



Revisitando el objeto social de las entidades financieras

Los casos de Estados Unidos y Singapur y sus lecciones para Colombia

Los estudios especiales de InnovaSFC son elaborados por el Grupo de Innovación Financiera y Tecnológica de la SFC con el objetivo de ofrecer elementos de análisis de corte académico que contribuyan a la discusión de temáticas relacionadas con la transformación del sistema financiero local, por lo que su contenido no compromete ni constituye una posición institucional de la SFC.





Revisitando el objeto social de las entidades financieras: Los casos de Estados Unidos y Singapur
y sus lecciones para Colombia

Innova SFC: Estudios Especiales – Primer trimestre de 2021

- I. El caso de Estados Unidos 4
 - 1. La posición de la OCC sobre las actividades digitales de los bancos 5
 - 2. Actividades que hacen parte del objeto social principal (part of the business of banking) 7
 - 3. Actividades que hacen parte del objeto social conexo o complementario..... 8
- II. El caso de Singapur..... 10
 - 1. Política de *anti-commingling* y regulación 23G de 2011 10
 - 2. Propuesta de cambio de regulación 23G de 2017 revisada en 2020 y que se espera esté vigente en 2021 11
 - 3. Actividades permitidas y prohibidas..... 12
 - 4. Algunas consideraciones adicionales derivadas de la participación de la industria en la propuesta..... 13
- III. Conclusiones y aprendizajes para el caso de Colombia 14



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Revisitando el objeto social de las entidades financieras: Los casos de Estados Unidos y Singapur y sus lecciones para Colombia

El debate sobre el alcance del objeto social de las entidades financieras, y por tanto los límites que éstas tienen para llevar a cabo negocios que no estén dentro de la interpretación tradicional de las normas que regulan su actividad, no es exclusivo de Colombia. De hecho, durante el año 2020 fue objeto de discusión de las autoridades de supervisión de jurisdicciones que tradicionalmente han sido consideradas como favorables a la innovación y transformación del sistema financiero, y referente de regulación sobre temas novedosos, como lo son Estados Unidos y Singapur.

Así pues, durante 2020, tanto Estados Unidos a través de la OCC (*Office of the Comptroller of the Currency*) como Singapur a través de la MAS (*Monetary Authority of Singapore*) –quienes tienen a cargo la regulación y supervisión específica de las actividades de los bancos en sus jurisdicciones–, han adelantado consultas o expedido regulación o proyectos de regulación que buscan actualizar el marco aplicable a las actividades permitidas para las instituciones financieras, en particular para los bancos¹, más allá del negocio tradicional de captación y colocación de recursos.

Lo anterior, de cara a los cambios que la tecnología y la aparición de nuevos actores como las Fintech y las Bigtech ha traído a la prestación de servicios financieros y a la necesidad de tener un campo de juego equitativo, pero al mismo tiempo mantener la solidez y estabilidad del sistema financiero.

En este sentido, ambas jurisdicciones intentaron responder con mayor claridad a la pregunta de qué es lo que una institución financiera (y en particular, un banco) puede hacer en este contexto a través de criterios generales, reglas o listados de actividades permitidas o prohibidas, lo que busca un mayor grado de certeza que mantenga el dinamismo propio de las entidades financieras que operan en tales mercados.

Esta discusión es importante en este momento por varias razones.

- En primer lugar, es algo que ya está pasando en la industria financiera internacional. Cada vez las instituciones financieras hacen parte de ecosistemas más amplios que combinan productos y servicios financieros y no financieros para poder llegar a sus consumidores, quienes a su vez buscan y acceden a estos productos a través de canales no tradicionales. Hay diferentes formas en las que las entidades financieras participan en los ecosistemas: de forma general, las instituciones tradicionales pueden tener desde un rol de “orquestador” o actor principal de ecosistemas en dónde se conectan otros productos y servicios financieros o no financieros hasta un papel de proveedor de servicios financieros en otros ecosistemas liderados por empresas no financieras (usualmente grandes empresas de tecnología) ya sea a través de alianzas bilaterales o de APIs abiertas en el marco de las iniciativas de *open banking*.²

¹ Aunque en ambos casos el objeto de la regulación son los bancos, pareciera que los criterios, listados y reglas aplicables a éstos pudiera ser aplicable a otro tipo de instituciones financieras no bancarias.

² Ver al respecto: Accenture (2019): *Competing with banking ecosystems*. Disponible en: https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-102/Accenture-Banking-Ecosystem.pdf





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- La discusión regulatoria más relevante es si la institución financiera puede ser actor principal del ecosistema (como muchas de las Fintech y Bigtech) o si debe estar relegada a un papel secundario como proveedor de servicios bajo esquemas como el de *banking as a service*³.
- Si la respuesta a la pregunta anterior es que las instituciones financieras deben estar relegadas a ser actores secundarios que se conectan a un ecosistema orquestado por un tercero, se podrían generar preguntas sobre la existencia de un campo de juego nivelado, y el poder de mercado de las grandes empresas de tecnología que pudieran generar presiones sobre la estabilidad del sistema financiero⁴.
- Relacionado con las razones anteriores, es importante determinar cuál es el grado de visibilidad y control que quisiera tener el supervisor financiero sobre el desarrollo de dichas actividades en cuanto fueran permitidas.
- Finalmente, la discusión es importante en el contexto en dónde se discute un cambio de paradigma en el sistema financiero relacionado con la implementación del modelo de *open banking* u *open finance* en donde el modelo de negocio puede implicar, entre otras, el aprovechamiento y la monetización de los datos como parte relevante de dicho modelo (en adición a las fuentes tradicionales de ingresos y riesgos). En este sentido, es importante tener certeza de que la implementación de este tipo de modelos y tecnologías esté soportada claramente por el marco jurídico vigente y su interpretación, relacionados con la limitación de actividades de las instituciones financieras.

Así pues, el documento analiza los casos de Estados Unidos y Singapur e ilustra cómo pueden ser útiles para la propia discusión que al respecto se tiene en Colombia teniendo en cuenta el alcance de la teoría de los estatutos especiales y la interpretación que de ella ha hecho la jurisprudencia y las entidades del ejecutivo.

I. El caso de Estados Unidos

Para la OCC, las instituciones supervisadas deben tener un marco regulatorio que las habilite para adaptarse rápidamente a las tendencias cambiantes y a los desarrollos tecnológicos en el mercado financiero que permita acomodarse a las necesidades de los consumidores y al mismo tiempo seguir operando de manera segura y sólida. De esta manera, la OCC publicó para comentarios⁵ su intención de actualizar de forma general la regulación aplicable a las actividades permitidas para los bancos nacionales y las Asociaciones de Ahorro Federales (*Federal Savings Association*) y, en particular, la regulación que tiene que ver con las actividades denominadas como “digitales”⁶. La regulación de actualización fue finalmente expedida a finales de noviembre de 2020 y entrará en vigencia el 1 de

³ Ver al respecto: Accenture. Las entidades financieras pueden crecer con soluciones basadas en ecosistemas. Disponible en: <https://www.accenture.com/co-es/insights/financial-services/banking-ecosystem> u Oliver Wyman. Ecosystem Thinking - How Banks Need To Adapt To Survive. disponible en: <https://www.oliverwyman.com/our-expertise/insights/2017/sep/ecosystem-thinking.html>

⁴ Ver al respecto: FSB (2019). BigTech in finance: Market developments and potential financial stability implications disponible en: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P091219-1.pdf>

⁵ Ver al respecto: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/07/07/2020-12435/activities-and-operations-of-national-banks-and-federal-savings-associations>

⁶ Ver al respecto: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/07/07/2020-13083/national-bank-and-federal-savings-association-digital-activities>





abril de 2021⁷. La actualización de la regulación particular sobre actividades digitales de los bancos estaba en proceso de elaboración para principios de 2021.

La modificación normativa general consistió principalmente en una actualización del capítulo de actividades y operaciones de los bancos. Entre otras cosas, recogió y reorganizó los avances que ha liderado la OCC en las últimas dos décadas en materia de participación de los bancos en las que ha permitido expresamente la participación de las entidades financieras en actividades relacionadas con la digitalización del negocio como la banca corresponsal, el procesamiento de datos, los pagos electrónicos, el desarrollo de software y el comercio electrónico, entre otros. En particular la OCC precisó cuáles serían los criterios a aplicar para responder a la pregunta de si determinada actividad no incluida expresamente en la norma que establece el objeto social de los bancos hace o no parte del negocio bancario (o de otra manera, es una actividad financiera) ya sea de manera principal o de manera incidental o accesorio, independiente de si dicha actividad tiene relación o no con los temas digitales o electrónicos (como estaba la regulación hasta este año).

1. La posición de la OCC sobre las actividades digitales de los bancos

Desde 1996, la OCC ha venido expidiendo conceptos y regulaciones relacionadas con la participación de los bancos en actividades digitales, comenzando con el procesamiento de datos. Incluso en el 2000 publicó para comentarios la necesidad de revisar el marco regulatorio para facilitar el uso de tecnología por parte de los bancos, argumentando que *“los desarrollos de las nuevas tecnologías están haciendo que los bancos reevalúen los canales de entrega y las prácticas comerciales existentes y desarrollen nuevos productos y servicios con el fin de llegar a nuevos clientes, servir mejor a los clientes existentes y aprovechar las eficiencias de costos”*⁸.

Esta decisión está, entre otros, fundamentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. En tal país, el artículo del *US Code* sobre objeto social de los bancos establece que éstos tienen *“todos los poderes accesorios que sean necesarios para llevar a cabo el negocio bancario”*⁹. La decisión de 1995 de la Corte Suprema en el caso de *NationsBank of North Carolina, NA v. Variable Annuity Life Insurance Co.* conocido como VALIC estableció que el *“negocio bancario” (the business of banking)* no se limita a las cinco operaciones que están en la ley, sino que abarca de manera más amplia las actividades que forman parte del negocio general de la banca. La decisión VALIC estableció además que los bancos nacionales pueden participar en actividades que sean accesorias al negocio bancario en su conjunto, así como aquellas que sean accesorias a las actividades enumeradas por la ley. La palabra *“necesario”* en la ley ha sido interpretada judicialmente como *“conveniente o útil”*. Por lo tanto, para la OCC, desde la decisión de VALIC, está claro que las actividades incidentales o accesorias son aquellas que son convenientes o útiles para llevar a cabo los negocios generales de los bancos.

⁷Ver al respecto: <https://www.occ.treas.gov/news-issuances/federal-register/2020/nr-occ-2020-158a.pdf>

⁸Ver al respecto: <https://www.occ.gov/news-issuances/news-releases/2020/nr-occ-2020-76a.pdf>

⁹ 12 U.S.C. 24 sobre las capacidades de los bancos, establece en el numeral séptimo “Ejercer por su junta directiva o funcionarios o agentes debidamente autorizados, sujeto a la ley, todos los poderes accesorios que sean necesarios para llevar a cabo el negocio bancario; descontando y negociando pagarés, giros, letras de cambio y otras evidencias de deuda; recibiendo depósitos; comprando y vendiendo divisas, monedas y lingotes; prestando dinero en garantía personal; y mediante la obtención, emisión y circulación de notas de acuerdo con las disposiciones del título 62”





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En línea con lo anterior, la jurisprudencia de otras cortes federales ha establecido un principio según el cual, la capacidad jurídica de los bancos “*debe ser interpretada de manera que se permitan nuevas maneras de llevar a cabo el antiguo negocio de la banca*”¹⁰. Este proceso deriva en la regulación vigente en materia de actividades digitales de los bancos que fue expedida en 2002, revisada en 2008 y que se actualizará en abril de 2021 y que hacen parte del título 12 del Código de Regulaciones Federales sobre bancos¹¹.

Como se mencionó, en dicha sección se han incluido y formalizado múltiples opiniones de la OCC sobre cuáles actividades electrónicas hacen parte del negocio bancario principal (*part of the business of banking*) ya sea porque están explícitas en la ley o se derivan de la interpretación que ha hecho la OCC o de otra manera son “*incidentales a ese negocio*” porque son necesarias (o convenientes o útiles) para dicho negocio principal (*incidental to the business of banking*). De manera general, se han incluido opiniones sobre:

- Suministro de productos y servicios por medios e instalaciones electrónicos incluyendo la participación de los bancos en actividades de comercio electrónico
- Participación en actividades electrónicas con múltiples pasos o componentes
- Venta del exceso de capacidad y subproductos electrónicos
- Actuar como autoridad de certificación digital
- Procesamiento de datos
- Servicios corresponsales
- Domicilio de los bancos que prestan servicios electrónicos (parcial o totalmente)
- Espacio electrónico compartido

Dentro de los temas particulares respecto al comercio electrónico, la OCC ha autorizado¹² que los bancos, directamente o a través de subsidiarias, entre otras, lleven a cabo las siguientes actividades:

- *Hosting*, enlaces (*links*) y desarrollo de páginas web relacionadas con clientes.
- Enlaces entre las páginas de los bancos y terceros que prestan otros servicios a los clientes del banco.
- Tiendas virtuales para la compra de productos financieros y no financieros en donde se usen los servicios de pago del banco.
- *Marketplaces* electrónicos para productos no financieros (ej. carros usados) en donde el banco puede ofrecer servicios relacionados como créditos o leasing.
- Sitio electrónico que genere ecosistemas de apoyo y nuevos negocios entre empresas.

De hecho, la OCC ha afirmado, basándose en su propia doctrina y en la jurisprudencia de Estados Unidos, que el rol principal de los bancos es actuar como intermediarios financieros, facilitando el flujo de dinero y crédito entre las diferentes partes de la economía¹³.

Vale la pena resaltar que la norma en su texto vigente a partir de abril de 2021 contiene los criterios para determinar si una actividad que no esté en la lista taxativa del artículo sobre objeto social de los bancos se puede entender como parte del objeto social principal de los bancos (porque por ejemplo, sea el equivalente funcional o una consecuencia lógica de una actividad bancaria reconocida) o como parte de su objeto conexo o complementario (porque por ejemplo, la actividad

¹⁰ M & M Leasing Corp. v. Seattle First Nat. Bank, 563 F.2d 1377, 1382 (9th Cir. 1977) cert. denied, 436 U.S. 956 (1978).

¹¹ 12 CFR part 7, Subpart E

¹² <https://www.treas.gov/topics/supervision-and-examination/bank-operations/bit/opinion-letters/opinions-and-letters-electronic-commerce.html>

¹³ <https://www.occ.gov/news-issuances/news-releases/2021/nr-occ-2021-2a.pdf>





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

le permite al banco utilizar la capacidad adquirida para llevar a cabo sus operaciones bancarias o evitar pérdidas o desperdicios económicos), de manera tal que se puedan incluir actividades que no hayan sido expresamente incorporadas en la regulación o en los conceptos de la OCC.¹⁴

2. Actividades que hacen parte del objeto social principal (*part of the business of banking*)

El Código de Regulaciones Federales trae una sección (Parte 7, del Capítulo 1 del Título 12) denominada “actividades y operaciones” que contiene los criterios generales para determinar cuáles son esas actividades y un listado de actividades que responde a la codificación de la doctrina de la OCC basada en la respuesta a múltiples casos particulares que le han sido consultados.

En la modificación regulatoria vigente a partir de abril de 2021, se codificó una regla general que contiene una lista de chequeo con los criterios que debe cumplir una actividad que no está expresamente incluida en las normas que establecen el objeto social de los bancos para ser considerada dentro de ese objeto social principal, o como una actividad incidental o complementaria.

La norma atrás descrita establece como primer requisito para aprobar dichas actividades que las mismas “*estén sujetas a estándares o condiciones diseñadas para lograr que las actividades funcionen según lo previsto y se lleven a cabo de forma segura y sólida, de acuerdo con otras leyes, reglamentos o políticas de supervisión aplicables*”. Aunque general, esta es una restricción que obliga a los bancos a actuar con prudencia y en cumplimiento de la ley en relación con cualquier actividad que pretendan adelantar con base en los criterios que se mencionan adelante.

En particular, respecto de las actividades que hacen parte del objeto social principal de los bancos de conformidad con la ley aplicable, a pesar de no estar expresamente establecidas en dicha ley, la OCC debe considerar los siguientes cuatro factores, cuyo peso dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso:

1. Si la actividad es el equivalente funcional o una consecuencia lógica de una actividad bancaria reconocida;
2. Si la actividad fortalece al banco al beneficiar a sus clientes o su negocio;
3. Si la actividad implica riesgos de naturaleza similar a los ya asumidos por los bancos; y
4. Si la actividad está autorizada para bancos con licencia estatal.

En este sentido, a pesar de que una actividad particular no esté codificada en el CFR, podría ser llevada a cabo por la institución en cuanto cumpla con los criterios atrás establecidos.

Dentro de las actividades no expresamente incluidas en la ley, pero que han sido consideradas por la OCC como parte del negocio bancario se resaltan las siguientes:

- La distribución de productos y prestación de servicios por medios electrónicos
- Actuar como punto de contacto electrónico (“electronic finder”) entre otras, operando un *marketplace* electrónico que permita el contacto de compradores y vendedores u operando

¹⁴ Si bien en Estados Unidos no se tiene la diferenciación que en Colombia se hace entre los conceptos de actos que hacen parte del objeto social principal, del objeto social conexo (aquellos que tienen relación directa con las actividades principales) o del objeto social complementario (aquellos necesarios para ejercer derechos o cumplir obligaciones previstas en la ley o contractualmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad), tales conceptos están comprendidos implícitamente en los criterios para determinar si una actividad hace parte del negocio bancario (en el caso del objeto social principal) o si son incidentales a éste (en el caso del objeto social conexo o complementario). En este sentido, al ser categorías conceptual y funcionalmente similares, se harán dichas equivalencias para los propósitos ilustrativos de este texto.





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

un sitio web que permita que múltiples compradores y vendedores intercambien información respecto a productos y servicios que están dispuestos a comprar o vender, encontrar posibles contrapartes para las transacciones, agregando ordenes de bienes o servicios con aquellas realizadas por otras partes, y celebrar transacciones entre ellos (compradores y vendedores)

- Actuar como autoridad de certificación
- Procesar datos

3. Actividades que hacen parte del objeto social conexo o complementario

Por otro lado, la OCC estableció una serie de criterios adicionales para determinar si una actividad hace parte “incidental” del negocio bancario, estableciendo para el efecto un criterio general de conveniencia que se aterriza a su vez en dos factores. De esta manera, *“Una actividad está autorizada para un banco nacional como accesoria al negocio bancario si es conveniente o útil para una actividad que esté específicamente autorizada para los bancos nacionales o para una actividad que de otro modo forma parte del negocio bancario”*¹⁵. Así mismo, se establece que para determinar si una actividad es conveniente o útil para las actividades principales, la OCC considerará los siguientes factores, cuyo peso dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso:

1. Si la actividad (i) facilita la producción o entrega de los productos o servicios de un banco, (ii) mejora la capacidad del banco para vender o comercializar sus productos o servicios¹⁶, (iii) mejora la efectividad o eficiencia de las operaciones del banco, [todo lo anterior] a la luz de los riesgos presentados, las innovaciones, estrategias, técnicas y nuevas tecnologías para producir y entregar productos y servicios financieros; y
2. Si la actividad permite al banco utilizar la capacidad adquirida para llevar a cabo sus operaciones bancarias o evitar pérdidas o desperdicios económicos¹⁷.

¹⁵ Por “de otro modo forma parte del negocio bancario” se refieren aquellas actividades que no están expresamente contempladas dentro de la norma que contiene el objeto social pero que se han determinado posteriormente como parte del mismo.

¹⁶ En palabras de Williams sobre este criterio *“En otras palabras, el enfoque no está en la receptividad del cliente al nuevo producto o servicio tomado solo, sino en si se necesita la disponibilidad de ese producto o servicio, como parte de una combinación de productos y servicios bancarios permitidos particulares ofrecidos por el banco para comercializar con éxito esos productos y servicios bancarios. Como se analiza a continuación, este tipo de producto o servicio incidental puede ser “necesario” ya sea porque los clientes bancarios lo buscan para poder utilizar o consumir productos bancarios (incidentales al uso o consumo) o porque los consumidores buscan el producto bancario junto con el producto accesorio y la ausencia del producto accesorio afectaría efectivamente la capacidad del banco para comercializar el producto bancario (accesorio a la comercialización).”* Julie L. Williams & James F. E. Gillespie Jr., *The Business of Banking: Looking at the Future* - Part II, 52 Bus. LAW. 1279 (1996).

¹⁷ Este criterio soporta, por ejemplo, la comercialización de datos por parte de los bancos, varios años antes de que se discutiera el modelo de *open banking*. Al respecto Williams menciona *“Como ejercicio de poderes incidentales, se ha permitido a los bancos nacionales adquirir y mantener bienes que de otro modo serían admisibles y participar en actividades comerciales que de otro modo no serían admisibles para mitigar pérdidas o gastos... La doctrina de los subproductos también se aplica a otros resultados no relacionados con el software de las actividades de banca electrónica. Así, un banco nacional puede comercializar datos bancarios, financieros y económicos desarrollados para su propio uso; la venta a los clientes de los datos es un subproducto del desarrollo de la información por parte del banco cuando realiza su propio negocio.”* Williams y Gillespie Jr. Ibid



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Dentro de las actividades no expresamente incluidas en la ley, pero consideradas por la OCC como parte del objeto social complementario o conexo están las siguientes:

- Desarrollo web accesorio a otras actividades bancarias
- Acceso a internet o correo entregado promocionalmente
- Asesoría y servicios de consultoría en actividades electrónicas en donde los servicios son accesorios al uso por el consumidor de los servicios bancarios electrónicos.
- Venta de equipo que sea conveniente o útil para el uso de los servicios electrónicos del banco, como terminales especializados para escanear cheques que se depositan electrónicamente
- Venta de capacidad electrónica en exceso y sus derivados
- Procesamiento de datos no financieros incidentales
- Comercialización de datos

Para complementar el caso de Estados Unidos, vale la pena hacer referencia a un par de artículos publicados por Julie Williams, la directora jurídica de la OCC de la época y otros funcionarios de la entidad, luego de la decisión de VALIC mencionada atrás. La autora se preguntaba, teniendo en cuenta que las empresas que compiten con los bancos no están limitadas al negocio bancario, y que el mercado por productos y servicios bancarios no están solamente cubiertos por bancos, si:

¿Están los bancos confinados al negocio de la banca mientras sus competidores pueden realizar otras actividades que complementan los productos y servicios “bancarios” que ofrecen maximizando el valor de sus negocios? Este Artículo concluye que la respuesta es “no”. La regulación bancaria nacional no requiere que los bancos operen de una manera económicamente irracional.

...

*Los poderes incidentales otorgados a los bancos nacionales para llevar a cabo actividades que son “incidentales” a la banca son una fuente separada de autoridad para llevar a cabo actividades que no son inherentemente parte del negocio de la banca. La característica esencial de esta diversidad permisible, reflejada en la jurisprudencia y analizada por la OCC, es que las actividades incidentales apoyan y promueven la licencia bancaria otorgada a los bancos nacionales*¹⁸

Así mismo, respecto de la relación dinámica entre aquellas actividades que hacen parte del objeto social principal, o el negocio de la banca y aquellas que son accesorias o incidentales, dada la evolución misma de la industria que no se puede quedar congelada en el tiempo, la misma autora afirmó:

Por tanto, existe una relación orgánica y de desarrollo entre el negocio bancario y las actividades conexas: el negocio bancario está en un estado de evolución constante. En consecuencia, las actividades permitidas de conformidad con poderes incidentales también deben evolucionar con el negocio de la banca, mejorando y apoyando ese negocio y, en algunos aspectos, señalando su próxima fase. Eso no quiere decir que todas las actividades “accesorias” eventualmente migren al “negocio de la banca”. Sin embargo, con el tiempo, el negocio bancario puede evolucionar para incluir algunas actividades secundarias simplemente debido a la naturaleza misma de la relación cercana que originalmente hizo que tales actividades fueran secundarias.

¹⁸ Ibid





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

...
A medida que evoluciona el negocio bancario, como reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos, [negocio] que puede y debe [evolucionar], las actividades relacionadas con él también evolucionarán. Si los mercados cambiantes, la innovación y las nuevas demandas de los clientes hacen que una actividad se convierta en parte del negocio de la banca, esto no sucede porque anteriormente se caracterizara como "accesoria" a la banca, sino porque la naturaleza dinámica del negocio de la banca la absorbe¹⁹.

De esta manera, el caso de Estados Unidos muestra como a través de criterios generales codificados por el regulador financiero ha sido posible dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la ley, permitiendo la evolución y adaptación continua del sistema financiero independientemente del tipo de actividad o tecnología que pueda comenzar a ser parte relevante del negocio financiero en un momento del tiempo.

II. El caso de Singapur

Por su parte, para MAS, los avances tecnológicos han creado oportunidades para que los bancos mejoren la prestación de servicios financieros y han permitido que instituciones no vigiladas y otros jugadores en el mundo virtual participen en la cadena de prestación de servicios financieros. En particular, la llegada de las aplicaciones móviles y las plataformas digitales ha cuestionado los modelos comerciales tradicionales y ha transformado las preferencias de los consumidores. Los avances tecnológicos también han creado oportunidades para brindar a los clientes un conjunto más integrado de servicios financieros y no financieros entrelazados sin dificultad.

Así pues, para MAS, dado que la línea divisoria entre negocios financieros y no financieros se difumina, los bancos también enfrentan una competencia cada vez mayor por parte de actores no bancarios que están aprovechando sus grandes bases de usuarios para proporcionar pagos digitales y otros servicios financieros. De esta manera, reconoció que había espacio para simplificar los requisitos regulatorios y expandir la posibilidad para que los bancos participen o inviertan en actividades no financieras permitidas que sean conexas o complementarias a su objeto social principal y al mismo tiempo salvaguardar sus principales objetivos de política²⁰.

1. Política de *anti-commingling* y regulación 23G de 2011

A diferencia de Estados Unidos en donde la participación de los bancos en la facilitación de cierto tipo de actividades no consideradas tradicionalmente como financieras (como el comercio electrónico) se entiende como parte del objeto social principal, en Singapur este tipo de actividades, aunque permitidas como se describirá adelante, se entienden como parte del objeto conexo o complementario. Adicionalmente, más que una declaración general sobre la necesidad de que este tipo de actividades se lleven a cabo de forma segura y sólida como en Estados Unidos, en Singapur existe un mayor detalle en los requisitos que deben cumplir las instituciones financieras para efectos de poder llevar a cabo estas actividades.

¹⁹ Ibid

²⁰ Ver al respecto: <https://www.mas.gov.sg/publications/consultations/2017/consultation-paper-on-review-of-anti-commingling-framework-for-banks>





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En este sentido, si bien la regulación en Singapur desde principios del siglo XXI ha sido la de tener una política que prohíbe –como regla general– la combinación entre negocios financieros y no financieros (conocida como *anti-commingling*), a partir de 2011 dicha política comenzó a actualizarse a través de la expedición de la regulación 23G de las Banking Regulations²¹ a cargo de MAS, cuyo objeto fue dar a los bancos la flexibilidad de llevar a cabo ciertos negocios conexos o complementarios a su negocio principal. La regulación está incluida en la Parte IX que se refiere a los negocios permitidos.

Sin embargo, esta posibilidad debía ser ejercida prudentemente por los bancos, para lo cual se incluyeron requisitos mínimos como la necesidad de aprobación de su supervisor, un límite de exposición frente a su capital, la contratación de una auditoria anual para el negocio no financiero y la aplicación de pruebas de estrés. Así mismo, se incluyó una lista de negocios que en todo caso estaría prohibidos, tales como el desarrollo inmobiliario, la administración de hoteles y resorts, entre otros.

2. Propuesta de cambio de regulación 23G de 2017 revisada en 2020 y que se espera esté vigente en 2021

A finales de 2017 la MAS publicó un documento de consulta²² con su propuesta de revisar la política de *anti-commingling* haciendo varios ajustes a la regulación 23G de 2011. Esto, entre otras, por el hecho de que los bancos en Singapur no habían utilizado de manera frecuente la regulación 23G pues varios de sus requisitos se consideraban demasiado onerosos. En noviembre de 2020 se publicaron las respuestas a los comentarios recibidos²³ por la industria a la propuesta de 2017 y las determinaciones de MAS al respecto. La propuesta consiste en que para que un banco pueda llevar a cabo un negocio no financiero (ya sea directa o indirectamente) debe cumplir con lo siguiente:

1. El negocio tiene que estar relacionado o ser complementario a alguna de las actividades financieras principales llevadas a cabo por el banco y no estar prohibido por MAS (ver adelante).
2. El banco debe informarle a MAS por lo menos con 14 días calendario de anticipación a lo siguiente:
 - a. el inicio de la actividad, anuncio público del banco que lleva a cabo el negocio, o la firma del acuerdo para adquirir el negocio o una participación mayoritaria en la entidad que opera el negocio, lo que ocurra primero; y
 - b. cualquier cambio posterior en el alcance, participación, propiedad, inversión o capital en el negocio;
3. El banco no emita garantía, indemnidad, carta de confort, o cualquier otro documento que imponga obligaciones similares al banco respecto del negocio no financiero, sin la previa aprobación de MAS

²¹ Ver al respecto: <https://sso.agc.gov.sg/SL/BA1970-RG5?DocDate=20160926#pr23G->

²² Ver al respecto: <https://www.mas.gov.sg/publications/consultations/2017/consultation-paper-on-review-of-anti-commingling-framework-for-banks>

²³ Ver al respecto: <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/News-and-Publications/Consultation-Papers/Response-to-feedback-received-on-review-of-anti-commingling-framework-for-banks.pdf>





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

4. El banco implemente una política de gestión y un gobierno de riesgos adecuados aprobada por su junta directiva que sea proporcional a los riesgos planteados por el negocio
5. El tamaño agregado de todos los negocios que se llevan a cabo con base en la regulación 23G no exceda el 10% del capital del banco (individual y consolidado)
6. El banco cumpla con cualquier otra condición que MAS pueda imponer de tiempo en tiempo.
7. No se utilicen los signos distintivos del banco cuando se trate de llevar a cabo los negocios no financieros a través de alianzas

3. Actividades permitidas y prohibidas

En la nueva regulación, MAS también se propuso incluir un listado de negocios permitidos y actualizar la lista de negocios prohibidos establecida en 2011. El cambio más relevante fue incluir una serie de actividades relacionadas con comercio electrónico, eliminando la prohibición de la venta de bienes de consumo que venía desde la regulación de 2011. Luego del periodo de consulta, MAS también afirmó que esta lista será actualizada permanentemente. La propuesta de regulación incluye las siguientes actividades permitidas:

- a) operar un sitio online o plataforma electrónica que junte compradores y vendedores de bienes de consumo;
- b) vender bienes o servicios de consumo a través de un sitio online o plataforma electrónica
- c) comprar, vender y comercializar cualquier producto definido en la sección 2 del *Commodity Trading Act* de Singapur
- d) proporcionar financiamiento islámico que implica la venta o compra de activos de acuerdo con la ley Sharía;
- e) proporcionar servicios de ventas, marketing y administrativos a nombre de cualquier institución financiera regulada que sea vinculada del banco;
- f) asesorar a cualquiera de sus clientes sobre el impacto social y ambiental de sus inversiones actuales o futuras;
- g) vender software o sistemas que originalmente haya sido desarrollado o encargado por el banco para su negocio financiero *core* (como, entre otros, la venta de software de contabilidad o de análisis de riesgo);
- h) celebrar acuerdos de referidos ("*tie-ups*") con cualquier persona para que esa persona venda o proporcione productos o servicios de cuya entrega o cumplimiento esa persona será la única responsable;
- i) cualquier negocio que sea incidental al negocio que el banco puede llevar a cabo de conformidad con los literales a) a h).

Vale la pena aclarar que estos negocios pueden ser llevados a cabo directamente o a través de alianzas, siempre que estén relacionados o sean complementarios al objeto social principal de los bancos. Es decir, que el negocio no financiero debe tener relación con el negocio financiero, como podría ser la utilización de los productos financieros del banco para la adquisición de los productos no financieros.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Respecto de las actividades prohibidas, la MAS propuso la siguiente lista:

- a) Desarrollo inmobiliario
 - b) Desarrollo de hoteles y establecimientos de resort
 - c) Administración inmobiliaria (salvo por aquellas de propiedad del banco o su grupo financiero, incluyendo aquellas recibidas como pago de obligaciones)
 - d) Ser propietario, operar o invertir en infraestructura para la extracción, transporte, almacenamiento o distribución de *commodities*
 - e) Ser propietario, operar o invertir en infraestructura para el procesamiento, refinamiento o la transformación de *commodities*
- 4. Algunas consideraciones adicionales derivadas de la participación de la industria en la propuesta**

Algunos de quienes comentaron la propuesta consideraban que tener una lista de actividades permitidas era muy restrictivo. Al respecto, MAS contestó en los siguientes términos cuál es el racional general de la regulación y por qué considera mantener dicho listado:

La intención de la política anti-mezcla (anti-commingling) sigue siendo asegurar que los bancos se concentren en su negocio bancario principal y limitar los riesgos de contagio de negocios no financieros. Incluso cuando MAS simplifica la condición bajo la regulación 23G para facilitar que los bancos emprendan negocios no financieros permitidos, no se espera que los bancos se involucren en negocios no financieros de alto riesgo que no aporten valor estratégico a su negocio bancario principal. Equilibrando los objetivos anteriores, MAS mantendrá el enfoque de prescribir una lista de negocios no financieros permitidos. MAS ha buscado comentarios de la industria sobre negocios no financieros que deberían estar permitidos en la lista de negocios no financieros permitidos y también se aseguró de que los negocios no financieros existentes llevados a cabo por bancos bajo el actual régimen de la regulación 23G continúen permitidos. En este sentido, MAS espera que la lista de negocios no financieros permitidos sea bastante completa²⁴.

Sobre los negocios no incluidos en la lista, pero que no están prohibidos expresamente, MAS afirmó que es posible que se pida su autorización caso a caso, y que para lo anterior tendrá en cuenta si el negocio está relacionado o es complementario al negocio principal, su valor estratégico y los riesgos asociados. Estas solicitudes pueden dar pie a la actualización de la lista de negocios permitidos en la regulación 23G.

Como resultado de los comentarios recibidos por la industria, se incluyó como un nuevo negocio no financiero permisible cualquier actividad que por sí sola no genere ni se realice con la intención de que el banco reciba ingresos, no tenga ningún valor de activo en el balance y no cree exposiciones para el banco. Adicionalmente, dado el bajo riesgo que conllevan, estos negocios no tendrán asociados las obligaciones de reporte aplicables a las demás.

²⁴ Ibid





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Respecto a la restricción de actividades de administración inmobiliaria, MAS aclaró que no se prohibía el alquiler de espacios que esté relacionado o sea complementario a su negocio financiero principal y por tanto incluirá una actividad permitida en ese sentido.

Finalmente, dado que la regulación definitiva sólo será expedida durante 2021, MAS afirmó que los bancos podrían seguir aplicando caso a caso para llevar a cabo actividades no financieras y que generalmente se aprobaría la solicitud en cuanto cumpliera con el contenido de la regulación en consulta.

III. Conclusiones y aprendizajes para el caso de Colombia

Desde hace algunos años, jurisdicciones como Estados Unidos y Singapur han optado por permitir que los bancos realicen actividades que están ligadas con el negocio bancario pero que no son a primera vista financieras en su concepción tradicional. Lo anterior, entre otras, reconociendo que el negocio financiero es dinámico y que ciertas normas o interpretaciones existentes pudieran generar obstáculos innecesarios para la innovación en los servicios financieros, generando un campo de juego desequilibrado entre vigilados y no vigilados.

Por un lado, en Estados Unidos tienen criterios generales incluidos en la regulación administrativa para determinar si una actividad no específicamente incluida en la ley hace parte del objeto social principal o del objeto conexo de los bancos. En todo caso, también incluyen algunas actividades previamente revisadas por la OCC expresamente en la regulación.

Por su parte, en Singapur se creó un listado de actividades (no financieras) permitidas y prohibidas y unos requisitos asociados al desarrollo de las mismas por los bancos tales como su notificación, límites de exposición, políticas de administración de riesgos, entre otras, generando mayor visibilidad al supervisor.

Estas discusiones pueden ilustrar el mismo debate que existe en Colombia sobre el alcance de la teoría de los estatutos especiales de las entidades financieras en un entorno competitivo, tecnológico y de cambio en las preferencias del consumidor financiero sin igual. Así mismo puede dar nuevas herramientas para robustecer la interpretación tradicional en el sentido que cualquiera de estas actividades no tradicionales, podría considerarse como una operación conexas siempre y cuando guarde una relación directa de medio a fin con la intermediación financiera.

Para efectos de la discusión debe resaltarse que la misma jurisprudencia ha establecido, entre otras: (i) que toda la discusión parte de un concepto jurídico indeterminado²⁵ (sobre el cual hay espacio para precisar) siendo un tema rodeado de falta de seguridad jurídica²⁶; (ii) que las necesidades competitivas y de transformación de la industria sirven para ilustrar el contenido de conceptos como los de “objeto social conexo, complementario” “contratos conexos” o el “giro ordinario de los

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. MP. Alir Hernández. Ref Radicación número: 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575) DM. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/10004295?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/10004295?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

²⁶ Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de mayo de 2003. MP. Susana Montes. Disponible en: <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/viewdoc;jsessionid=276D21C6C8ACCB535F1A6DE9D58B5CA?docId=95ca120f-92b0-41f2-b67f-45b8c577da3b&channel=&subEspacio=>





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

negocios”²⁷; (iv) que en todo caso la relación de “medio a fin” es más una relación funcional que una relación estática o conceptual²⁸; y (v) que el artículo 118 numeral 2 del EOSF faculta a los establecimientos de crédito para que presten nuevas operaciones y servicios, con el cumplimiento de los requisitos allí establecidos²⁹. En este sentido, puede observarse que las providencias reconocen el carácter dinámico que debe tener la interpretación que pueda hacerse del concepto en el tiempo.

Ahora bien, tal vez más importante para esta discusión que la propia jurisprudencia, es la existencia de regulación con jerarquía legal que dota de contenido estos conceptos. En este sentido, puede hacerse referencia a normas como el artículo 1, numeral 2, literal b de la Ley 964 de 2005³⁰, el literal h) del artículo 46³¹, el literal i) del numeral 1 del artículo 325³², del EOSF y el numeral 2 del artículo 118 del EOSF³³ que promueven medidas y decisiones de regulación y supervisión que propendan por la facilitación de nuevos productos y servicios apalancados por la tecnología, la competencia bajo condiciones de equidad y equilibrio, la adaptación de la actividad de las vigiladas a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos y la posibilidad de que las vigiladas decidan prestar operaciones y servicios financieros nuevos.

Desde hoy y hacia el futuro, es previsible que haya un incremento en el número y la velocidad en la que actividades no financieras comiencen a interactuar con los servicios financieros, lo que requeriría un mayor nivel de entendimiento sobre estas discusiones.

Esto es importante, porque, por ejemplo, para efectos ilustrativos, la implementación de un esquema de *open banking* u *open finance* que implica un cambio de paradigma y un nuevo modelo de negocio para las entidades financieras basado en intercambio y monetización de datos, pudiera

²⁷ Ibid. Consejo de Estado, 2003

²⁸ Ibid.

²⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. MP Manuel Urueta Ayola. REF: Expediente núm. 4016. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10006669>

³⁰ ARTÍCULO 1o. OBJETIVOS Y CRITERIOS DE LA INTERVENCIÓN. El Gobierno Nacional ejercerá la intervención en las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:

b) Criterios de la intervención:

2. Que la regulación y la supervisión del mercado de valores se ajusten a las innovaciones tecnológicas y faciliten el desarrollo de nuevos productos y servicios dentro del marco establecido en la presente ley.

³¹ Sobre los objetivos de la intervención en las actividades financieras “h. Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.”

³² Sobre la naturaleza y los objetos de la Superintendencia Financiera se incluye el cumplimiento del siguiente objetivo: “i). Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.”

³³ “Nuevas operaciones financieras. Las operaciones y servicios financieros nuevos que no versen sobre actividades propias de entidades vigiladas por la Superintendencia de Valores podrán prestarse por los establecimientos de crédito, previa autorización de su junta directiva. En todo caso, los establecimientos deberán informar a la Superintendencia Bancaria las características de la operación o servicio con una antelación no menor de quince (15) días a la fecha en que vayan a iniciar su prestación. Una vez recibida esta información, la Superintendencia Bancaria suministrará copia de la misma a la Junta Directiva del Banco de la República cuando ésta lo solicite. Dicha Superintendencia podrá ordenar la suspensión de las mencionadas operaciones de oficio o a petición de la Junta Directiva del Banco de la República, cuando impliquen desviaciones al marco propio de las actividades de tales instituciones o por razones de política monetaria o crediticia.”





SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ser extraño a la interpretación tradicional del objeto social principal de las entidades financieras. Sin embargo, en 2021 el *open banking* (y las actividades de los bancos asociadas) está permitido (incluso es obligatorio), o hace parte, de buena parte de las agendas de regulación financiera en el mundo y por tanto de lo que hoy en día podría argumentarse como una “operación” o “servicio financiero”. En este sentido, experiencias como las de Singapur y Estados Unidos, al igual que las normas y la jurisprudencia pueden dar más herramientas a las autoridades a la hora de analizar de qué manera la legislación vigente se acomoda a las realidades competitivas de la industria y cómo se pueden comprender aquellas actividades que generen mayor beneficio a los usuarios, nivelen la cancha de juego y en todo caso no generen riesgos materiales para la solidez y el funcionamiento del sistema financiero.

