

El límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia: ¿Costo de transacción y barrera legal?

Carlos Andrés Delvasto P.*

Resumen

El siguiente documento tiene como propósito analizar si el tope máximo de la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial ocasiona un costo de transacción y constituye una barrera legal en el mercado colombiano. En su parte inicial se presenta un diagnóstico del acceso y profundidad financiera en el mercado de Colombia, posteriormente estudia el régimen de intereses, analizando particularmente el concepto de interés remuneratorio y explicando las cuatro teorías que conciben la existencia de un límite a la tasa de interés en la legislación colombiana. Por último se efectúa un análisis económico jurídico a la existencia de un límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia.

Palabras claves

Acceso financiero, interés, interés remuneratorio, límite a la tasa de interés, costo de transacción, barrera de entrada.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze whether maximum interest rates charged on business loans constitute transaction costs and barriers to entry in Colombian markets. The article begins by evaluating the access to and depth of financial markets in Colombia. The author then examines the system of interest rates, paying particular attention to the concept of interest charged on a loan, and explaining four theories that posit the existence of interest rate ceilings in Colombian law. The article ends with an economic and legal analysis of the existence of maximum interest rates on commercial loans in Colombia.

Keywords

Access to financial markets, Interest, Interest charged on a loan, Interest rate ceilings, Transaction costs, Barriers to entry.

* Abogado y Magister en Derecho Económico. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.

1. Introducción

Los mercados financieros en Latinoamérica en la década del noventa sufrieron modificaciones sustanciales, producto de un nuevo enfoque económico adoptado en la región a finales de la década del ochenta, cuyo objetivo fue reencontrar el sistema financiero con el mercado, al igual que remediar problemas estructurales, incluyendo dificultades de regulación y supervisión surgidos a partir de mediados de la década del noventa. Estas reformas se conocen como de primera y segunda generación, y adoptaron medidas como: privatización de entidades financieras públicas, liberalización de tasas de interés, adopción de normas de suficiencia de capital, al igual que la implementación de una serie de principios de regulación y supervisión bancaria, conocidos comúnmente como los principios de supervisión bancaria de Basilea, sugeridos por el Banco de Pagos Internacionales, entre otras instituciones.¹

A pesar de realizar estas reformas, un problema que aún persiste en el mercado financiero latinoamericano, y es una característica actual del mercado colombiano, es la poca profundidad financiera. La profundización financiera y el crecimiento económico se encuentran relacionados positivamente²: al existir mayor acceso a servicios financieros por parte de los agentes económicos se mejora el bienestar y se incrementa el crecimiento económico de la sociedad.³

En Colombia los niveles de profundización financiera y bancarización son bajos, incluso en comparación con otros países latinoamericanos.⁴ La

¹ En este sentido, vale la pena observar el documento elaborado para la CEPAL por Graciela Moguillansky, Rogerio Studart y Sebastián Vergara, titulado: “Comportamiento Paradójico de la Banca Extranjera en América Latina” (Moguillansky et al, 2004: 20-24).

² De acuerdo al documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante, CONPES) No. 3424 de 2006, la profundización financiera es el acceso a servicios financieros.

³ Existen diversos estudios económicos y jurídicos que soportan esta cuestión; véase al respecto Rojas (2006), Demirgüç (2008) y el documento CONPES No. 3424 de 2006, entre otros.

⁴ Otro ejemplo que constituye una muestra del bajo acceso financiero de la región es el porcentaje de profundización financiera en relación con el producto interno bruto (en adelante, PIB) en operaciones pasivas y activas de crédito. De acuerdo al Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) el promedio de depósitos en relación con el PIB en Brasil es de 0.19 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.22 entre el 2000 y el 2005; en Chile es de 0.39 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.50 entre el 2000 y el 2005; en Méjico es de 0.23 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.23 entre el 2000 y el 2005; y en Colombia es de 0.14 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.22 entre el 2000 y el 2005. El promedio de depósitos en relación con el PIB en España es de 0.64 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.87 entre el 2000 y el 2005; el de Estados Unidos es 0.54 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.59 entre el 2000 y

exclusión de sectores poblacionales es reflejada en cifras alarmantes; a manera de ejemplo, podemos citar el porcentaje de familias que acceden al sistema financiero en Bogotá D.C., el cual es de un cuarenta por ciento (40%). Al comparar esta cifra con la obtenida en un país desarrollado se apreciará una diferencia abismal, puesto que en este último la misma sobrepasa un noventa por ciento (90%) (Rojas, 2006: 1).

Ahora bien, la bancarización de Colombia para el año 2005 es de un 22% como porcentaje de la cartera bancaria en relación con el PIB; con respecto a la cobertura geográfica de las entidades crediticias, a septiembre de 2005, existía una sucursal financiera en el 71% de los municipios, correspondiente a un 92% de la población del país. Sin incluir el Banco Agrario estas cifras disminuyen a un 25% y 73%, respectivamente (CONPES, 2006: 8).

Un sector económico que tiene un bajo porcentaje de acceso financiero, siendo de vital importancia para el mercado y la sociedad, es la micro, pequeña y mediana empresa (en adelante Pymes). De acuerdo con el documento CONPES 3484 (2007: 2), las microempresas y las Pymes en Colombia generan 80.8% del empleo nacional. Las fuentes de financiamiento del capital semilla de las microempresas proveen una evidencia del escaso acceso financiero de estas. En porcentaje, este financiamiento se obtiene en un 72% de ahorros familiares y propios, 16% de préstamos de amigos y familiares, 5% de entidades crediticias y 4% de ONG (CONPES, 2007: 4). El sector Pymes en Colombia tiene una financiación en un 43% por créditos bancarios, 24% por recursos propios, 18% por proveedores, 12% por recursos extrabancarios, 2% por recursos del gobierno y un 1% de recursos de cooperativas. Un 43% de las Pymes no ha solicitado crédito en los últimos dos años, el 64% no lo ha requerido y un 22% considera inadecuadas las condiciones del mismo; además, de un 57% que lo han requerido ha sido rechazada la mitad generalmente por no cumplir con las garantías exigidas para el otorgamiento o desembolso de recursos (FUNDES, 2004: 22-25).

En conclusión, es posible afirmar que el acceso y profundización financiera en Colombia es bajo. Ahora bien, la poca profundización financiera generó

el 2005. Con respecto a la relación entre crédito y PIB encontramos que en Brasil es de 0.26 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.27 entre el 2000 y el 2005; en Chile es de 0.46 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.59 entre el 2000 y el 2005; en México es de 0.23 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.15 entre el 2000 y el 2005; y en Colombia es de 0.15 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.19 entre el 2000 y el 2005. El promedio de depósitos en relación con el PIB en España es de 0.80 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 1.18 entre el 2000 y el 2005; el de Estados Unidos es 0.54 durante el periodo de 1990 a 1999 y de 0.63 entre el 2000 y el 2005 (Rojas, 2006: 2).

una reacción de mercado y ocasionó la implementación de una serie de políticas públicas con el objetivo de remediar los problemas que no fueron solucionados al liberalizar el mercado en el pasado.⁵

Con respecto a esta cuestión, Romy Calderón sostiene:

La liberalización financiera no garantiza que se elimine la segmentación de los mercados de crédito, pues los bancos comerciales privados se orientan a canalizar sus recursos a empresas de alta solvencia, bajo riesgo, y sólidas garantías. Entonces, quedan sin atención las necesidades de aquellos prestatarios que son numerosos y que aportan una contribución significativa a la producción y al empleo, esto es, los pequeños productores (2005: 12).

La reacción de mercado se presentó al desarrollarse un mercado de crédito informal o paralelo al de los establecimientos de crédito, el cual existía incluso con anterioridad a las reformas de primera y segunda generación. Un claro ejemplo de la existencia de mercados informales lo constituyen: las casas de empeño, los canales de distribución de productos tipo tendero o pequeños comercializadores, grupos familiares o de amigos que se organizan a través de cadenas con el objetivo de concederse préstamos sin costo alguno, entre otros.⁶

No obstante, el mercado informal evolucionó y se presentó el surgimiento y desarrollo de organizaciones financieras no reguladas, usualmente llamadas organizaciones de microfinanzas. Estas son todas aquellas entidades, sean grandes o pequeñas, que se dedican a proveer servicios financieros a los sectores excluidos de acceso. Existe toda una gama de servicios financieros a la que los sectores más excluidos de la población desean acceder, por ejemplo: la obtención de crédito, apertura de cuentas, seguros, transferencia de recursos, entre otros. En Colombia actualmente existen 17 de estas organizaciones no reguladas.⁷

⁵ Las políticas públicas son los actos de las diferentes organizaciones políticas, partícipes en la formulación, elaboración, seguimiento y evaluación de las políticas gubernamentales como solución a los problemas existentes en una sociedad. Otros autores (Garay, 2002; Medina y McKormick, 2002; Roth, 2002; Salazar, 1995, y Thoening y Meny, 1992) las conciben como decisiones estatales destinadas a la solución de problemas de interés colectivo, por medio de la orientación de recursos públicos hacia áreas prioritarias definidas.

⁶ En Colombia es legal que cualquier persona (natural o jurídica) coloque recursos económicos, dicho de otra forma, que preste dinero, siempre que sean recursos propios; véase al respecto Concepto 2007001005-001 del 5 de febrero de 2007, Superintendencia Financiera de Colombia.

⁷ En Colombia existen 17 organizaciones no reguladas dedicadas a efectuar labores de microfinanzas; estas son: 1. Actuar (Bolívar - Cartagena), 2. Actuar (Quindío - Armenia), 3. Actuar Tolima, 4. Contactar Pasto, 5. Corporación Fondo de Empresas Asociativas, 6. Corporación Microempresas de Antioquia, 7. Corporación Mundial de la Mujer - Bogotá, 8.

Actualmente el Estado se encuentra implementando reformas en el sector financiero con el objetivo de remediar los problemas generadores del bajo acceso financiero. A través del documento CONPES No. 3424 de 2006⁸, titulado: “La Banca de las Oportunidades. Una política para acceder al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social”, se ha elaborado una serie de estrategias que tienen como propósito ampliar el mercado y proveer un acceso de crédito y otros servicios financieros en forma real a la población, incluyendo dentro de este proceso a las entidades crediticias, a través de la disminución de los costos de transacción entre estas y el mercado (Delvasto, 2006).⁹

De conformidad con el documento CONPES antes mencionado, los factores que limitan el acceso al crédito desde un punto de vista de oferta y demanda tienen un elemento común, conocido en la literatura económica como costos de transacción.¹⁰ Es importante resaltar que algunos costos de transacción pueden ser ocasionados por la intervención del Estado en el mercado (Cooter, 2004: 91). A manera de ejemplo, ténganse en cuenta los gravámenes a las transacciones financieras, es decir, el cuatro por mil (4x1000). En este caso

Corporación Mundial de la Mujer - Medellín, 9. Fundación Amanecer, 10. Fundación Industrial Cartagena, 11. Fundación Mario Santo Domingo, 12. Fundación Mundial de la Mujer Bucaramanga, 13. Fundación Mundo Mujer - Popayán, 14. Fundación WWB Cali, 15. Microantioquia, 16. Oportunidad OLC-COL y 17. AGAPE. Además de estas existen uniones de crédito como son: COMULDESA, COMULTRASAN, CONFIAR y Cootradepmeta (Navajas, 2006: 25).

⁸ En la elaboración de políticas públicas en Colombia participan dos organismos tecnócratas: el primero de estos es el Departamento Nacional de Planeación, entidad encargada de elaborar, efectuar el seguimiento en la ejecución y evaluar los resultados de las políticas públicas en Colombia. La segunda entidad es el Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante CONPES), el principal organismo asesor del Gobierno nacional en todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

⁹ El Presidente de la República ha reglamentado diversas cuestiones relacionadas con la política de ampliación del acceso al crédito, a través de diversos decretos, entre los cuales vale la pena mencionar el Decreto No. 2084 del 23 de junio de 2006, Decreto 2233 del 7 de julio de 2006, Decreto 3078 del 8 de septiembre de 2006, y Decreto 519 de 2007. Vale anotar que anteriormente a la existencia de la política pública de la banca de las oportunidades ya se habían implementado y efectuado avances a través de políticas públicas de carácter sectorial que ampliaron el acceso al financiamiento en ciertos segmentos del mercado. Téngase como ejemplo la Ley 590 de 2000; antes de esta, las fuentes de financiamiento del sector Pymes eran aún más reducidas que las cifras anteriormente expuestas. Sin embargo, el avance aún no es suficiente.

¹⁰ Hoy en día existe variada literatura económico-jurídica referente a los costos de transacción. Estos se definen generalmente como los costos del intercambio. Vale anotar que el término surge a partir del artículo de Ronald H. Coase titulado “The Problem of Social Cost” (1961), obra traducida al español como “El problema del Costo Social”, de la cual se aduce el famoso Teorema de Coase (Cooter, 2004: 91).

particular se produce un incentivo perverso que afecta directamente las operaciones pasivas y activas de las entidades crediticias¹¹; otra condición legal que, de acuerdo a la literatura económica produce costos de transacción, es la existencia de un tope máximo a las tasas de interés remuneratorio.¹²

Este trabajo tiene como propósito analizar si el tope máximo de la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial ocasiona un costo de transacción y constituye una barrera legal en el mercado colombiano. Ahora bien, en orden a responder a la problemática inicialmente planteada es necesario desarrollar los conceptos insertos en ella. A continuación se expone el régimen jurídico existente sobre el límite de la tasa de interés remuneratoria en Colombia.

2. Régimen de intereses

2.1. Noción de interés

En las operaciones crediticias normalmente existen dos agentes: uno de estos se caracteriza por ser el propietario del recurso económico; el otro agente es un tercero (con respecto a la cosa) que se caracteriza por valorar más ese recurso económico. Al primero se le denomina mutuante o prestamista (A), al segundo mutuario o prestatario (B). El mecanismo de precio es la manera en que se determina quién valora más el recurso económico en el mercado. Dicho en otras palabras, (A) le prestará a (B) el recurso económico solo en la medida en que (B) se encuentre dispuesto a pagar más por usar el recurso de lo que (A) estaría dispuesto a pagar para retenerlo. Este precio se conoce como la tasa de interés.

El padre del liberalismo clásico, Adam Smith, efectúa una descripción prolija con respecto al préstamo de un capital o recurso económico, al igual que a la manera en que se retribuye el mismo. Al respecto dicho autor sostiene¹³:

¹¹ El margen de intermediación en Colombia puede ser afectado hasta en 3.5 puntos por el impuesto a las transacciones financieras y las inversiones forzosas (Galindo, 2006: 29).

¹² Consulte al respecto: Duval (2005), Helms (2004) y Banco de la Reserva Federal de Chicago (2008), entre otros.

¹³ Diversos teóricos económicos además de Adam Smith han efectuado análisis con respecto a la concepción de tasas de interés. A manera de ejemplo, téngase en cuenta a Jesús Huerta de Soto, quien define la tasa de interés como un “precio de mercado de los bienes presentes en función de los bienes futuros”. Añade: “es el precio determinado en un mercado en el que los oferentes o vendedores de bienes presentes son, precisamente los ahorradores, es decir, todos aquellos relativamente más dispuestos a renunciar al consumo inmediato a cambio de obtener un mayor valor de bienes en el futuro” (1999, 226-227).

Casi todos los préstamos con interés se concretan en dinero, sea en billetes, oro o plata. Pero lo que el prestamista en realidad desea, y lo que el prestatario en realidad le facilita, no es el dinero sino lo que el dinero vale, o los bienes que puede adquirir. Si lo desea como fondo para su consumo inmediato, son sólo esos bienes de consumo los que incluye en su fondo. Si lo desea como capital para emplear trabajo, incluye sólo bienes que servirán a los trabajadores como herramientas, materiales y manutención necesarios para llevar a cabo su tarea. Mediante el préstamo el prestamista asigna al prestatario, por así decirlo, el derecho a una cierta porción del producto anual de la tierra y el trabajo del país, para ser empleada como el prestatario desee [...] pero cuando lo que puede obtenerse por el uso de un capital es de otra forma reducido, por así decirlo, desde ambos extremos, el precio que ha de pagarse por su uso, es decir, la tasa de interés, inevitablemente debe disminuir. (Smith, 2001: 449-459; cursiva fuera del texto)

En efecto, se puede concluir que el autor hace referencia a cualquier operación de financiamiento o crediticia efectuada entre dos agentes económicos y define la tasa de interés como el precio que se ha de pagar por el uso del dinero o capital (Smith, 2001: 453). Es evidente que los recursos económicos generalmente se representan en un valor. El objeto de valor comúnmente más aceptado es el dinero. Sin embargo, cualquier objeto corporal o incorporeal puede constituir un valor y por ende ser aceptado como medio de pago de obligaciones, constituirse en garantía o colateral y a su vez, en caso de ser fungible, ser susceptible de préstamo y, así, usado en una operación crediticia o financiera. A manera de ejemplo obsérvese el caso de cigarrillos utilizados como moneda durante la Segunda Guerra Mundial en los campos de prisioneros de guerra (Radford, 1945: 194-195).

Usualmente el mecanismo jurídico más conocido en una operación de financiamiento es el “contrato de mutuo o préstamo de consumo”¹⁴. Sobre el particular, debe aclararse que existen dos regímenes jurídicos con respecto al mutuo, estos son el civil y comercial, así que dependiendo del caso particular debe observarse la regulación pertinente.¹⁵ No obstante, a medida que los

¹⁴ El profesor Néstor Humberto Martínez Neira (2003: 370) sostiene que contrato “es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, del cual se derivan varios créditos y varias obligaciones en forma correlativa, que se entienden formando parte de un todo y que constituyen una unidad”.

¹⁵ De acuerdo al art. 2221 del Código Civil de Colombia: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta el art. 1163 del Código de Comercio, que sostiene: “Salvo pacto expreso en contrario, el mutuuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo. Salvo reserva expresa, el documento de recibo de los

mercados y la sociedad evolucionan, las operaciones de financiamiento se estructuran de manera más sofisticada, adoptando vehículos jurídicos más estructurados y especializados en disminución de riesgos y costos.¹⁶

Dependiendo de la perspectiva asumida, los intereses se pueden clasificar según los siguientes criterios (Cubides, 1999: 124): a) “De acuerdo a su origen, los intereses pueden ser: corrientes, legales o convencionales”; b) “según la época del crédito a la cual se refieren, son: remuneratorios o de plazo y los moratorios o vencidos”; c) “según la capacidad de producir nuevos intereses, de su reinversión o capitalización, se pueden distinguir los intereses simples o compuestos”; d) según su cálculo o medida, los intereses pueden ser nominales, efectivos o reales”, y e) “según la época de su pago, los intereses pueden ser vencidos o anticipados”. En lo que respecta a este trabajo sólo se hará alusión a la forma de constitución, es decir: convencionales, corrientes o legales; y de acuerdo a si corresponden a título de lucro o indemnización.

2.2. Interés remuneratorio en la legislación de Colombia

La legislación civil y comercial no define el término “interés”, y al hacer uso del mismo denota generalmente valor, provecho, utilidad, ganancia o lucro producido por un recurso económico e indemnización tratándose de obligaciones de dinero.¹⁷ Esto significa que dicha palabra debe ser entendida

intereses correspondientes a un período de pago hará presumir que se han pagado los anteriores”.

¹⁶ Un ejemplo de esta cuestión se aprecia con el desarrollo de operaciones de liquidez, como es el caso de los reporto o repo y las simultáneas. De acuerdo con el art. 1 del 4708 de 2005, “las operaciones de reporto o repo y las operaciones simultáneas son operaciones en las que una parte (el ‘Enajenante’), transfiere la propiedad a la otra (el ‘Adquirente’) sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el ‘Precio Inicial’) y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero (‘Precio Final’) en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada”.

¹⁷ Tanto en el régimen civil como en el comercial se utiliza el concepto de “interés” como el “lucro producido por un recurso económico e indemnización tratándose de obligaciones de dinero”. El Código Civil de Colombia lo utiliza así en los siguientes artículos: 301, 423, 499, 513, 495, 572, 717, 739, 836, 856, 1185, 1425, 1426, 1429, 1452, 1480, 1554, 1601, 1617, 1649, 1653, 1658, 1669, 1701, 1746, 1781, 1792, 1796, 1948, 1971, 2182, 2171, 2171, 2182, 2184, 2227, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2318, 2326, 2373, 2395, 2421, 2427, 2465, 2466, 2492, 2511 y 2514. En idéntico sentido el Código de Comercio de Colombia utiliza este término en los siguientes artículos: 20.3, 125, 129, 149, 244, 672, 754, 756, 762, 782, 783, 884, 885, 886, 942, 946, 962, 966, 1080, 1156, 1163, 1167, 1168, 1184, 1209, 1251, 1252, 1268, 1271, 1301, 1302, 1402, 1451, 1519, 1557, 1571 y 1909.

en cada caso particular “en su sentido natural y obvio”¹⁸. En concordancia con lo expuesto, debe tenerse en cuenta la definición de “interés” del Diccionario de la Real Academia Española, es decir, “lucro producido por el capital”, al igual que el art. 717 del C.C., que determina: “los intereses de capitales exigibles” son “frutos civiles”¹⁹.

No obstante, tratándose de operaciones crediticias o de financiamiento, debe observarse el art. 68 de la Ley 45 de 1990, que define el interés de la siguiente manera:

Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento.

Existen otras reglamentaciones administrativas, es decir, decretos, resoluciones y circulares, que han definido este término. A manera de ejemplo téngase en cuenta el art. 1 de la resolución número 41280 del 23 de diciembre de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC); en el mismo sentido, téngase en cuenta el capítulo primero, título segundo, punto primero, literal f, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (Resolución 007 de 1996).²⁰

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-955 de 2000, concibe el interés como una suma compuesta por: 1. indemnización del

¹⁸ Art. 28 del Código Civil de Colombia (en adelante C.C.).

¹⁹ El art. 717 del C.C. sostiene: “Se llaman frutos civiles [...] los intereses de capitales exigibles [...]”.

²⁰ El art. 1 de la Resolución número 41280 de la SIC sostiene: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 717 del código civil, el interés corresponde a la renta que se paga por el uso del capital durante un periodo determinado. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la ley 45 de 1990, se reputarán también como intereses, las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. En esa medida, los seguros contratados que protejan el patrimonio de los deudores o de sus beneficiarios no se reputan como intereses. También se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito, tales como costos de administración, estudio del crédito, papelería, cuotas de afiliación, etc. Los cobros correspondientes a IVA, bien sea que se deriven del cobro de intereses o de seguros contratados, no se reputan como intereses”.

acreedor por depreciación de la moneda, 2. costos operativos de la actividad y 3. el lucro en la operación respectiva.

Es evidente que el concepto de interés en una operación crediticia en el mercado colombiano se refiere al lucro o retribución que produce el capital, sin que importe el vehículo jurídico a través del cual el deudor se obligue a cancelar el beneficio al acreedor.²¹

La doctrina nacional, por su parte, concibe casi unánimemente el interés remuneratorio como el interés del plazo. Algunos doctrinantes nacionales más próximos a las realidades económicas definen el interés remuneratorio como el precio del dinero percibido durante la vigencia del contrato. Otros lo conciben como el costo de oportunidad del capital o recurso económico.²² Entre los anteriores, vale la pena resaltar el concepto de interés de Sergio Rodríguez Azuero (2000: 484), quien sostiene: “la tasa de interés puede concebirse respecto a dos momentos en la vida del contrato, o mejor, del cumplimiento de las obligaciones derivadas. Una es la que se cobra durante la vigencia del contrato que corresponde al precio del dinero o, si se quiere, a la remuneración por el sacrificio que hace el acreedor al privarse durante un cierto tiempo de la disponibilidad de los recursos”²³.

2.3. Límite a la tasa de interés remuneratoria

2.3.1. Anotación histórica

El referente histórico más común de la existencia de un límite a la tasa de interés se encuentra en el art. 71 del Código de Hammurabi²³, en éste se establece la pérdida de capital e intereses en caso de violar el tope legal establecido a la retribución por el dinero; la anterior situación se conoce con el nombre de usura (Gelpi, 1999: 29-79). En lo que respecta a Grecia y Roma, las operaciones crediticias eran permitidas, es decir, se concebía el capital como un recurso económico que tenía un precio determinado por oferta y demanda (Temin, 2001; Tan, 2007). En la Grecia Clásica no existía un límite a la tasa de interés. Sin embargo, filósofos como Platón y Aristóteles condenaron la existencia de una remuneración por el uso de dinero, basándose, claro está, en meros juicios de valor (Gelpi, 1999: 40-41). En

²¹ Existe una excepción a esta cuestión consagrada en el art. 32 de la Ley 590 de 2000, la cual será tratada posteriormente en el presente documento.

²² En este sentido consúltese: Martínez (2003: 488), Narváez (2002: 162), Suescún (2003), Cubides (1999: 124) y Arrubla (2004: 143).

²³ Existen otros antecedentes históricos más antiguos en Mesopotamia con respecto a límites impuestos a la tasa de interés; véase al respecto Nardoni (1993-1994).

Roma las XII tablas establecían un límite de una doceava parte, al sostener en su tabla VIII: “Está sancionado [...] que alguien cobre más de una [...] doceava parte [...] de interés” (Domingo, 2002: 31). Algunos autores dan por entendido que esta doceava parte equivale a 12% anual de la tasa de interés²⁴. Posteriormente el Código de Justiniano estableció tres límites de interés. Tratándose de personas ordinarias y comerciantes o banqueros, estos tuvieron un tope de 6% y 8%, respectivamente; en el caso de proyectos marítimos o de víveres se estipuló un 12% (Gelpi, 1999: 40-41).

La implementación de los anteriores límites a la tasa de interés se produjo como solución a tensiones económicas y sociales que confluyeron en una concentración y exceso de poder, al punto que concepciones ideológicas y morales determinarían la abolición por completo de interés alguno, asimilando incluso el cobro de interés con el concepto de usura (Mora, 2004). Un claro ejemplo de esta cuestión se encuentra en un pasaje del texto el *Mercader de Venecia*, en donde Shylock (un judío rico), en una escena con Bassanio (pretendiente de Porcia) y Antonio (el mercader de Venecia), sostiene para sí mismo:

¡Qué traza vil de publicano tiene! Le odio porque es cristiano, y le aborrezco aun más por su humildad, por la simpleza con que hace alarde de prestar dinero sin interés, logrando de esa suerte abaratar el tipo de la usura aquí en Venecia. Si una vez consigo cogerle en un descuido, haré que pruebe todo el rencor del odio que me inspira. Sé que aborrece a nuestro pueblo santo, y en los parajes donde más afluyen los mercaderes, de baldón me colma, a mí, mis tratos y mi honesto lucro, que él llama usura vil. Maldita sea la tribu en que nací, si le perdono. (Acto I, escena III)

Conforme a este pasaje, Shylock es un banquero o prestamista que está viendo afectado su negocio por la conducta de otros agentes (cristianos), que no actúan buscando un resultado económico (lucro o beneficio), sino meramente servir a su comunidad de acuerdo a unos postulados morales y culturales, como lo ha efectuado Antonio (el mercader de Venecia) al prestar recursos, lo que ha ocasionado competencia en el mercado. Por consiguiente, el precio del dinero (usura) ha disminuido en el mercado veneciano.

La anterior situación nos enseña dos visiones ideológicas con respecto a un mismo punto. Una de ellas, utilitarista, que considera el capital como un bien. La segunda es la visión de una persona que actúa en sociedad obedeciendo

²⁴ Algunos doctrinantes argumentan que el límite a la tasa de interés en Roma se establece en el año 357 A.C. con la “Lex Duilia Menemia de unciario fenore”; véase al respecto Mora (2004: 8).

postulados cristianos, en especial aquellos que se acentuaron en el medioevo con doctrinas, como la de San Basilio, que consideraban el cobro de intereses como una conducta vil y ruin, lo cual en su contexto quizás fuese razonable, alcanzando estas su mayor radicalismo en los concilios de Lyon y Viena (1274 y 1312, respectivamente) (Gelpi, 1999: 29 -79).

No obstante, al igual que ocurrió en el medioevo, el financiamiento es un medio para satisfacer necesidades del ser humano y eso lo hace una realidad. La Iglesia comprendió esta situación, y con gran sentido común creó organizaciones dedicadas a prestar recursos económicos a personas que padecían abusos y se encontraban excluidas del mercado crediticio. A estas organizaciones se les conoce como montes de piedad. El primer monte de piedad surge en la ciudad de Perugia en Italia en el año de 1462; posteriormente se expanden por Europa y el mundo (Mora, 2004). Inicialmente los montes de piedad no cobraban ningún interés por la operación; sin embargo, en el año 1515 el papa León X autorizó a los montes de piedad a cobrar un interés para cubrir el costo de la operación (Helms, 2006: 3).

2.3.2. Autonomía de la voluntad de las partes, normas imperativas y supletivas

Las relaciones de las personas se rigen generalmente bajo dos fueros: el primero es un fuero donde las partes autogobiernan sus relaciones en atención a sus intereses y expectativas y de aquí se desprende el principio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, lo que las partes establezcan en virtud de este fuero adopta carácter legal por disposición del art. 1602 del C.C.²⁵ El segundo fuero le concierne al interés público y se encuentra regulado y determinado por el Estado a través de normatividad de obligatorio e ineludible cumplimiento, en donde la libertad contractual no tiene cabida, debido a la existencia de un interés público, o porque existe una parte contractual con un poder o posición dominante; la normatividad que regula el fuero circunscrito al interés público se conoce como de carácter imperativo. Aparte de lo anterior, existe normatividad que es llamada a regular determinada circunstancia en ausencia de una voluntad contractual. Dicho con otras palabras, hay preceptos que tienen como propósito remediar la falta de acuerdo entre las partes; estas normas son conocidas como supletivas.

²⁵ El art. 1602 establece: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La legislación comercial en Colombia no presume la existencia de intereses remuneratorios en la totalidad de negocios mercantiles. En efecto, solamente en algunos negocios se ha establecido la existencia de intereses remuneratorios por expresa voluntad del legislador; en los demás negocios mercantiles debe pactarse expresamente por las partes durante el plazo de cualquier obligación dineraria (Martínez, 2003: 370; Suescún, 2003: 501-503). Esto significa que los particulares pueden regular los intereses que se presenten, claro está, sujetándose a los límites legales. En ausencia de un acuerdo de voluntades, y dependiendo de la obligación mercantil, las partes podrán sujetarse a la tasa de interés legal, es decir, aquella establecida como normatividad supletiva (Martínez, 2003: 487). Un ejemplo de esta cuestión se presenta en el mutuo mercantil de dinero con el interés bancario corriente (art. 1163 del Código de Comercio).

Sobre el particular vale anotar que la legislación mercantil determina, en el art. 884, modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999: “cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente [...]”.²⁶ De conformidad con el análisis económico del derecho, la anterior norma constituye un ejemplo de aplicación del “Teorema Normativo de Coase” o “*Normative Coase Theorem*”. Para esta teoría, el papel de intervención del Estado en la economía busca disminuir los costos de transacción existentes en

²⁶ De acuerdo al art. 326 (numeral 6°, literal, c, modificado por el art. 83 de la Ley 795 de 2003) del Decreto 633 de 1993, la Superintendencia Financiera de Colombia debe “certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general”. En este sentido, hay que tener en cuenta el Decreto 519 de 2007, que modificó las modalidades de crédito existentes en Colombia para el cálculo del interés en dos modalidades: 1. “Microcrédito: es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con microempresas, cuyo monto máximo por operación es de de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que, en ningún tiempo, el saldo del deudor con el mismo acreedor supere dicha cuantía. Por microempresa se entiende toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, cuya planta de personal no supere los diez (10) trabajadores o sus activos totales, excluida la vivienda, sean inferiores a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Y 2. “Crédito de consumo y ordinario: a) el crédito de consumo es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales para financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios para fines no comerciales o empresariales, incluyendo las efectuadas por medio de sistemas de tarjetas de crédito, en ambos casos, independientemente de su monto; b) el crédito ordinario es el constituido por las operaciones activas de crédito realizadas con personas naturales o jurídicas para el desarrollo de cualquier actividad económica y que no esté definido expresamente en ninguna de las modalidades señaladas en este artículo, con excepción del crédito de vivienda a que se refiere la Ley 546 de 1999”.

el mercado, con el fin de que los particulares logren acuerdos privados en donde se efectúe un traspaso de recursos de forma eficiente (Cooter, 2003: 95).

2.3.3. Límite a la tasa de interés remuneratoria en la legislación mercantil de Colombia

En Colombia existen cuatro principales tesis jurídicas que soportan la existencia de límites a la tasa de interés remuneratoria. A continuación se expondrán estas.

La primera tesis es presentada por el profesor Néstor Humberto Martínez Neira, al sostener que la principal institución mercantil nada establece con respecto a la existencia de un límite a la tasa de interés remuneratorio. No obstante esta situación, como lo afirma Martínez Neira, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia concluyó en sentencia del 29 de mayo de 1981 (impresa en la Gaceta Judicial No. 2407 de 1981) que, si existe un límite al interés de mora, bajo esa misma óptica debe existir un límite en el remuneratorio o corriente (Martínez, 2003: 488).

La Corte Suprema de Justicia en su momento se cuestionó: “¿podría sostenerse que no existe un límite legal para pactar intereses remuneratorios?” Su respuesta fue: “No, porque si expresamente la ley ha dicho que los intereses de mora, en ningún caso pueden exceder del doble de los intereses corrientes bancarios, sería absurdo que, por haber guardado la ley silencio sobre el punto, pudiera sostenerse que las partes tienen plena libertad para fijar la tasa de los intereses del plazo, es decir, que no existe un monto máximo legal o que no hay tope”.

La Corte continúa:

Si los intereses moratorios, fuera de la retribución por el uso del dinero prestado y por los riesgos de pérdida, comportan indemnización de perjuicios, entonces los intereses del plazo, que necesariamente se causan antes de que el deudor esté en mora de cumplir su obligación, no pueden fijarse por encima del tope que la propia ley ha señalado a los moratorios. Como las normas legales no pueden interpretarse de tal manera que su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que, en el sistema de derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo, una que exceda del doble del interés corrientes bancario. Pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite deben ser fijados por el juez al doble del interés bancario corriente.

La segunda tesis tiene como fundamento un concepto proferido por la Superintendencia Bancaria en 1972 (Arrubla, 2004: 142-143). Este documento sostiene que el art. 884 del Código de Comercio no establece límite alguno a la tasa de interés remuneratorio, es decir, la legislación mercantil tiene un vacío en cuanto al límite de interés de plazo y, como solución al anterior vacío, recurre la Superintendencia a la interpretación analógica del art. 2231 del régimen civil²⁷, fundamentándose en el art. 8° de la Ley 153 de 1887.²⁸

Los principales representantes de esta tesis son Fernando Hinestrosa (2003: 182-183) y Jorge Suescún Melo (2003: 525). Al respecto, afirma Suescún:²⁹

el vacío del Código de Comercio en este punto simplemente demuestra que dicho código no trata de manera integral el régimen de tasas de interés, que no es autosuficiente en esta materia y, por ende, como en muchos otros aspectos, debe acudir a la legislación supletiva, esto es, al Código Civil, por expreso mandato de los artículos 2° y 822 del Código de Comercio. Estas normas preceptúan que en las cuestiones mercantiles que no pudieren regularse por las disposiciones de la ley comercial se aplicarán las disposiciones de la legislación civil (art. 2°), y esta es precisamente en la hipótesis que nos encontramos, como quedó visto. El artículo 822 también nos remite al Código Civil para la regulación de diversos aspectos relacionados con los contratos y las obligaciones, entre ellos, el de sus efectos jurídicos [...].

Ahora bien, el Código Civil sí contiene un límite expreso para los pactos sobre interés remuneratorio, establecido en el artículo 2231, el cual, si bien se encuentra dentro de las normas de mutuo, debe ser observado en operaciones comerciales [...].

La tercera tesis es la más acogida por la doctrina colombiana, al igual que por la jurisprudencia nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio. Incluso, actualmente es adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia³⁰, entre otras agencias gubernamentales.³¹ Esta tesis da como un

²⁷ El art. 2231 del C.C. sostiene: “El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor”.

²⁸ En el mismo sentido debe observarse la Circular No. OJ-078 de octubre 3 de 1984 de la Superintendencia Bancaria (Suescún, 2003: 525).

²⁹ Existen conceptos de diversas entidades gubernamentales que adoptan esta tesis; téngase en cuenta el Concepto 00037484 del 8 de junio de 2000 de la SIC.

³⁰ Las Superintendencias Bancaria y de Valores se fusionaron a partir del Decreto 4327 de 2005.

³¹ Algunas otras fuentes que acogen esta tesis son: 1. Arrubla (2004: 143); 2. Sergio Rodríguez Azuero (2000: 485), quien afirma al respecto: “La importancia de la limitación legal consiste en

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

Con respecto a estas tesis, algunos doctrinantes, como Arrubla (2004: 148), argumentan que la anterior norma es “diáfana y clara” cuando se refiere a “[...] cualquiera de estos montos [...]”, argumentando que la ley está haciendo mención a los dos intereses anteriormente descritos en la norma. Este doctrinante señala que no es procedente mencionar un vacío legislativo en esta disposición, sino simplemente una deficiente redacción normativa.

Existe una cuarta tesis que fue expuesta por José María Esguerra Samper en el salvamento de voto de la Sentencia del 29 de mayo de 1981 (impresa en la Gaceta Judicial No. 2407 de 1981). Esta tesis no ha sido adoptada comúnmente por la doctrina o jurisprudencia en Colombia, con excepciones como una sentencia de la Corte Constitucional y un texto de Guillermo Ospina Fernández (2005: 292-293), en donde se presentan las mismas ideas.³² Los argumentos expuestos por Esguerra Samper en su salvamento de voto son los siguientes:

que no es posible estipular tasas para el plazo o la mora superiores a aquellas establecidas por la ley”, y 3. Narváez (2002: 164). Existen sentencias, resoluciones, al igual que conceptos de diferentes superintendencias que adoptan esta tesis; ténganse en cuenta: 1. La Resolución No. 22905 de 21 de agosto de 2003 de la SIC; esta determina la existencia de un límite legal para el cobro de intereses en asuntos concernientes a la vigilancia y control de dicha entidad. Al respecto sostuvo: “de conformidad con lo establecido por los artículos 884 del código de comercio, 2231 del código civil, y el artículo 305 del código penal, el límite máximo legal para el cobro de intereses tanto remuneratorios como moratorios corresponde a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que en el futuro modifiquen o adicionen las antes mencionadas”. 2. Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia. 3. Sentencia C-991/06 de la Corte Constitucional.

³² Guillermo Ospina Fernández (2005: 292) sostiene al respecto: “La nueva norma es de una claridad meridiana: en los negocios mercantiles, so pena de incurrir en las drásticas sanciones que la misma norma establece, no es lícito pactar intereses remuneratorios que sobrepasen el interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria [debe entenderse Superintendencia Financiera de Colombia] [...]. Así, en materia comercial, por ejemplo, si el interés corriente es del 19.80% efectivo anual (res. 155 de 2004 de la Superintendencia Bancaria), el convencional remuneratorio no puede ser superior a dicho 19.80% efectivo anual [...]”.

El precepto legal de que se trata sólo menciona expresamente dos tipos de interés: el bancario corriente durante el plazo y el doble del mismo durante la mora. Para que esos montos puedan ser excedidos se requiere obviamente que las partes hayan señalado convencionalmente una tasa diferente. La posibilidad de sobrepasar tales montos a que se refiere el artículo sólo puede comprender los que las partes hayan convenido ora para el plazo ya para la mora. [...]

Estimo, pues, que las partes que celebran un contrato de mutuo mercantil en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, pueden fijar los intereses remuneratorios y moratorios que a bien tengan, sobre la base que no sobrepasen los montos a que se refiere el artículo que se comenta: hasta el bancario corriente, es decir como remuneratorio, y hasta el doble del mismo en calidad de moratorio. Ese tope máximo que fija la ley, so pena de perder todos los intereses, se inspira en un principio jurídico diferente, cual es, el de que el legislador en ciertos casos, con el propósito de impedir que se rompa el razonable equilibrio que en justicia debe mediar entre las prestaciones económicas que como consecuencia de determinado acto jurídico pueden surgir para las partes que lo celebran, pone un límite a la autonomía de la voluntad.

La anterior tesis fue replicada por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-364 de 2000, sin hacer referencia al salvamento de voto anteriormente expuesto, al efectuar un paralelo entre el régimen de interés civil y comercial.³³

Pues bien, sin entrar a cuestionar cuál de las cuatro tesis es correcta o incorrecta, lo cierto es que en Colombia existe un límite a la tasa de interés

³³ Sostiene la sentencia en cuestión: “desde el punto de vista específico del régimen de intereses que fija uno y otro estatuto, es claro que en lo concerniente a los *intereses convencionales*, la expresión de voluntad debe respetar los toques máximos que el legislador señala como protección de los abusos, en ambas legislaciones. Así, en relación con i) los *intereses remuneratorios convencionales*, el código civil permite acordar libremente entre las partes la cuantía del interés, circunscribiéndose a señalar como límite de tal autodeterminación, que no se pueda superar en una mitad el interés corriente (el que se cobra en una plaza determinada), vigente al momento del convenio, so pena de perder el exceso, mediante solicitud al juez de reducirlo (art. 2230). En el Código de Comercio se permite a las partes establecer intereses remuneratorios convencionales a su arbitrio, siempre y cuando no excedan del interés bancario corriente certificado por la Superbancaria, so pena de perder la totalidad de los intereses cuando se presente el exceso (art. 884). ii) Respecto de los *intereses moratorios convencionales*, el Código Civil fija el mismo criterio que se señaló en el caso de los intereses remuneratorios y su regulación, por cuanto el Código Civil hace alusión a los intereses convencionales, sin discriminar si son remuneratorios o compensatorios. Por su parte, el tope máximo al cual circunscribe la legislación comercial la voluntad de las partes para fijarlos, es de una y media veces el interés bancario corriente, con idéntica sanción de pérdida de la totalidad de los intereses en caso de exceso”.

remuneratoria. Antes de la expedición de la Ley 510 de 1999, sí eran relevantes las discusiones en torno a las tres primeras tesis descritas anteriormente. Sin embargo, a partir de la vigencia de la citada norma el efecto de las tres tesis iniciales es exactamente el mismo, es decir, todas conciben que los intereses remuneratorios tienen un límite que consiste en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente. La cuarta tesis sostiene como límite a la tasa de interés remuneratoria el solo interés bancario corriente, de acuerdo a la interpretación dada al art. 884 del Código de Comercio. Vale recordar que la misma ha sido poco adoptada doctrinaria y jurisprudencialmente, incluso algunos autores como Fernando Silva García la han criticado (2005: 479)³⁴. Por ende, el análisis en el presente documento se limitará a la tercera tesis expuesta, no obstante que en algunos puntos se hará referencia a la cuarta tesis presentada.

Es conveniente anotar que en situaciones excepcionales existe una potestad legal de intervención por parte de la Junta Directiva del Banco Central de Colombia en las tasas de captación o colocación de recursos de entidades crediticias³⁵, de acuerdo a lo establecido en el art. 16 de la Ley 31 de 1992, en concordancia con el art. 372 de la Constitución Nacional.³⁶

2.3.4. Límite a la tasa de interés remuneratoria en las obligaciones hipotecarias de Colombia

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-955 de 2000, determinó que la Junta Directiva del Banco Central de Colombia, siendo la

³⁴ Fernando Silva García (2005: 480) sostiene que la tasa de interés bancario es una tasa de mercado y por lo mismo no puede considerarse un límite a la tasa de interés remuneratoria, puesto que una interpretación del art. 884 del Código de Comercio en este sentido implicaría que los “bancos” no pudiesen “volver a colocar por encima del nivel inicial, ya que ello supondría que los bancos prestaran a una tasa superior, lo cual no sería factible sin infringir el límite, con lo cual la tasa de interés bancario tendería a desaparecer [...]”.

³⁵ El Estado es el llamado a preservar el sistema financiero ante situaciones excepcionales, como es el caso de crisis sistémicas que pueden destruir el sistema de pagos del mercado. Con el propósito de evitar esta situación, se debe garantizar la confianza del público en el sistema y el ahorro de los depositantes. Una de las maneras de intervención del Estado es a través de política monetaria. El poder congelar o establecer tasas determinadas constituye un tipo de política monetaria de choque en una situación excepcional.

³⁶ El art. 16 de la Ley 31 de 1992 determina como facultad de la Junta Directiva del banco central “el señalar [...] *las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas*, sin inducir tasas reales negativas. Las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera continuarán sujetas a las determinaciones de la Junta Directiva. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como la clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación” (cursiva fuera del texto).

autoridad monetaria y crediticia, fijase la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por parte de las entidades crediticias a los consumidores del mercado de vivienda en Colombia, como en el caso de un crédito hipotecario, o de un leasing habitacional³⁷, determinando que la tasa por este concepto debe ser siempre la más baja de todas las tasas reales que cobre el sistema financiero, descontando en todo caso la inflación de la misma.³⁸

3. Límite a la tasa de interés, costo de transacción, barrera legal

Una vez explicados los anteriores conceptos se desarrollará la problemática inicialmente planteada, es decir, si el límite a la tasa de interés remuneratoria en el régimen comercial de Colombia constituye un costo de transacción y una barrera legal.

En Colombia los intereses remuneratorios tienen un límite que consiste en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente. Este último se obtiene a partir de la información financiera y contable de las operaciones de colocación de recursos que efectúan las entidades crediticias, tomando como referencia para determinar el mismo dos modalidades de crédito, que son: 1. Microcrédito y 2. Consumo y Ordinario (Decreto 519 de 2007).³⁹ El límite a la tasa de interés remuneratoria se fundamenta en una tasa de interés de referencia (interés bancario corriente), cuyo cálculo parte de varios supuestos de mercado, que a continuación se analizarán.

³⁷ Sentencia C-936 de la Corte Constitucional de Colombia.

³⁸ Los límites determinados en la anterior sentencia, si bien se encuentran dentro del tema estudiado, escapan al análisis propuesto en el presente trabajo, debido a la manera en que se presenta este tipo de intervención del Estado en la economía, particularmente de la Corte Constitucional. No obstante, con respecto a la sentencia debe destacarse el salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, al sostener: “La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al Legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias a la Junta Directiva del Banco de la República, solo la puede hacer el Legislador, no la Corte Constitucional, mediante sentencia. En el mismo sentido, las funciones de la Superintendencia Bancaria, escapan a la potestad ordenadora de la Corte Constitucional [...]”.

³⁹ El art. 326, numeral 6°, literal c, del Decreto 633 de 1993, modificado por el art. 83 de la Ley 795 de 2003, sostiene: “Certificar las tasas de interés bancario corriente correspondientes a las distintas modalidades de crédito que determine el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general. Esta función se cumplirá con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos de crédito, analizando la tasa de las operaciones activas mediante técnicas adecuadas de ponderación, y se cumplirá con la periodicidad que recomiende la Junta Directiva del Banco de la República”.

3.1. Existencia de información completa

El legislador, en el art. 884 (modificado a su vez por el art. 111 de la Ley 510 de 1999) y en el art. 83 de la Ley 795 de 2003, parte de un supuesto de mercado de información completa entre la organización gubernamental (Superintendencia Financiera de Colombia) encargada de certificar la tasa de interés que utilizan las entidades crediticias existentes en el mercado colombiano en sus operaciones con los consumidores.⁴⁰

No obstante lo anterior, las tesis jurídicas que determinan la existencia de un límite a la tasa de interés, consistente en una y media (1.5) veces el interés bancario corriente —o la cuarta tesis que considera que el límite a la tasa de interés remuneratoria es el interés bancario corriente—, no tienen en cuenta que existe una asimetría de información en el cálculo del interés bancario corriente, ya que en la ponderación de este no se incluye la información de tasas de colocación de agentes que otorgan créditos diferentes a las entidades crediticias. Sobre el particular, hay que tener en cuenta que en Colombia es permitido que cualquier agente económico coloque recursos crediticios en el mercado, es decir, que preste dinero siempre y cuando sean recursos propios.⁴¹ Este es el caso de las organizaciones dedicadas a labores de microfinanzas no reguladas⁴² —particularmente las entidades de Microcrédito—, o el caso de las operaciones de financiamiento, como el de las ventas a plazo.⁴³

⁴⁰ En el presente documento se entiende por entidades crediticias a los establecimientos de crédito. De acuerdo al Decreto 663 de 1993, estos son: bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras, y tienen como función principal ser intermediarios de recursos captados a través de operaciones pasivas, a la vista o a término, para posteriormente efectuar operaciones activas de crédito, sea a través de préstamos, anticipos, o cualquier otra operación de colocación.

⁴¹ El fundamento de esta cuestión es el art. 335 de la Constitución Nacional. Sin embargo, puede consultarse en este sentido el Concepto 2007001005-001 del 5 de febrero de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁴² De acuerdo a Sergio Navajas y Luis Tejerina, en Colombia existen 26 organizaciones dedicadas a labores de microfinanzas (esta cifra incluye las Uniones de Crédito), con un portafolio total de US\$330.188.840, y un total de 625,056 personas como deudores. De las anteriores organizaciones 17 no son reguladas, como ya fue mencionado antes (Navajas, 2006: Anexo A).

⁴³ De acuerdo a la Circular Única, Título dos, Capítulo tercero, de la SIC, se presenta un límite para el cobro de intereses remuneratorios en la adquisición de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación: de “conformidad con lo establecido por los artículos 884 del Código de Comercio, 2231 del Código Civil, y el artículo 305 del Código Penal, el límite máximo legal para el cobro de intereses tanto remuneratorios como moratorios corresponde a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que en el futuro modifiquen o adicione las antes

En conclusión, existe información que no se tiene en cuenta al calcular la tasa de interés bancaria corriente, punto de referencia para determinar el límite a la tasa de interés remuneratoria. A pesar de esta circunstancia, todas las operaciones crediticias en el mercado de Colombia tienen un techo que se fundamenta en información tomada solo en las entidades crediticias.

3.2. Abuso de posición dominante o de poder de mercado

La tercera tesis jurídica expuesta en el presente documento, según la cual el art. 884 del Código de Comercio establece un límite a la tasa de interés en Colombia, parte de la base de que se presenta un abuso de posición dominante del mutuante o prestamista con respecto al mutuario o prestatario⁴⁴, en el evento en que el primero establezca un interés remuneratorio superior a una y media veces (1.5) el interés bancario corriente. La cuarta tesis supone que el abuso en cuestión se presentará en caso de sobrepasarse el interés bancario corriente. La consecuencia jurídica, una vez presentada la anterior situación, será la aplicación de una sanción per se, consistente en la pérdida de todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, además de la sanción penal pertinente. Esto ocurre sin perjuicio de lo establecido en el art. 72 de la Ley 45 de 1990, como sostiene el art. 884 del Código de Comercio.

Hecha la precisión anterior, surgen los siguientes cuestionamientos: ¿existe posición dominante del mutuante o prestamista? Y también, ¿por qué la normatividad establece la presunción de posición dominante?

Ahora bien, en Colombia la posición dominante de un agente económico se presenta cuando este tiene “la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”⁴⁵. De acuerdo a Jairo Rubio Escobar (2007: 41), un agente económico tiene posición dominante cuando tiene “la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado y de actuar en él con independencia de los demás competidores y de los consumidores”. Estas definiciones toleran la posibilidad de que la posición dominante se presente tanto en vendedores como en consumidores. Sin embargo, en el caso del art. 884 del Código de Comercio, la norma concibe la existencia de

mencionadas” (Resolución N° 22905 del 21 de agosto de 2003, publicada en el Diario Oficial 45.292 de 27 de agosto de 2003).

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta que la posición dominante en Colombia no es considerada ilegal; en cambio, lo que sí se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico colombiano es el abuso de la posición dominante (art. 333 de la Constitución Nacional).

⁴⁵ Art. 45 del Decreto 2153 de 1992.

posición dominante solo en el caso en que se determine una tasa de interés remuneratoria superior a una y media veces el interés bancario corriente, por parte del prestamista o mutuante, tratándose de las tres primeras tesis jurídicas expuestas. En el caso de la cuarta tesis la existencia de posición dominante se presentará al pactar un interés remuneratorio superior al interés bancario corriente.

Existen diversas maneras de determinar si un agente económico tiene o no posición dominante (Posner, 2000: 260-261). Un productor se encontrará en una situación competitiva si su producción se ubica hasta obtener un equilibrio en donde el ingreso marginal se iguale al costo marginal (Sullivan, 2000: 59). Existe un método conocido como el “Índice de Lerner” que determina si un agente tiene posición dominante a través de un estudio que mide la diferencia entre el precio de venta y el costo marginal del productor ($L=P/CM$). Los resultados, entre más altos sean, denotarán la existencia de un poder de mercado; en cambio, si estos tienden a cero, entonces no existirá poder de mercado. Lo dificultoso de utilizar este método es la obtención o cálculo del costo marginal, al punto de que se usan métodos alternativos para el cálculo del poder de mercado (Sullivan, 2000: 60).

Un método alternativo, de hecho utilizado por la SIC al efectuar estudios de abuso de posición dominante en Colombia⁴⁶, es el de determinar si existe posición dominante con respecto a un espacio definido de mercado. Este método se fundamenta en el hecho de establecer la participación del agente económico en el mercado y, con el propósito de establecer esta cuestión, se debe definir el mercado relevante. Este se compone del mercado por tipo o producto y el geográfico.⁴⁷ El mercado por tipo o producto se determina de acuerdo a la posibilidad de sustitución de una fuente de financiamiento por otra.⁴⁸ La Superintendencia Financiera de Colombia actualmente ha identificado en el mercado crediticio de Colombia los siguientes mercados producto: 1. “créditos comerciales”, 2. “créditos de vivienda”, 3. “microcréditos”, 4. “inversiones en títulos de deuda pública”, 5. “depósitos en cuentas de ahorros”, 6. “depósitos en cuentas corrientes”, 7. “certificados de depósito a término”, 8. “créditos de otras instituciones de crédito” y “títulos

⁴⁶ Oficio 94039809 de 6 de septiembre de 1994 de la SIC.

⁴⁷ Resolución No. 04285 del 11 de febrero de 2002; 588 de 16 de enero de 2003 de la SIC.

⁴⁸ De acuerdo a la Resolución 785 de 2007 de la SIC, el mercado producto “comprende todos aquellos bienes y/o servicios en los cuales las intervinientes en la operación compiten, e incluye aquellos productos considerados como sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor en caso de presentarse un aumento pequeño pero significativo en el precio, una disminución en la calidad del producto o cualquier otra alteración de las condiciones del mercado”.

de deuda”.⁴⁹ El mercado geográfico es el espacio donde participan en competencia homogénea diferentes agentes económicos, diferenciándose así de otros mercados.⁵⁰ De acuerdo a la Superintendencia Financiera de Colombia, el mercado geográfico en Colombia es de dimensión nacional, argumentando que existen condiciones homogéneas en todo el territorio.⁵¹

Una vez definidos los dos anteriores, es posible determinar si existe una posición dominante en el mercado relevante a través de un estudio económico de mercado (Sullivan, 2000: 60). Así, pues, cada caso particular debe ser estudiado y analizado para cerciorarse de si existe posición dominante y si realmente se presenta un abuso de la misma por parte del agente económico (mutuante o prestamista). Acometer esta cuestión es una tarea sumamente compleja y costosa; en efecto, analizar cada caso particular elevaría los costos de la ejecución de la norma, al punto de que no sería viable en sentido económico para la organización encargada de administrar justicia, debido, en parte, al volumen de operaciones crediticias que se presentan en el mercado. Dicho con otras palabras, efectuar un estudio económico de mercado en cada caso particular, teniendo como propósito determinar si en una operación crediticia existe posición dominante y si se abusó de la misma, implica un costo tan alto para el Estado que no es eficiente que se presente una intervención económica en sentido ex post.

De otra parte, la normatividad, al considerar que existe posición dominante y al sancionar el abuso de esta al prestamista o mutuante —en el caso de pactar intereses por encima del límite a la tasa de interés remuneratoria—, concibe la existencia de un mercado no competitivo. Esto sucede sin tener en cuenta el contexto en que se encuentre el mercado, es decir, si existe competencia o no. Si existe libre competencia en el mercado crediticio, no tendrá sentido alguno que exista un límite a la tasa de interés. No obstante, si el anterior análisis lo efectuamos bajo una óptica de inexistencia de un mercado competitivo, o solo competitivo en ciertos segmentos de mercado, sumado a que no exista efectivamente un guardián del mercado crediticio, es decir que no exista una agencia gubernamental que efectivamente sea la encargada de

⁴⁹ Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁵⁰ De acuerdo a la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 de la SIC, el mercado geográfico “corresponde al área en la cual concurren de manera simultánea las empresas intervinientes, en la cual existen condiciones de competencia homogéneas que la diferencian de otras áreas”.

⁵¹ Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

velar por la libre competencia⁵², se tendrá una excelente razón para concebir la existencia de una posición dominante. Se abusaría de aquella posición al cobrar una y media (1.5) veces el interés bancario corriente por parte de un agente crediticio, claro está, siempre y cuando el cálculo de la tasa de interés de referencia o bancaria corriente se elabore con fundamento en toda la información de las operaciones efectuadas por todos los agentes colocadores de recursos en el mercado, incluyendo los no regulados.

La anterior medida de intervención del Estado es loable dado el supuesto anterior. Pero qué ocurre si el supuesto anterior es falso. Es decir, qué sucede si de hecho nos encontramos ante el primer supuesto descrito y existe competencia real o potencial. A esta circunstancia debemos agregarle la manera en que se calcula la tasa de interés bancaria corriente, puesto que no se están tomando todas las operaciones de mercado, solo las de establecimientos de crédito, dejando a un lado otros agentes que otorgan crédito no regulados, generalmente caracterizados por incurrir en mayores costos de transacción en sus operaciones, particularmente en sus operaciones activas, sean costos ex ante o ex post.

Tratándose de operaciones de microcrédito, el art. 32 de la Ley 590 de 2000, con la intención de incentivar las operaciones de microcrédito, permite a las organizaciones crediticias y a las organizaciones especializadas en crédito microempresarial (no reguladas), cargar un costo extra por el microcrédito otorgado, para así cubrir los honorarios y comisiones que surjan debido a los mayores costos de transacción descritos anteriormente.⁵³ Esta medida es positiva, pues brinda la posibilidad de cobrar por el costo extra en las operaciones de colocación en que incurran estos agentes, el cual solo se puede cargar como un costo producto de honorarios y comisiones.⁵⁴ En caso

⁵² En Colombia la competencia sobre el derecho a la competencia en el sector financiero le corresponde a la Superintendencia Financiera, de acuerdo al art. 98 del Decreto 663 de 1993. Sin embargo, este mandato legal no es efectivo, pues hasta el momento la Superintendencia Financiera ha ejercido su papel de una manera tímida. Si se analiza su estructura orgánica, se puede apreciar que no hay un órgano o despacho que se encargue de velar por la guarda de la libre competencia en el sector financiero (art. 10 Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005).

⁵³ Este costo extra será autorizado por el Consejo Superior de la Microempresa; de acuerdo a la Resolución No. 01 de 2007, para créditos inferiores a (4) cuatro salarios mínimos se podrá cobrar una comisión u honorarios hasta un 7.5% anual con respecto al saldo del crédito. Tratándose de créditos iguales o superiores a (4) cuatro salarios mínimos, estos cobros no podrán ser superiores a un 4.5% anual con respecto al saldo del crédito.

⁵⁴ De acuerdo al art. 32 de la Ley 590 de 2000, los honorarios remuneraran las actividades de 1. asesoramiento técnico especializado en relación con la actividad económica y 2. las visitas que deben realizarse en torno a la actividad empresarial. A su vez, las comisiones remunerarán 1. el

contrario el costo cobrado se reputará como un interés y claramente se habrá cometido una violación de los límites a la tasa de interés remuneratoria, con todas las consecuencias jurídicas que esta cuestión acarrearía.⁵⁵

En conclusión, la asunción de posición dominante se basa en un supuesto no comprobado. En el evento de tener certeza sobre la misma, la información que se tiene en cuenta para determinar el porcentaje (una y media veces) de la tasa de referencia del mercado sólo toma en cuenta la información de operaciones crediticias de las entidades crediticias, y no de los demás agentes que efectúan operaciones de colocación en el mercado, lo que se traduce en un arbitraje regulatorio en detrimento de los agentes crediticios no regulados.

3.3. Mercado de crédito homogéneo

La norma en cuestión concibe el mercado crediticio de manera homogénea, sin considerar que los mercados en general, incluyendo el mercado crediticio, y en especial el de países en vía de desarrollo —como el de Colombia—, se caracterizan por ser segmentados. Las condiciones de los mercados crediticios se diferencian en agentes, sectores, productos, y en general con respecto a condiciones de mercado.

La segmentación del mercado crediticio se debe a innumerables circunstancias, como por ejemplo la existencia de asimetrías de información, sumado a la insuficiencia de información positiva, condiciones geográficas disímiles, inseguridad jurídica, riesgos de orden público, necesidades de

estudio de la operación crediticia, 2. la verificación de referencias de codeudores y 3. la cobranza especializada de la obligación.

⁵⁵ Con respecto a la norma en cuestión se debe observar lo siguiente: a) la regulación establecida en el art. 32 de la Ley 590 de 2000 no hace mención a otras operaciones de microfinanzas o crediticias, lo cual significa que excluye a otros agentes, que en todo caso deben acatar los límites existentes a la tasa de interés. b) El porcentaje autorizado por el Consejo Superior de la Microempresa de igual manera establece un límite extra que equivale a un estimado de los costos operativos en que incurrir las organizaciones de Microcrédito no reguladas. Esto significa que los costos operativos y de gestión de estas deben tener puntas, y un ponderado excluye al sector o a los agentes que se encuentren más alejados de las mismas. Esto se traduce en una distorsión para el mercado y en un desincentivo para los agentes colocadores de recursos diferentes a entidades crediticias, en especial para aquellos que se especializan en ciertos sectores con mayores costos operativos por monto de operación y gestión, como es el caso que se presenta en instituciones dedicadas a labores de microfinanzas, particularmente aquellas dedicadas a Microcrédito, que sus operaciones se encuentran en la franja de exclusión del ponderado de los puntos extra. c) Por último esta norma solo agrega costos extras derivados de una labor de gestión y de un costo operativo particular, sin tener en cuenta que en algunos casos la operación en sí implica un mayor riesgo que debe ponderarse en el precio del producto, es decir, del interés a cobrar.

productos, informalidad, inexistencia de garantías, entre muchas otras causas (CONPES, 2006: 6).

Una de las consecuencias de la existencia de mercados crediticios segmentados o incompletos es la poca canalización de ahorro a inversión a sectores marginados o excluidos del crédito tradicional. En este sentido, Joseph E. Stiglitz, refiriéndose en una entrevista a la necesidad de intervenir los mercados crediticios por parte del gobierno, sostuvo:

en mercados financieros en desarrollo, generalmente hay muchos sectores en donde el crédito es importante, pero las personas no tienen acceso al mismo. Los mercados no conceden créditos a largo plazo. Ellos se especializan, particularmente, en créditos comerciales y no se puede construir una fábrica con crédito comercial. Existen fallas típicas de mercado, aún en países desarrollados. El mercado tiende a no dar préstamos adecuados a los pequeños negocios. En general, los mercados tienen dificultad para conceder créditos en áreas en las que el proceso de garantías es difícil. La verdad es que en momentos críticos, el gobierno tiene siempre un papel importante.⁵⁶

La segmentación de un mercado de crédito significa que el cálculo efectuado de la tasa de interés bancaria corriente debe ser diferenciado. En este sentido, debe observarse con beneplácito la modificación introducida por el art. 83 de la Ley 795 de 2003 (que modificó el art. 326 numeral 6°, literal, c, del EOSF), y el art. 2 del decreto 519 de 2007, que determinan las modalidades de crédito en que se debe establecer el interés bancario corriente. Estas son: 1. Microcrédito y 2. Consumo y Ordinario.

La anterior cuestión es positiva: en teoría, elimina asimetrías de información en el ponderado de tasa de interés bancaria, lo cual debe conllevar una mejor asignación de recursos en el mercado. Además, constituye una prueba fehaciente de que, al implementar políticas públicas en este sector, se parte del entendido de que el mercado se encuentra segmentado. En teoría, lo que el sentido común determina es que el cálculo de la tasa de interés no se base solo en las operaciones de entidades crediticias, sino que también se incluya en la misma el crédito otorgado por agentes no regulados. De esta manera se evitará el arbitraje regulatorio presente en este sector, pues la tasa se calcula con base en unos agentes específicos y se aplica a todos los agentes colocadores de recursos por igual.⁵⁷

⁵⁶ Entrevista en la Revista *Rumos* (mayo 2001), Revista de la Asociación Brasileña de Instituciones Financieras de Desarrollo (ABDE) (citada en: Calderón, 2006: 12).

⁵⁷ Liliana Rojas-Suárez sostiene que la implementación de estas propuestas, como la efectuada en Colombia a través del Decreto 519 de 2007, “requiere de un diseño muy cuidadoso y de altos

4. Consecuencias económicas

4.1. Barrera de entrada

En el caso de que algún agente crediticio no regulado tenga costos operativos más altos que una y media (1.5) veces el interés bancario corriente, o dado el caso de que la operación implique un mayor riesgo, sumado a los costos operativos, y se supere dicho límite, se presentará una barrera de entrada al mercado, sea para competir efectivamente o potencialmente.

Si un agente crediticio decide efectuar una operación crediticia violando el límite anteriormente expuesto, no solo se expondrá a una sanción comercial o civil, según sea el caso, sino que además incurrirá en el delito de usura establecido en el Código Penal, en su artículo 305, el cual puede ser investigado de oficio a partir de la Ley 1142 de 2007.⁵⁸ La consecuencia económica ante esta situación será la existencia de una barrera de entrada en el mercado crediticio una vez se supere el margen establecido en la norma. Como ocurre ante la existencia de cualquier prohibición legal, se originará un mercado ilegal o negro, aun bajo el apremio de someter su libertad a un constreñimiento estatal y ser sancionado penalmente. De hecho la sanción penal ocasionará un costo extra al interés en este mercado ilegal, pues aumentará los costos de transacción entre acreedor y deudor.

El mercado ilegal suplirá la necesidad de recursos de los sectores excluidos de acceso formal, con tasas muy superiores a las que se presentarían en un mercado competitivo sin límite en la tasa de interés remuneratoria, y conllevando efectos negativos inimaginables e indescriptibles en toda la sociedad.

requerimientos de transparencia, pues de lo contrario se podría generar un arbitraje regulatorio mediante el cual una categoría de crédito se podría clasificar como que perteneciera a otra categoría para poder cobrar tasas más altas” (Rojas, 2006: 36).

⁵⁸ El artículo 305 del Código Penal determina que la usura es un delito que se presenta cuando se recibe o cobra, sea de manera directa o indirecta, “a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria [debe entenderse Superintendencia Financiera de Colombia], cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

4.2. Costos de transacción

Las consecuencias económicas de la anterior situación provocarán exclusión en el acceso financiero a ciertos sectores de la economía, o a aquellos agentes económicos que incurran en mayores costos de transacción e impliquen mayor riesgo en comparación con otros sectores. Esto sucedería, por ejemplo, en zonas rurales y sectores informales que requieran labores de acompañamiento y en general que incurran en mayores costos de transacción ex post, metodologías diferentes de estudios crediticios o mayores costos operativos al efectuar mayores operaciones de bajos montos, entre otras.⁵⁹

En igual sentido, debe observarse el análisis efectuado en el documento CONPES 3424 de 2006, al sostener:

El racionamiento del crédito formal que provoca el control a las tasas de interés evita que muchas de las actividades que necesitan crédito lo reciban a costos razonables. En este sentido, el control de tasas de interés, que pretende proteger a la población de cobros excesivos por el uso del dinero, paradójicamente termina excluyendo del crédito formal justamente a la población de bajos ingresos y sectores económicos informales, obligándolos a buscar otras fuentes de financiación.

Desde esta perspectiva, la existencia de un tope máximo a la tasa de interés remuneratorio, y la manera en que se calcula el interés bancario corriente, ocasionan efectos perversos al distorsionar el mercado. Las entidades crediticias, buscando maximizar sus ganancias, canalizan mayor cantidad de recursos a sectores donde los costos operativos y el riesgo del sector o agentes son menores, restringiendo así el crédito a ciertos sectores, lo que a su vez influye en los costos de transacción y en los costos de oportunidad de las personas excluidas. En lo que respecta a las entidades microfinancieras no reguladas, verán afectada su capacidad de desarrollo, en el mercado real o potencial, al no poder ser autosostenibles sus operaciones, limitando de esta manera su competencia en el mercado. En este sentido debe observarse el séptimo de los principios básicos para la existencia de microfinanzas, que

⁵⁹ En este sentido deben tenerse en cuenta las palabras de Beatriz Marulanda y Mariana Paredes, en un estudio elaborado para la CEPAL, titulado “La evolución y perspectivas de la banca de desarrollo en Latinoamérica frente al caso colombiano”, en donde sostienen: “En Colombia, la utilización del tope a la tasa de interés de usura para controlar el aumento de las tasas de interés al final de la década de los noventa, convirtió este límite en una restricción efectiva a las tasas de interés de colocación. Esta situación afectó (y afecta) el suministro de recursos de crédito a las poblaciones de bajos ingresos pues impide que el costo de los recursos refleje tanto el alto costo operativo como el riesgo de la operación” (Marulanda y Paredes, 2006: 14).

señala la inconveniencia de un límite a la tasa de interés remuneratoria, al no permitir el cubrimiento de costos operativos de las entidades dedicadas a labores de microfinanzas.⁶⁰

5. Conclusión

1. La tasa de interés bancaria corriente es la base o punto de referencia en orden a determinar el límite a la tasa de interés que rige todo el mercado crediticio en Colombia.
2. Existen cuatro tesis jurídicas que en Colombia sostienen que existe un límite a la tasa de interés remuneratoria: tres sostienen que el límite a la tasa de interés remuneratoria es una y media veces el interés bancario corriente, y una cuarta tesis afirma que el límite a la tasa de interés remuneratoria es el mismo interés bancario corriente.
3. Existen diversas operaciones de financiamiento que se presentan en el mercado y que no son ponderadas para el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente; esto conlleva la existencia de una asimetría de información en el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente.
4. El límite a la tasa de interés remuneratoria se fundamenta en la tasa de interés bancaria corriente.
5. Al existir una asimetría de información en el cálculo de la tasa de interés bancaria corriente, y al ser esta el fundamento del límite a la tasa de interés remuneratoria, se ocasiona una barrera de entrada a los agentes que no captan recursos del público (organizaciones o agentes no regulados) y desean colocar recursos en el mercado, y se generan costos de transacción para el mercado.
6. Establecer un límite a la tasa de interés remuneratoria tiene gran fundamento en valores y moral. Sin embargo, deja a un lado el mercado, no

⁶⁰ El principio séptimo de los principios básicos de microfinanzas sostiene: “Los límites a la tasa de interés perjudican a las personas pobres al hacerles más difícil obtener crédito. Efectuar muchos más préstamos pequeños cuesta más que efectuar unos cuantos grandes. Los límites a la tasa de interés impiden a las instituciones de microfinanzas cubrir sus costos, y por eso limitan la oferta de crédito a las personas pobres” (traducción propia del inglés: “Interest rate ceilings hurt poor people by making it harder for them to get credit. Making many small loans costs more than making a few large ones. Interest rate ceilings prevent microfinance institutions from covering their costs, and thereby choke off the supply of credit for poor people”).

lo analiza en beneficio de la democratización del crédito, segmenta el acceso al crédito al ocasionar una barrera de entrada al mercado —tanto para oferentes de recursos como para consumidores—, y genera costos de transacción al tener las personas que ingeniarse la manera de obtener financiamiento o acudir a mercados ilegales, con todas las consecuencias nefastas e inimaginables que la ilegalidad pueda generar.

7. La tasa de interés remuneratoria no debe tener límite alguno en el mercado. Es decir, el libre juego de la oferta y demanda de crédito deben determinar el valor de la misma. De esta manera existirá mayor competencia en el mercado. Sin embargo, eliminar este tope implica que los reguladores diseñen políticas públicas para proteger la libre competencia y a los consumidores en situación de abuso de posición dominante y de prácticas colusorias de mercado, por parte de las entidades crediticias u otros agentes económicos que participen del mismo, se encuentren regulados o no.

8. Los agentes encargados de elaborar políticas públicas tienen un reto, que exigirá mayor ingenio al tener que desarrollar nuevas técnicas de protección al consumidor crediticio, para así no sacrificar la evolución, desarrollo y competencia del mercado crediticio.

En este orden de ideas, eliminar el límite a la tasa de interés remuneratoria es el primer óptimo. No obstante, el mercado debe ser competitivo; de lo contrario no sería conveniente eliminar el tope existente en la tasa de interés remuneratoria. La precisión anterior se hace partiendo de la base de un escenario de mercado crediticio no competitivo, o que no lo es en todos los sectores y no existe una autoridad que vele realmente por la libre competencia del mercado crediticio. El segundo óptimo sería: la existencia de un límite a la tasa de interés en Colombia es positiva, puesto que garantiza una sanción al abuso de posición dominante del mutuante o prestamista, siempre y cuando la base para calcular el interés promedio incluya todas las tasas de colocación de los agentes crediticios del mercado.

Bibliografía

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. (11 Ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. (2004).
- ASOBANCARIA, “Balance y Nuevos Desarrollo de Créditos para las PYMES”. Bogotá: Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.asobancaria.com/upload/docs/docPub3049_2.ppt>

- Banco de la Reserva Federal de Chicago. "Controlling Interest: Are Ceilings On Interest Rates a Good Idea?" Chicago: Banco de la Reserva Federal de Chicago (2008). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.chicagofed.org/consumer_information/controlling_interest.cfm>
- Banco Interamericano de Desarrollo, "Desencadenar el Crédito: Cómo Ampliar y Estabilizar la Banca." Informe de Progreso Económico y Social. Washington: Departamento de Investigaciones del Banco Interamericano de Desarrollo (2005). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.iadb.org/res/pub_desc.cfm?pub_id=ito-2005&language=spanish>
- Calderón Alcas, Romy. "La Banca de Desarrollo en América Latina y el Caribe". En: *Serie Financiamiento del Desarrollo* 1-44 (No. 157), CEPAL (2006). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/23464/lcl2330e.pdf>>
- Coase, Ronald H. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics* 3 (Oct. 1960), pp. 1 - 44.
- CONPES. Documento CONPES Número 3424 de 2006.
- CONPES. Documento CONPES Número 3483 de 2007.
- Consejo Superior de la Microempresa. Resolución No. 01 de 2007.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law & Economics* (4 Ed.). Estados Unidos: Pearson Addison Wesley (2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-208 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-955 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-955 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-991 de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 29 de Mayo de 1981. Magistrado Ponente Germán Giraldo Zuluaga.
- Cubides, Jorge Camacho. *Obligaciones*. (4 Ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (1999).
- Delvasto, Carlos Andrés P. "Asimetrías de Información, Fallas del Mercado Crediticio y Correctivos Institucionales. El Papel del Estado en la Cobertura del Mercado Crediticio." En: *Criterio Jurídico* 6 (2006), pp. 215 - 242. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_215_cadelvasto_asimetrias_de_informacion.pdf>
- Demirgüç, Asli Kunt y Ross Levine. "Finance and Economic Opportunity." World Bank Policy Research Working Paper No. 4468 (2008). Consultada 19 Marzo 2008. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081782>
- Domingo, Rafael et al (Eds.). *Textos de Derecho Romano*. Navarra: Aranzadi (2002).
- Duval, Ann. "El Impacto de los Techos Para las Tasas de Interés en las Microfinanzas". Reseña Para Agencias de Cooperación CGAP (2005). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://collab2.cgap.org/gm/document-1.9.2370/DonorBrief_18_spa.pdf>
- FUNDES. "La Realidad de la Pyme Colombiana Desafío Para el Desarrollo." Bogotá: FUNDES 1-47 (2004). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <<http://cec.uniandes.edu.co/docs/pyme.pdf>>

- Galindo Arturo y Giovanni Majnoni. "Represión Financiera y el Costo del Financiamiento en Colombia", Banco Mundial Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura Región de América Latina y el Caribe. (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <[http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/5_REPRESION%2BFINANCIERA%2B\(%2BAG%2B-%2BGM\).PDF](http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/TAB698536/5_REPRESION%2BFINANCIERA%2B(%2BAG%2B-%2BGM).PDF)>
- Gelpi, Rosa María y F. Labruyere. Julián. *Historia del Crédito al Consumo: Doctrinas y Prácticas*. Barcelona: Península (1999).
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "The Impact of Interest Rate Ceilings on Microfinance". CGAP (2004) Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.cgap.org/direct/docs/presentations/ImpactInterestRates.ppt>>
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "The Impact of Interest Rate Ceilings on Microfinance". Occasional Paper No. 9, CGAP (2004).
- Helms, Brigit y Xavier Reille. "Interest Rate Ceilings and Microfinance: The Story So Far" (2004). Consultada 20 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.cgap.org/gm/document-1.9.2703/OccasionalPaper_9.pdf>
- Helms, Brigit. *Access for All: Building Inclusive Financial Systems*. Washington: The World Bank (2006).
- Hinestrosa, Fernando Forero. *Tratado de Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes* (2 Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003).
- Huerta de Soto, Jesús. *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos* (2 Ed.). Madrid: Unión Editorial (1999).
- Martínez N., Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2003).
- Marulanda, Beatriz y Mariana Paredes. "La Evolución y Perspectivas de la Banca de Desarrollo en Latinoamérica Frente al Caso Colombiano." Serie Financiamiento del Desarrollo, CEPAL (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/22459/lcl2248e.pdf>>
- Moguillansky, Graciela et al. "Comportamiento Paradójico de la Banca Extranjera en América Latina." *Revista de la CEPAL* 82 (2004), pp. 19-36. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19405/lcg2220e-Moguillansky.pdf>>
- Mora Patricia S. y Jorge A. Porto. "La Usura en Roma en Tiempos de Plauto". XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (2004). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/Profs.%20PSMorayJorge%20Porto.doc>>
- Naciones Unidas. *La Construcción de Sectores Financieros Incluyentes Para el Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas (2006). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.unctf.org/english/microfinance/pubs/bluebook/index.php>>
- Nardoni, Enrique. "La Justicia en la Mesopotamia Antigua". *Revista Bíblica* 55 (1993), pp. 193-214. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.revistabiblica.org.ar/articulos/rb55_193.pdf>

- Narváez García, José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2002).
- Navajas, Sergio y Luis Tejerina. "Microfinance in Latin America and The Caribbean: How Large Is The Market." Inter-American Development Bank, Washington, D.C. Sustainable Development Department Best Practices Series (2006), pp. 1-49. Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <<http://www.iadb.org/sds/doc/int4D3.PDF>>
- Ospina Fernández Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. (8 Ed.). Bogotá: Temis (2005).
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. Trad. Eduardo L Suárez. México: Fondo de Cultura Económica México (2000).
- Radford, R. A. "The Economic Organisation of a P.O.W. Camp". *Economica*, New Series 12.48 (Nov. 1945), pp. 189-201.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios: Su significación en América Latina* (5 Ed.). Bogotá: Legis (2000).
- Rojas, Liliana Suárez. "El Acceso a los Servicios Bancarios en América Latina: Identificación de Obstáculos y Recomendaciones". Center For Global Development (2006), pp. 1-40. Consultada 19 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.cgdev.org/doc/experts/Serv_Bancarios_AL.pdf>
- Rubio Escobar, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Legis y Superintendencia de Industria y Comercio (2007).
- Silva García, Fernando. "La sanción al cobro excesivo de intereses". *La Empresa en el Siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Alianza Editorial (2001).
- Suescún Melo, Jorge. *Comentarios al régimen de tasas de interés, Estudio XIII, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2003).
- Sullivan, Lawrence A. y Warren S. Grimes. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group (2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 41280 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución 785 de 2007.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución N° 22905 de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 04285 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 22905 de Agosto 21 de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución No. 588 de 16 de enero de 2003.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica).

- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2005006889-4 del 1 de abril de 2005.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2007001005-001 del 5 febrero 2007.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008023250-002 del 23 de abril de 2008.
- Tan, Tao. *Financing an Empire, Banks, Bourses, and Capital Markets of the Roman Republic*. Nueva York: Tesis del Departamento de Historia de la Universidad de Columbia (2007). Consultada 24 Marzo 2008. Disponible en: <http://www.columbia.edu/cu/history/resource-library/ugrad_tan_thesis.pdf>
- Temin, Peter. "A Market Economy in the Early Roman Empire." *The Journal of Roman Studies* 91 (2001), pp. 169-181.