afectada y que se plantea rescatar con la integración no se catalogue como de importancia sistémica. Al no estar involucrada la estabilidad del sistema financiero en estos casos, no habrían motivos que justifiquen al supervisor apartarse de la decisión de la autoridad de competencia.

Teniendo en cuenta que la experiencia muestra que las crisis financieras que involucran instituciones con importancia sistémica son la excepción y los periodos de estabilidad son la regla general, es posible predecir que serán pocos los casos en los cuales el supervisor financiero desconocerá el concepto de la autoridad única de competencia<sup>47</sup>.

Adicionalmente, no se considera procedente que el supervisor utilice esta facultad de aprobar integraciones en casos distintos al rescate de instituciones sistémicas, persiguiendo otros objetivos como serían la creación de campeones nacionales, o incrementar la concentración del sector buscando mayores utilidades y capitalización de sus instituciones vigiladas. Objetivos como estos, que son distintos al que motivó la adopción de esta facultad, distorsionarían la aplicación del derecho de la competencia a las integraciones de instituciones financieras, en contra del propósito del legislador.

La participación de la SIC y del supervisor financiero en la objeción de integraciones entre instituciones financieras busca reconocer que sobre estas operaciones recaen múltiples intereses y no solo el de preservar la libre competencia, de modo que el supervisor puede ponderarlos y si las circunstancias lo exigen, priorizar la estabilidad del sistema financiero, a pesar de afectar o restringir la competencia<sup>48</sup>.

---

47 Las legislaciones de Inglaterra, Canadá, Suiza, Irlanda y Australia contemplan mecanismos que permiten aprobar integraciones dirigidas a rescatar instituciones financieras en crisis, a pesar de restringir la competencia. También se incluye el caso de Estados Unidos, ya comentado.

48 Sobre este punto debe recordarse que el archivado Proyecto de Ley 277 de 2008 Senado, de iniciativa gubernamental, preveía la creación del Consejo Superior de la Competencia como órgano de coordinación de la política de competencia, siendo una de sus funciones la de objetar operaciones de integración empresarial. Sus miembros permanentes eran el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Superintendente de Industria y Comercio; y como miembros ocasionales, los ministros, superintendentes o presidentes de Comisiones de Regulación responsables del sector respecto del cual se fuera a adoptar una



Pero la solución plasmada en el inciso 3 del artículo 9 de la Ley 1340 es inadecuada, pues la facultad decisoria otorgada al supervisor financiero se aplica a todas las integraciones, aunque solo se requiere respecto de aquellas que pretendan solucionar una crisis que afecte una institución con importancia sistémica; eventos en los cuales exige la participación de la SIC mediante concepto, la cual debería simplemente omitirse para que la decisión se adopte únicamente por el supervisor financiero considerando la estabilidad del sector.

Por eso es necesario derogar la norma y en su lugar facultar al superintendente financiero para que disponer que una o varias operaciones de integración empresarial entre sus entidades vigiladas no se sometan a las normas de integraciones empresariales del derecho de la competencia, cuando se requiera rescatar instituciones con importancia sistémica que puedan afectar la estabilidad financiera.

### *3.3.2 Regla de evaluación y procedimiento*

Respecto de la regla de evaluación de integraciones empresariales, el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 establece la objeción de la integración que *“tienda a producir una indebida restricción a la libre competencia”* y añade que es potestativo de la autoridad *“autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia”*.

---

decisión. Con la creación de este Consejo se reconocía que la prohibición de una integración empresarial no solo es un tema de política de competencia, ya que también afecta las políticas económica, industrial, de empleo, de seguridad, entre otras, y que el balance de estos intereses involucra aspectos técnicos (a cargo de los superintendentes) y políticos (a cargo de los ministros).

Por su parte, existe una norma especial para las instituciones financieras, el literal (d) del numeral 2 del artículo 58 del EOSF, que establece la objeción si “*como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, y a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. Se entenderá que ninguna de estas hipótesis se configura cuando la entidad absorbente o nueva atienda menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes*”.

Ambas normas se encuentran vigentes, la primera es general y la segunda es especial. Entre ellas no hay contradicción, pues la regla del EOSF para prohibir la integración es que la entidad resultante pueda “*mantener o determinar precios inequitativos o limitar servicios o impedir, restringir o falsear la competencia*”. Estos fenómenos son expresiones casuísticas de una posición dominante, de las cuales se puede extraer la regla de que el EOSF prohíbe integraciones que produzca efectos anticompetitivos unilaterales (creación o refuerzo de una posición dominante en el mercado).

A su turno, la Ley 1340 adopta la regla de la “*indebida restricción de la competencia*”, que es un concepto genérico en el cual se incluyen tanto los efectos anticompetitivos coordinados como los unilaterales. Esto significa que la regla de la 1340 es general, y la del EOSF es una especie de dicho género, por lo que no hay contradicción entre ambas.

Ambas normas prevén la posibilidad de exigir condicionamientos. El EOSF los denomina “*medidas necesarias y suficientes*” para prevenir la creación de una posición dominante. En donde la norma del EOSF sí añade algo, es en la cuota de mercado mínima del 25% para definir la posición dominante. Esta parte de la norma sí constituye una norma especial del sector, aunque la experiencia muestra que por debajo de dicha cuota es improbable que una empresa detente tal posición.

Respecto del procedimiento, se observa que la Ley 1340 se limita a indicar que es obligación del supervisor solicitar el concepto de la SIC. Se trata de un concepto obligatorio, solicitarlo no es potestativo sino imperativo por parte del supervisor. Es previo, debe ser emitido antes de que el supervisor emita su decisión. Y no es vinculante en situaciones de crisis, pues como se indicó, en ellas el supervisor podría estar ante situaciones que le otorguen motivos válidos para no aplicarlo.

La Ley 1340 no establece el trámite que debe observar la SIC para obtener la información necesaria para realizar su análisis de competencia, ni el momento en el cual el supervisor debe requerirle dicho concepto. Por ello, es recomendable que el supervisor financiero y la autoridad de competencia alcancen un entendimiento sobre: (i) el deber de las instituciones financieras que proyecten integrarse, de informar previamente la operación a la SIC, para que esta emita su concepto con destino a la Superintendencia Financiera; (ii) los casos en los cuales no es necesario solicitar el concepto a la SIC, como son las fusiones entre empresas sometidas al mismo control; y las que caen por debajo de los umbrales de ingresos operacionales, activos totales y cuota de mercado definidos en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009; y (iii) los criterios para definir mercados relevantes y cuotas de participación<sup>49</sup>. Los procedimientos definidos por ambas superintendencias pueden hacerse vinculantes bajo el mecanismo de instrucciones emitidas por la Superintendencia Financiera a sus entidades vigiladas.

---

49 La determinación de los mercados relevantes en los que participan las instituciones financieras es más expedito que en otras industrias. Los competidores son aquellos que cuentan con licencia previa del supervisor. Los mercados producto corresponden a las actividades autorizadas por la regulación financiera. Las cuotas de mercado se obtienen de la información financiera publicada en la página de Internet de la Superintendencia Financiera.

## 4. DESARROLLOS RECIENTES

Para completar la presentación de la situación actual del derecho de la competencia en el sector financiero en Colombia, debe mencionarse la investigación que desde 2004 la SIC ha adelantado una investigación por fijación de precios respecto de las tarjetas Visa y MasterCard. Así mismo, se han emitido normas legales que ordenan a las instituciones financieras adoptar un esquema de autorregulación para identificar prácticas restrictivas, y otras que facultan al Gobierno para intervenir los precios de estas instituciones.

### 4.1 CASO TARJETAS VISA Y MASTERCARD ANTE LA SIC

Este caso constituye la única actuación adelantada por prácticas anticompetitivas en el sistema financiero, y se inició por la SIC en la época en la que aún no había sido designada como autoridad única de competencia. Se expone la cronología del caso, seguido de unos breves comentarios.

#### *4.1.1 Cronología del caso*

- En junio de 2004, la SIC inició una investigación en contra de Redebán y Credibanco, administradores de las franquicias de tarjetas MasterCard y Visa en Colombia, para determinar si celebraron un acuerdo anticompetitivo para fijar las comisiones cobradas al comercio por las compras efectuadas con tarjetas de pago crédito y débito<sup>50</sup>.

En marzo de 2005, la SIC terminó la investigación al aceptar los compromisos presentados por Redebán y Credibanco coadyuvados por sus bancos asociados, consistentes en:<sup>51</sup>

---

50 Resolución 13820 de 2004.

51 Resoluciones 6816 y 6817 de 2005.

Las tarifas de intercambio (pagadas por el banco adquirente al banco emisor de la tarjeta) serían definidas de manera independiente por cada una de las redes considerando únicamente los costos de transferencia de pagos a los comerciantes, siempre que no hayan sido sufragados por otro agente, más la utilidad definida por la red para la operación del negocio.

Las redes se abstienen de fijar la comisión cobrada a los comerciantes (comisión de adquirencia), las cuales pasan a ser definidas por cada banco adquirente de manera independiente, y podrían ser iguales, superiores o inferiores a la tarifa de intercambio.

- En diciembre de 2006, la SIC aceptó la propuesta de Credibanco, Redebán y sus bancos asociados de modificar los compromisos ofrecidos inicialmente, de forma que la tarifa interbancaria sería calculada con base en una nueva metodología de costos que debía ser presentada y aprobada en ocho meses. En el interregno, la tarifa de intercambio correspondería a valores provisionales establecidos como promedios máximos ponderados<sup>52</sup>.

Pero esta metodología no fue presentada por las redes a la SIC, los compromisos inicialmente definidos en marzo de 2005 fueron nuevamente obligatorios para las redes y los bancos.

- El 29 de mayo de 2007, los bancos afiliados a Credibanco y Redebán celebraron sendos acuerdos, por los cuales dispusieron:

La comisión de adquirencia seguiría siendo acordada entre cada banco y sus clientes comerciantes, y las tarifas de intercambio serían determinadas directamente por los bancos y no por medio de las redes. De forma transitoria, los bancos decidieron continuar cobrando las mismas tarifas de intercambio provisionalmente acordadas con la SIC.

Estos acuerdos fueron notificados por la Asociación Bancaria

---

52 Resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

y de Entidades Financieras Asobancaria ante la Superintendencia Financiera, pues en ese momento era la autoridad de competencia respecto de los bancos.

- En enero de 2008, la Superintendencia Financiera promovió ante el Consejo de Estado un conflicto de competencia frente a la SIC, solicitando que fuera declarada como la única entidad competente para evaluar la conducta de los bancos para fijar las tarifas interbancarias de intercambio (TII), incluyendo los acuerdos indicados, frente a las normas de prácticas restrictivas de la competencia. El Consejo de Estado decidió este asunto el 5 de marzo de 2008, declarando que la SIC es la entidad competente para exigir el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por Credibanco y Redebán.

- En 2009, la SIC declaró el incumplimiento de las garantías por parte de las redes y sus bancos asociados y exigió el pago de las pólizas de cumplimiento. Además, ordenó a las redes presentar el modelo de costos para determinación de la tarifas de intercambio<sup>53</sup>.

- En adición a lo anterior, la SIC informó a la Superintendencia Financiera sobre tales acuerdos de los bancos, y el funcionamiento de los comités creados en Asobancaria para definir las TII aplicables a cada red.

La Superintendencia Financiera devolvió a la SIC dicha documentación, manifestando que no era competente para investigar dichos acuerdos por decisión del Consejo de Estado, que había señalado que hacerlo correspondía a la SIC, y porque una investigación de los mismos implicaría una violación de la prohibición de doble juzgamiento.

Este conflicto negativo de competencia fue resuelto por el

---

53 Resolución 29497 del 19 de agosto de 2008, confirmada por Resolución 46791 de 15 septiembre 2009.

Consejo de Estado el 15 de abril de 2010, declarando que la SIC es la competente para conocer el caso.

- Con base en esta respuesta, en mayo de 2011 la SIC inició una investigación para determinar si los acuerdos celebrados en Asobancaria entre los bancos y las redes para fijar la TII constituyen una fijación de precios<sup>54</sup>. Esta investigación fue terminada por aceptación de garantías, consistentes en la fijación de la interbancaria mediante el modelo REMI - remuneración al emisor<sup>55</sup>.

En este esquema, la TII para cada categoría de comercio y tipo de tarjeta se fija en una subasta electrónica en la cual participan los bancos emisores. Cada uno de ellos emite una propuesta de TII que se ponderan por su participación en el mercado, las cuales se ordenan por valor, se eliminan las dos propuestas de cada extremo, y la TII aplicable corresponde a la mediana. Este esquema tendrá una vigencia de 30 meses.

#### *4.1.2 Comentarios*

Aunque este caso merece una investigación independiente en donde se analicen los múltiples cuestionamientos sustanciales y procesales que ha generado, por ahora se pueden hacer los siguientes comentarios.

- Las sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor (como son Credibanco y Redebán) fueron sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera a través del decreto 1400 de 2005, aunque meses después el decreto 2999 de 2005 dispuso que en materia de prácticas restrictivas de la competencia seguían sometidas a la SIC.

Por este motivo, la SIC inició su investigación sobre Credibanco y Redebán, que estaban bajo sus funciones como autoridad de competencia. En ese momento los bancos no estaban sujetos

---

54 Resolución 26255 de 2011.

55 Resolución 40478 de 28 junio de 2012, aclarada por la Resolución 53990 de 2012.

a las funciones de la SIC sino de la Superintendencia Financiera en derecho de la competencia, aunque se vincularon voluntariamente a la decisión de terminación anticipada de la investigación al ofrecer compromisos y garantías. Si bien esta decisión fue validada por el Consejo de Estado, no deja de ser cuestionable, ya que es la ley quien asigna funciones a las autoridades públicas, lo que significa que la competencia de ellas no puede basarse en acuerdos con los particulares, ni menos en la buena fe que deben observar las partes de dichos acuerdos.

- Hasta el año 2009 la SIC insistió en determinar la TII con base en un modelo de costos, solución que ya había sido desechado en otros países, puesto que la TII no se limita a reflejar el costo de la red de comunicaciones usada para transferir datos electrónicos sobre pagos a los comerciantes. La TII es un mecanismo que cubre los desbalances en un mercado de dos lados (ahorrador - banco emisor, y banco adquirente-comerciante), en el cual el desarrollo de la función de emisión beneficia a la función de adquirencia (externalidad positiva).

- La decisión de la SIC de juzgar los acuerdos bancarios de mayo de 2007 por incumplimiento de garantías, y además como una práctica restrictiva, es violatoria de la prohibición de doble juzgamiento. En efecto, el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 aclaró que el incumplimiento de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia.

#### 4.2 ESQUEMA DE AUTORREGULACIÓN

Al mismo tiempo que se tramitaba la Ley 1340 de 2009 sobre norma de competencia, cursaba en el Congreso la Ley 1328 de 2009 sobre normas del sector financiero, y en ella se introdujo la siguiente disposición:



*Artículo 99 de la Ley 1328 de 2009: Competencia en tarifas y comisiones de los productos y servicios financieros. Con el propósito de promover una sana competencia en el ofrecimiento y suministro de los productos y servicios financieros prestados masivamente, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deberán establecer un esquema de autorregulación que permita identificar prácticas restrictivas que incidan en la determinación de las tarifas y comisiones de los productos y servicios financieros.*

*En virtud de tal esquema, las entidades deberán establecer mecanismos que garanticen el desarrollo de la actividad financiera, dentro de parámetros razonables que estimulen la profundización del sistema y el acceso del consumidor financiero al mismo.*

Esta norma impone una obligación a las instituciones financieras, consistente en implementar un esquema de autorregulación. Su finalidad es promover la competencia, y la materia sobre la cual recae es la de prácticas restrictivas en la formación de precios (tarifas y comisiones), por lo que se debe catalogar como una obligación especial del derecho de la competencia, de modo que la autoridad única de competencia es la responsable de hacerla cumplir. No es función del supervisor financiero sancionar su inobservancia, ya que no se trata de una norma prudencial que promueva la estabilidad financiera.

Se ha suscitado la duda de si la norma exige un único esquema de autorregulación para todas las instituciones financieras, o si cada una de establecer el suyo propio. Dada que los antecedentes legislativos no mencionan el origen de esta norma, la respuesta debe obtenerse mediante un análisis del lenguaje empleado por el texto legal. En diversos apartes, la Ley 1328 de 2009 impone obligaciones a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, refiriéndose en plural “*las entidades vigiladas*”, aunque es claro su propósito de que tales obligaciones sean cumplidas de forma independiente por cada una. Así ocurre con los artículos 7 (obligaciones especiales de las entidades vigiladas), 8 (sistema de atención al consumidor financiero), 9 (contenido mínimo de la información al consumidor financiero), 13 (funciones de la defensoría del consumidor financiero), solo por citar algunos.

Por ejemplo, el artículo 8 dispone que “*las entidades vigiladas deberán implementar un Sistema de Atención al Consumidor Financiero*”. El propósito de esta disposición es que cada una de las entidades vigiladas tenga su propio Sistema de Atención al Consumidor Financiero, y así ha ocurrido en la práctica. La redacción indicada no significa que todas ellas, actuando en común, implementen un único Sistema de Atención al Consumidor Financiero que sirva a todas.

Este esquema de autorregulación debe identificar prácticas restrictivas en la formación de tarifas y comisiones de los productos ofrecidos de forma masiva, es decir, los que son demandados por sus clientes y usuarios. Dentro de ellos se incluyen las comisiones cobradas por los bancos y demás intermediarios financieros por servicios asociados al manejo de cuentas de ahorro y corrientes, por apertura de crédito (tarjetas de crédito), aunque debe definirse si el concepto de tarifa corresponde con el de tasa, caso en el cual también el esquema debe vigilar formación de las tasas de interés (activas o pasivas) que son el principal precio en la actividad bancaria. También debe recaer este esquema de autorregulación sobre las tarifas y comisiones cobradas por aseguradoras, comisionistas de bolsa, administradoras de fondos y pensiones de cesantías, y demás vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Dentro de las prácticas restrictivas que serán objeto de investigación por estos esquemas de autorregulación se encuentran las prácticas conscientemente paralelas, ya que el paralelismo en comisiones es muy extendido en este sector<sup>56</sup>. El resultado de este esquema deben ser mecanismos para evitar la ocurrencia de estas prácticas restrictivas. La ley no le atribuye un efecto jurídico específico a dicho mecanismo, por lo que su existencia no

---

56 Recuérdese que el paralelismo en comisiones fue el hecho que originó el caso Zuechner, antes analizado.

impide investigaciones de la autoridad de competencia, aunque su adecuado funcionamiento podría considerarse como un factor atenuante de una sanción. Además, en caso de que se identifiquen prácticas restrictivas, los directivos de las instituciones financieras involucradas podrían aplicar las normas de delación y clemencia ante la autoridad de competencia.

#### 4.3 SEGUIMIENTO E INTERVENCIÓN DE PRECIOS Y TARIFAS

La última de las novedades analizadas se encuentra en los artículos 62 y 63 de la Ley 1430 de 2010, que disponen el seguimiento e intervención de los precios y tarifas de las instituciones financieras:

*Artículo 62. Intervención de tarifas o precios. El Gobierno Nacional dictará normas que deben observar las instituciones financieras para la fijación, y fusión\* y publicidad de las tarifas o precios que estas cobren siguiendo para ello los objetivos y criterio señalados para la intervención de dicho sector.*

*Cuando se establezca la no existencia de suficiente competencia en el mercado relevante correspondiente, de acuerdo con lo previsto en esta ley, el Gobierno Nacional deberá, además, intervenir esas tarifas o precios según corresponda a la falla que se evidencia mediante (i) el señalamiento de la tarifa o precio; (ii) la determinación de precios o tarifas máximos o mínimos; (iii) la obligación de reportar a la Superintendencia Financiera de Colombia y/o de Industria y Comercio las metodologías para establecer tarifas o precios.*

*Artículo 63. Seguimiento a tarifas o precios. La Superintendencia Financiera de Colombia, implementará un esquema de seguimiento a la evolución de las tarifas o precios en los mercados relevantes, atendidos por las entidades financieras y reportará los resultados de dicha evaluación semestralmente al Gobierno Nacional y a la Superintendencia Financiera de Colombia\*.*

*Artículo 63-1. [Adicionado por el artículo 191 de la Ley 1607 de 2012]. La Superintendencia de Industria y Comercio, estará encargada de elaborar un estudio que tendrá como objeto determinar el nivel de competencia y la existencia o no de fallas en los mercados relevantes, atendidos por las entidades financieras. Los resultados de dicha evaluación serán presentados semestralmente al Gobierno Nacional y al Congreso de la República.*

\* Corresponde al texto original

La 1430 es una ley de reforma tributaria, que entre otros aspectos, asigna nuevas funciones a los bancos en el recaudo de

tributos y reporte de información asociada, lo cual exige que un creciente número de contribuyentes se bancaricen, para reportar sus transacciones a la autoridad tributaria.

Los artículos transcritos fueron introducidos de forma intempestiva en las últimas fases del trámite legislativo de esta ley, por lo que no se conocen suficientes antecedentes. Aún así, se puede indicar que el Congreso introdujo esta norma ante las quejas sobre las elevadas tarifas cobradas por los bancos a sus clientes, ya que si las normas tributarias exigen que más personas se conviertan en clientes de los bancos, resultaba necesario contar con mecanismos de control de sus tarifas. De este modo, esta iniciativa de intervención de precios se convirtió en ley, luego de que en anteriores legislaturas fracasaron múltiples proyectos en el mismo sentido.

Estas normas imponen obligaciones al Gobierno Nacional (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) y las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio.

Al Ministerio le corresponden funciones regulatorias. La primera de ellas fue ejercida mediante el decreto 4809 de 2010, que define las normas y principios que deben observarse para la fijación, difusión y publicidad de las tarifas y precios de los productos y servicios financieros. En materia de principios, se establecen los de libertad de las instituciones financieras para fijar de forma autónoma e individual los precios y tarifas de sus productos; legalidad mediante la observancia de las normas de libre competencia; transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; correspondencia de todo cobro con la prestación efectiva de un servicio que no será cobrado en más de una ocasión; estabilidad de precios que no podrán incrementarse unilateralmente sin preaviso al consumidor permitiéndole terminar el contrato; y eficiencia para lo cual propenderán reducir sus costos.

La segunda de las funciones regulatorias a cargo del Ministerio corresponde a la intervención de las tarifas o precios, me-

diante su fijación directa, o la fijación de máximos o mínimos, o la obligación de reportar su metodología de cálculo. Estas regulaciones podrán expedirse previo informe de la SIC sobre la falta de competencia en un determinado mercado relevante.

A la Superintendencia Financiera le corresponde realizar el seguimiento a las tarifas y precios de las instituciones financieras, conforme a la información que estas le transmiten periódicamente, y cada semestre reportar las tendencias y cambios presentados al Ministerio y a la SIC.

A su turno, la SIC debe definir los mercados relevantes en los cuales compiten las instituciones financieras, y evaluar las condiciones de competencia en cada uno de ellos. Esta metodología parece ser la adecuada, pues permite evaluar las condiciones de competencia y el proceso de formación de precios en el caso concreto, delimitando el servicio en cuestión y sus sustitutos, y el área geográfica en el cual se intercambia de forma homogénea. Este sistema de evaluación por mercados relevantes ha sido usado en la regulación de comunicaciones, con el fin de evaluar la existencia de poder de mercado y posiciones dominantes de operadores y someterlos a normas más exigentes en pro de la competencia<sup>57</sup>.

Es recomendable que los mercados relevantes que para efectos de esta función de evaluación defina la SIC coincidan con los que ella defina para el análisis de integraciones en el sector financiero, a fin de que exista concordancia entre ambos. Así mismo, sería conveniente que tanto el seguimiento de precios y la

---

57 Como ejemplos de estudios sectoriales de las condiciones de competencia se pueden mencionar:

- En Inglaterra, (i) *Competition in UK Banking: A Report to the Chancellor of the Exchequer*, elaborado por Don Cruickshank, 2000; y (ii) *Competition and choice in retail banking*, House of Commons, Treasury Committee, 2010. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/612/612i.pdf>
- La Comisión Europea elaboró sendas investigaciones sectoriales sobre banca minorista y seguros de empresas, publicadas en 2007. [http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial\\_services/inquiries/index.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/index.html)

evaluación de mercados relevantes se hagan respecto de aquellos productos ofrecidos a personas naturales y a pequeñas y medianas empresas, que son quienes carecen de poder de negociación. Con base en los resultados reportados, tanto en precio como en nivel de competencia y fallas de mercado, corresponderá al Ministerio decidir si hay lugar a imponer alguno de los sistemas de regulación previstos en la ley.

Para concluir este capítulo, no parece que la expedición del mecanismo de autorregulación y de las facultades de seguimiento e intervención de precios y tarifas correspondan a una estrategia coordinada del legislador de adoptar herramientas para promover la competencia en el sector. Pero ya que se encuentran vigentes deben entenderse y aplicarse bajo la premisa de que son instrumentos adicionales a la función de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, cuyo objetivo es corregir aquellas situaciones que impiden o disminuyen una competencia efectiva en el sector financiero. Son conocidos diversos fenómenos de paralelismo en el sector, como el de tarifas y comisiones cobradas por productos de cuenta de ahorro y el uso de cajeros y tarjetas débito, o la exigencia de algunos bancos de que ciertos servicios accesorios al otorgamiento de un préstamo (como seguros o fiducias de garantía o pagos) sean contratados con compañías pertenecientes a su grupo empresarial. Estos casos podrían manejarse con estas nuevas herramientas no sancionatorias, más aún si se considera que el paralelismo requiere ser consciente para que sea considerado como una modalidad de acuerdo anticompetitivo sancionable, con las dificultades probatorias que ello implica.

## CONCLUSIONES

La revisión de los antecedentes de la aplicación del derecho de la competencia en el sector financiero muestra que el mismo estuvo largo tiempo excluido del proceso competitivo y de las nor-

mas que sancionan prácticas anticompetitivas. Esta exclusión se originó en la regulación propia del sector, mediante normas que prohibían la competencia en tasas de interés, o que promovían la celebración de acuerdos anticompetitivos para su fijación, con el objetivo de evitar conductas riesgosas que pudieran causar inestabilidad de las instituciones financieras.

El conocimiento de estos antecedentes permite entender el motivo por el cual se debatió la aplicabilidad de las normas de competencia al sector, haciendo que por décadas las autoridades de competencia no investigaron ni sancionaron conductas anticompetitivas, llegando incluso a tolerar algunas de ellas. Esta actitud cambió lentamente, y solo en tiempos recientes se ha presenciado el castigo de las infracciones más comunes al derecho de la competencia, como son las colusiones.

La eliminación de la mayoría de las restricciones regulatorias, el inicio de la investigación y sanción de carteles en el sector financiero, y la supervisión del sector financiero basada en riesgos, permiten concluir que este sector sí se somete a la competencia para obtener los beneficios que de ordinario produce. Por ende, la autoridad de competencia debe investigar las conductas restrictivas de la competencia en el sector financiero con los mismos criterios aplicados a otros sectores, con énfasis en las prácticas que buscan mantener el *status quo* de reducida rivalidad que hoy priva a los consumidores financieros de variedad de precios y servicios.

La preferencia de la estabilidad sobre la competencia debe reducirse a aquellos casos en los cuales resulte imperativo aprobar una integración de instituciones financieras como único mecanismo para evitar una quiebra con efectos sistémicos. En estos eventos, que se espera ocurran de manera excepcional, se sugiere un nuevo diseño institucional que permita al supervisor financiero aprobar dicha integración excluyendo del proceso decisorio a la autoridad de competencia, ya que en estos eventos se torna im-

perativo aprobar la integración incluso si lesiona la competencia, pues el daño que produciría una crisis financiera es superior al de la reducción de la competencia en el mercado. No sobra decir que finalizada la crisis, la autoridad de competencia debe vigilar con intensidad los mercados en los que se lesionó la competencia.

La autoridad de competencia debe prestar especial atención al esquema de autorregulación establecido en la Ley 1328 de 2009, así como a la evaluación de las condiciones de competencia en los diversos mercados relevantes. Ambos instrumentos deben considerarse como estrategias adicionales para contrarrestar fenómenos extendidos de paralelismo que existen y reducen la competencia.

El regulador financiero también enfrenta un reto importante, consistente en expedir una regulación financiera integral, acorde con el desarrollo actual de la teoría regulatoria, que sea neutral, dirigida al adecuado manejo de riesgos y lo menos restrictiva posible. Es recomendable que a esta tarea se le otorgue prioridad, antes de seguir aumentando esa colcha de retazos que es la regulación prudencial colombiana con múltiples decretos de intervención dirigidos a resolver temas puntuales.

La aplicación de las normas de competencia al sector financiero abrirá las puertas a múltiples debates. Dentro de los temas que merecen una futura investigación se pueden mencionar: la definición de mercados relevantes para efectos de análisis de integraciones, abusos de posición dominante y de la evaluación de la competencia en cada uno de ellos; el tratamiento de las integraciones en caso de crisis financieras y los esquemas alternativos de resolución; los efectos en la competencia de los apoyos estatales a instituciones en crisis; y el estudio de los sistemas de pago bajo la regla de la razón, con el fin de evaluar sus restricciones frente a los beneficios otorgados a los diversos grupos de consumidores y usuarios.