

**LA POSICION DOMINANTE EN EL MERCADO FINANCIERO
COLOMBIANO: VISION CRITICA DEL SISTEMA
A LA LUZ DE LAS NORMAS INTERNACIONALES**

DANIEL LONDOÑO PINZON

**Trabajo de grado para optar al título de
Abogado**

**Director
Dr. CARLOS JOSE GOMEZ JIMENEZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ
2001**

**LA POSICION DOMINANTE EN EL MERCADO FINANCIERO
COLOMBIANO: VISION CRITICA DEL SISTEMA
A LA LUZ DE LAS NORMAS INTERNACIONALES**

DANIEL LONDOÑO PINZON

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA
2001**

**LA POSICION DOMINANTE EN EL MERCADO FINANCIERO
COLOMBIANO: VISION CRITICA DEL SISTEMA
A LA LUZ DE LAS NORMAS INTERNACIONALES**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA
2001**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. ASPECTOS PRELIMINARES	5
1.1 IMPORTANCIA DEL TEMA	5
1.2 POSICION DOMINANTE	11
1.2.1 Concepto	11
1.2.2 Aspectos de la posición dominante	17
1.2.3 Definición previa del concepto de mercado	18
1.2.3.1 Mercado relevante de producto	19
1.2.3.2 Mercado geográficamente relevante	20
1.2.3.3 Usuarios – Consumidores	21
1.2.4 Determinación del mercado relevante	22
1.2.4.1 Criterios estructurales	22
1.2.4.2 Criterios de conducta	23
1.3 ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE	24
1.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	26
1.5 CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACION EMPRESARIAL	30
1.5.1 Integraciones horizontales y verticales	30
1.5.2 Características generales de los sistemas de control de las integraciones empresariales	33
1.5.3 Régimen general en Colombia	35
1.5.3.1 Ley 155 de 1959	36
1.5.3.2 Decreto 2153 de 1992	37
1.5.3.3 Autoridad competente	38
1.5.3.4 La Circular 02 de 2000	41
2. TENDENCIAS LEGISLATIVAS FRENTE A LA POSICIÓN DE DOMINIO	49
2.1 PROTECCION DE LA COMPETENCIA EN SÍ MISMA	50
2.1.1 Antecedentes históricos	50
2.1.2 Mercado relevante	61
2.1.2.1 Mercado relevante de producto	62
2.1.2.2 Mercado geográficamente relevante	63
2.1.2.3 Niveles de participación y concentración en el mercado	63
2.1.2.4 Operaciones de integración	66

2.1.3	Aspectos particulares del sector financiero	70
2.1.3.1	Mercado relevante de producto	73
2.1.3.2	Mercado geográficamente relevante	75
2.1.3.3	Efectos de la competencia	76
2.1.3.4	Enajenación de activos	77
2.1.4	Conclusiones preliminares	81
2.2	EXISTENCIA DE POSICIONES DOMINANTES Y REPRESION DEL ABUSO DE LAS MISMAS	81
2.2.1	Antecedentes históricos	82
2.2.2	Dimensión comunitaria	89
2.2.2.1	Factor cuantitativo	92
2.2.2.2	Distribución geográfica	93
2.2.2.3	Concentración de empresas	93
2.2.2.4	Grupos económicos	94
2.2.3	Mercado relevante	97
2.2.3.1	Mercado relevante de producto	97
2.2.3.2	Mercado geográficamente relevante	102
2.2.3.3	Cuotas de mercado	104
2.2.3.4	Aspectos de procedimiento	109
2.2.4	Sector financiero	113
2.2.4.1	Definiciones	113
2.2.4.2	Volumen de negocios	114
2.2.4.3	Mercado relevante de producto	116
2.2.4.4	Mercado geográfico	117
2.2.5	Decisiones sobre operaciones de concentración	118
2.2.5.1	Deutsche Bank y el Banco de Madrid	118
2.2.5.2	Banco Santander y Banco de Crédito Español	119
2.2.5.3	Mitsubishi Bank y Bank of Tokyo	121
2.2.5.4	Travelers y Citicorp	122
2.2.6	Conclusiones preliminares	123
3.	APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE POSICIÓN DOMINANTE Y CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN AL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO	124
3.1	ESTRUCTURA DEL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO	124
3.1.1	Evolución legislativa	124
3.1.1.1	Ley 45 de 1923: sistema multibanca	124
3.1.1.2	De la Multibanca a la Banca Especializada	126
3.1.1.3	Reforma financiera de 1990	128
3.1.1.4	Estructura actual: conglomerados financieros	133
3.1.2	Clasificación del sistema financiero y asegurador	137

3.1.2.1	Establecimiento de crédito	138
3.1.2.2	Sociedades de servicios financieros	141
3.1.2.3	Sociedades de capitalización	142
3.1.2.4	Entidades aseguradoras	142
3.1.2.5	Intermediarios de seguros y reaseguros	143
3.1.2.6	Instituciones complementarias	143
3.1.2.7	Instituciones con régimen especial	143
3.2	PRINCIPIOS BASICOS DE LA PARTICIPACION EN EL SECTOR	144
3.2.1	Libertad de entrada y salida de los agentes del sector	145
3.2.2	Liberalización en las operaciones y productos financieros autorizados	146
3.2.3	Flujos de información	148
3.2.4	Cohabitación de los principios orientadores del Sistema Financiero y la regulación sobre Posición Dominante	149
3.2.4.1	Exigencia de capitales mínimos	151
3.2.4.2	Facilidad de salida	153
3.3	POSICION DOMINANTE EN EL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO	156
3.3.1	Antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios	156
3.3.1.1	Corte Suprema de Justicia	157
3.3.1.2	Corte Constitucional	158
3.3.1.3	Consejo de Estado	159
3.3.1.4	Superintendencia Bancaria	160
3.3.2	Posición dominante	161
3.3.2.1	Ambito subjetivo	162
3.3.2.2	Ambito objetivo	164
3.4	MERCADO RELEVANTE	165
3.4.1	Mercado relevante de producto	165
3.4.2	Mercado geográficamente relevante	168
3.5	GRUPO EMPRESARIAL	169
3.6	REGIMEN DE CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACION EN EL SECTOR FINANCIERO	177
3.7	CUOTAS DE MERCADO	178
	CONCLUSIONES	182
	BIBLIOGRAFIA	190
	ANEXOS	199

INTRODUCCIÓN

Al desarrollar un trabajo de grado, no basta con tratar un “tema” dentro del amplio mundo del derecho, es necesario abordar un problema que se esté presentando en el mismo. El objeto de este trabajo es analizar el problema de la posición de dominio al interior del mercado del sector financiero colombiano. Como se verá al final de este trabajo, esta situación se constituye en un problema toda vez que, aunque a lo largo de la década pasada se presentaron las más importantes operaciones de integración económica al interior del sector financiero colombiano dentro de un marco de redimensionamiento del mismo, las autoridades de control no han utilizado criterios unificados para el estudio de posibles configuraciones de posiciones de dominio. Adicionalmente, si en efecto existen tales criterios, ni las entidades participantes ni los administrados en general, tienen como saber cuales son.

En este orden de ideas, en una primera instancia, se verá el concepto de posición de dominio de manera general, la importancia de su determinación al interior de un mercado concreto y los eventos en que se entiende que se abusa del mismo. Más adelante se tratará de contextualizar estos conceptos generales dentro del ámbito del sector financiero. Para ello se tendrá como punto de partida la Constitución de 1991, que mediante el artículo 333 consagra la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libre competencia, como principios rectores de la actividad económica, tanto de los particulares como del Estado, en su doble calidad de participante y director de la misma. Adicionalmente este mismo artículo trae, a renglón seguido, una política muy clara en torno a las posiciones de dominio en el mercado.

Igualmente, y en términos concretos, se tratará de demostrar como llegar a la conclusión sobre la existencia o no de una posición de dominio en el mercado no se puede hacer con fundamento exclusivo en la participación porcentual que de dicho mercado se tiene. De esta manera se tratará de sostener la idea de la necesidad de determinar de manera concreta y real el mercado objeto de estudio, con el fin de conocer los demás aspectos que ayuden a concluir que en efecto se detenta tal posición coadyuvado por la participación porcentual que se tiene. Lo anterior toda vez que en razón de los demás factores, la tenencia de una gran cuota de mercado puede llegar a ser artificial y/o temporal.

Finalmente se plantearán algunas consideraciones preliminares en cuanto a las operaciones de concentración económica y se hará un breve resumen de las normas relativas al control de las operaciones de concentración económica, lo que, como se verá en el desarrollo de este trabajo, es uno de los mecanismos más efectivos para la adquisición de una posición dominante en el mercado.

En una segunda instancia se presentará el desarrollo de las tendencias que en derecho comparado se observan en torno a la posición dominante. Para ello me permití analizar la evolución que han presentado en el derecho norteamericano y en el comunitario europeo. Vale la pena aclarar que, aunque era igualmente interesante estudiar las tendencias que se han dado en los países suramericanos, así como al interior del marco del Acuerdo de Cartagena, se escogieron el derecho norteamericano y el comunitario porque han sido éstos

los que más han desarrollado los asuntos objeto de este trabajo. De la misma manera, nuestra legislación, aunque de manera desordenada, ha adoptado los principios de ambas tendencias. En este orden de ideas se verá cómo la jurisprudencia y las autoridades administrativas de ambos contornos, han abordado el problema de las posiciones de dominio y del control de las operaciones de concentración.

Finalmente se abordará el estudio del sector financiero colombiano, buscando ver si los principios y conceptos generales, esgrimidos en los capítulos anteriores, se pueden aplicar a éste sector. De esta manera, lo primero será determinar la estructura actual de este sector, no sin antes haber presentado cuál ha sido la evolución legislativa del mismo durante la mayor parte del siglo pasado, a partir de 1923. Un segundo aspecto a tratar será el de los principios que orientan la participación de los agentes económicos en el sector, para luego ver, en una tercera sección, cómo es que estos principios pueden cohabitar con la regulación existente sobre la posición de dominio. Finalmente se abordarán los dos puntos centrales de este trabajo: (i) la existencia o no de posiciones de dominio en el mercado del sistema financiero colombiano y (ii) la existencia de controles adecuados a las operaciones de concentración económica que se presentan al interior del sector financiero, con el fin de determinar cuál es el alcance de la regulación existente y si es suficiente y adecuada.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 IMPORTANCIA DEL TEMA

Antes de entrar en materia creo conveniente presentar, con apoyo en la jurisprudencia nacional, algunas consideraciones en torno a la libertad económica, la libre competencia, la intervención del Estado en la economía, el poder de mercado, la importancia del sector financiero en la economía, y por ende la justificación de este Trabajo de Grado.

Como se había anticipado, el artículo 333 constitucional consagra la libertad económica y el derecho a la libre competencia, como pilares de la actividad económica. La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre estos dos principios para sostener que dichas libertades no son absolutas sino que por el contrario como todos los derechos y libertades otorgados por la Constitución y dentro del marco de un Estado Social de Derecho, se encuentran limitadas por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general. En este orden de ideas, el ejercicio de la libre competencia se debe dar dentro de un marco de igualdad jurídica y material para los participantes; igualdad que se rompe cuando los participantes en el mercado realizan conductas, sean acuerdos o actos individuales, que tengan por objeto o como efecto, atentar contra el derecho de los demás participantes, pero sobre todo, que afecten la libertad de elección de los consumidores como destinatarios finales de los bienes y servicios ofrecidos.

En cuanto a la libertad económica, la Corte ha dicho que ésta:

“... ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad **están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes**, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o **la clasificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito**, de las actividades comerciales e industriales, etc.”¹ (Negrilla fuera de texto)

De la misma manera la Corte Constitucional defiende la intervención del Estado en la economía en pro de la libre competencia con los siguientes argumentos:

“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de la competencia, con independencia de los competidores, sean éstos pequeños o grandes. **De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento se dan en cada uno de los mercados**, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre las fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.

La Constitución no puede sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

...

Las recurrentes crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus excesos y distorsiones, **entre los cuales no es el menos grave la tendencia que se**

¹ Sentencia C – 425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

advierte a la **concentración oligopólica o monopólica**, llevó a superar la idea liberal de la separación entre la economía y la política. El Estado social de derecho, a través de la distribución del ingreso nacional y la prestación de servicios básicos, asume una función preponderante en la creación de condiciones mínimas de igualdad material entre personas.

...

Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención **que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas**, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado.”² (Negrilla fuera de texto)

Por otro lado, es necesario resaltar la importancia de la intervención del Estado en el sector financiero. No se puede negar que para una economía en desarrollo, como lo es la nuestra, el sistema financiero juega un rol importante; prueba de ello es el estancamiento en que se presentó en nuestro desarrollo, entre otras razones, por la crisis financiera desatada a finales de la década pasada y de la cual apenas nos estamos recuperando. Y es que desde hace ya bastante tiempo la jurisprudencia había reconocido la importancia de este sector, al sostener que la actividad bancaria en Colombia es un servicio público. En efecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 17 de julio de 1989, con ponencia de la Doctora

² Sentencia C – 535/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Consuelo Sarria Olcos, citando y desarrollando lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 12 de junio de 1969 con ponencia del doctor Hernán Toro Agudelo, sostuvo:

“ ... ‘Aunque formalmente no se califique de servicio público al que presta la banca privada, **las regulaciones y controles a su expansión, y las limitaciones a la tasas de interés como fuente de utilidades, son típicas normaciones de servicio público.** Y aunque se habla de permisos de funcionamiento, lo que hay es el otorgamiento de concesiones temporales.’

Pero además, la actividad bancaria referida al manejo de sustitutos monetarios y medios de pago, no puede considerarse como una actividad particular cualquiera, que pone en juego solamente intereses privados.

No, en las actividades que realizan los bancos, está de por medio un aspecto económico de interés público, que como tal es responsabilidad propia del Estado a través de su soberanía monetaria, más cuando se trata de creación de medios de pago como sucede con el manejo de los depósitos que reciben con base en el contrato de cuenta corriente.

Y por tratarse de un servicio público del que es responsable el Estado y el que está de por medio una actividad de interés público, la actividad bancaria no es una actividad libre, sino que esta limitada y condicionada por regulaciones expresas en cuanto a su iniciativa, organización, desarrollo, operaciones posibles, condiciones de las mismas, vigilancia terminación, liquidación, etc. y todas esas limitaciones tienen como finalidad, la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público.

Siendo la actividad bancaria un servicio público concedido por el Estado, sometida a un régimen especial y una vigilancia inmediata, es claro que se trata de actividad limitada a aquellas operaciones expresamente autorizadas y

siempre sujeta a posibles restricciones, ya que **no se puede alegar derechos adquiridos ni invocar la autonomía privada, ante una relación de derecho público, en la que está de por medio el interés colectivo, como lo es la concesión del servicio público bancario.**" (Negrilla fuera de texto)

Entre otras cosas, debe ser por los argumentos anteriormente esbozados que el artículo 335 de la Constitución nacional establece que "las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 **son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.**" (Negrilla por fuera de texto)

Al intercalar los anteriores argumentos, es posible llegar a concluir que la intervención del Estado en el sector financiero se debe dar en dos campos: (i) la protección de los recursos captados del ahorro del público y (ii) la defensa de la libre competencia. En otras palabras, en la protección de los ahorros captados del público, el Estado se debe preocupar igualmente por la defensa de la libre competencia.

Como se puede observar será igualmente necesario ver como es que éstos dos objetivos pueden cohabitar si es que así sucede o si por el contrario uno de ellos debe ceder ante el otro.

1.2 POSICIÓN DOMINANTE

1.2.1 Concepto

Una de las perturbaciones a la libre competencia, o patologías como otros la llaman³, es el abuso de la posición dominante en el mercado. Antes de entrar a determinar cuando se presenta esta patología o a definir qué conductas se entienden por abusivas, es imperativo concretar lo que se debe entender por posición dominante.

El artículo 45 numeral 5 del decreto 2153 de 1992, define posición dominante como:

“La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Se trata de una definición bastante amplia que permite incluir todas aquellas conductas que de alguna manera le permitan a un competidor determinar las condiciones del mercado. Este concepto ha sido desarrollado en cierta forma tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. La Corte Constitucional, en sentencia T – 240 de junio 23 de 1993, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz definió la posición dominante como:

“La posibilidad de ejercer un comportamiento **independiente** respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes y servicios dado el control que ella puede ejercer sobre una parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o del manejo estratégico de materias primas o demás factores económicos.” (Negrilla fuera de texto)

³ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de la Aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado. Ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada Titulado “ACTUALIZACIÓN SOBRE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA E INTEGRACIONES ECONÓMICAS”, celebrado entre los días 26 y 28 de octubre de 1993 en la Universidad de Los Andes, organizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Universidad de los Andes, En Revista Jurídicas “CEDEC” Centro de Estudios de Derecho de la Competencia”, Colección Seminarios No. 5, Bogotá: Ed.

Posteriormente, en sentencia T – 375 de 1997 de Agosto 14 de 1997, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte sostuvo que se trata de:

“Un poder de mercado que le permite a un agente económico **actuar con independencia de sus competidores**, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.

El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, **mayor unilateralidad** y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen mecanismos de mercado.” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido que “un agente económico se encuentra en posición dominante, cuando pueda modificar **unilateralmente** y de manera sustancial, las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, **sin consideración a los competidores o a los clientes**, y lo puede hacer de manera perdurable”.⁴ (Negrilla fuera de texto)

Como se puede ver de las anteriores citas, en el desarrollo que se le ha dado al concepto de posición dominante, cabe resaltar el elemento de la unilateralidad e independencia en la conducta del agente económico. De lo que se trata entonces es de la posibilidad que tiene el agente económico de sustraerse de una competencia efectiva o posible. Entendiendo por competencia efectiva el grado de contienda necesaria para que los elementos del mercado sean determinados por la lucha entre los diversos competidores. No se trata de un mercado de competencia perfecta, sino lo suficientemente competitivo como para ser eficiente, que

Javegraf, 1996, p. 22

⁴ Citado por ALMONACID S., Juan Jorge, y GARCIA L., Nelson G., Derecho de La Competencia. Bogotá: Legis Editores S.A., 1998, p. 174.

responda a las exigencias de los consumidores y que no tenga barreras insuperables para la entrada al mismo.

“A nivel mundial, las legislaciones de competencia se dividen entre las que se ocupan de vigilar el tamaño de sus empresas, medidas en términos de porcentaje del mercado que abastecen, y las que se orientan a regular el comportamiento de las entidades que lleguen por medios ilícitos a obtener poder de mercado.”⁵ La decisión sobre una u otra actitud se basa en consideraciones de política económica y social, teniendo en cuenta las necesidades de los consumidores, el tamaño del mercado, la necesidad de fomentar la competencia y la preparación que deben tener las empresas nacionales para competir con empresas multinacionales.

La Constitución Política Colombiana es muy clara en materia de control de las posiciones dominantes. En efecto el artículo 333 de la Carta establece:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. **El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.**

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Como se puede ver, desde la misma Constitución el esquema que se adopta en nuestro país es el de permitir la existencia de posiciones dominantes en el mercado pero controlándolas, de tal manera que ni en su nacimiento ni en su subsistencia se abuse del poder de mercado que se pudiese llegar a tener.⁶ En las diversas ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente, se puede observar cómo la idea se fue desarrollando desde la tesis que buscaba impedir la existencia de posiciones dominantes, hasta llegar a la política actual en donde, como se dijo anteriormente, lo que se reprime y castiga es el abuso de las mismas.⁷

⁵ ARCHILA P., Emilio José, Evitar la Posición Dominante previene su Abuso, Boletín Informático "El Supervisor", Publicación del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, No. 4, 1998.

⁶ A pesar del claro mandato constitucional, recientemente ha surgido una tendencia a dictar normas de inferior jerarquía en las cuales se opta por otorgarle a la autoridad competente, la facultad de objetar aquellas operaciones de integración cuando éstas sean un medio para obtener una posición de dominio. Claros ejemplos de esta tendencia son los artículos 239 del decreto 1122 de 1999 y 118 del decreto 266 de 2000. Afortunadamente para estos efectos, dichos decretos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencias C-923 de 1999 y C-1316 de 2000.

Sin perjuicio de lo anterior aun hay normas vigentes que consagran esta tendencia. Así por ejemplo, la Resolución 042 de 1999, dictada por la Comisión de Regulación de Energía y gas (CREG), establece en el numeral segundo literal d) del artículo cuarto, que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá objetar las operaciones de integración económica que le sean informadas por parte de las empresas participantes en el Mercado Mayorista de Electricidad, cuando éstas sean el medio para obtener una posición de dominio en el mercado. Aunque dicha norma hace expresa referencia al decreto 1122 de 1999, permanece vigente. Inclusive, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2000, con ponencia del Doctor Eduardo Mendoza Martelo, se pronunció sobre la legalidad de esta resolución dejándola en firme sin mencionar aspecto alguno sobre su oposición a la constitución.

⁷ Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante; p. 30 y ss

En materia de derecho comparado el entendimiento del concepto no varía sustancialmente. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (el “Tribunal”)⁸, en varias oportunidades ha definido la posición dominante contenida en el artículo 86 como:

“... una posición dominante en el sentido del artículo 86 se refiere a ‘una posición de fuerza económica que goza una empresa y que le posibilita impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante, facultándole para comportarse de una manera apreciable **independientemente de sus competidores y clientes y en último término de los consumidores**’.”⁹ (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, en los estados Unidos de América, se utiliza el término “*market power*” (poder de mercado) el cual se entiende como la posibilidad para un proveedor de bienes o servicios para mantener precios por encima de los niveles competitivos por un periodo significativo y de una manera productiva. Sin embargo, el poder de mercado se puede manifestar en otros factores de mercado tales como la calidad de los bienes y servicios, la eficiencia en la prestación de los mismos y la innovación.¹⁰

1.2.2 Aspectos de la Posición Dominante

La definición de posición dominante que trae nuestra legislación es clara en establecer que la posición de dominio se ejerce frente al mercado, es decir frente a los demás competidores del mercado objeto de estudio. Sin perjuicio de lo anterior, la denominada Ley de Servicios

⁸ Quien de acuerdo con el Artículo 164 del Tratado que establece la Comunidad Económica Europea, tiene a su cargo garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del mismo.

⁹ En BELLAMY, Christopher, GRAHAM, Child; Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 507., se mencionan varios de los asuntos en los cuales se ha definido el concepto en cuestión.

Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) reconoce de manera expresa, la existencia de un segundo ámbito de posición de dominio.¹¹ El artículo 14.13 de esta Ley define el concepto de la siguiente manera:

“Posición Dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos más próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”

Como se puede observar, de un lado existe un ámbito objetivo de la posición de dominio: el que se refiere a la posición de la empresa al interior del mercado en el que participa. Pero por el otro, la posición de dominio se puede predicar respecto a la relación que se tiene con los usuarios. Se trata en este caso, de un ámbito subjetivo de la posición de dominio.¹²

Aunque este segundo ámbito sólo se reconoce y aplica expresamente en el sector de los servicios públicos domiciliarios, más adelante veremos cómo es posible entender su aplicabilidad en el sector de las entidades financieras.

1.2.3 Definición previa del concepto de mercado

¹⁰ 1992 Horizontal Merger Guidelines (Con las revisiones del 8 de Abril en cuanto a la sección sobre Eficiencias). Las traducciones del texto en inglés son mías.

¹¹ Sobre el tema de la posición dominante en el sector de los servicios públicos domiciliarios, véase CONCHA DELGADO, Santiago; El Abuso de la Posición Dominante en la Ley 142 de 1994, publicado en las publicaciones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios 8, 1998, p. 89.

¹² Como se puede ver del artículo transcrito, al igual que en el sistema financiero, el legislador de 1994, entiende que cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios sirve al 25% o más del mercado, detenta una posición de dominio respecto al mercado.

Lugar donde hay una verdadera competencia por el consumidor – usuario

El punto de partida para concluir que un agente económico tiene una posición de dominio, o la va adquirir luego de una operación de concentración económica, es determinar cual va a ser el mercado relevante. La mayoría de los autores que escriben sobre el tema, coinciden en que la determinación de un mercado relevante no se puede hacer en abstracto, y que por consiguiente, es necesario tener en cuenta una serie de factores tanto jurídicos como económicos y técnicos para concretar el mercado dentro del cual va a tener efectos la mencionada operación.

El concepto de mercado relevante, se puede describir como el área geográfica en donde se venden productos o se prestan servicios, así como la variedad de productos o servicios respecto de los cuales hay una verdadera competencia por el usuario.

De la descripción anterior, es posible extraer tres elementos esenciales para determinar cuál es el mercado relevante de un producto o servicio. Estos son: (i) la naturaleza del producto o servicio, (ii) la zona geográfica cubierta y (iii) la variedad y cantidad de los usuarios.¹³

1.2.3.1 Mercado Relevante de Producto. La naturaleza del producto o servicio se puede concretar bajo el concepto de mercado relevante de producto. Este comprende todos los productos o servicios que el usuario considera intercambiables o sustituibles entre sí. Es posible decir que si dos productos o servicios son intercambiables entre sí, pertenecen entonces a un mismo mercado. La Corte Constitucional comparte esta idea, y la importancia

¹³ VELILLA, Marco; Una Aproximación al concepto de Abuso de la Posición Dominante, P. 187; En Derecho de la Competencia, Biblioteca Millenium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.

de la sustituibilidad como factor para definir la existencia o no de una posición de dominio bajo el concepto de mercado de producto. Es así como, en sentencia T-375 de 1997 la Corte sostuvo:

“... La determinación del mercado, para efectos de calificar la existencia de una posición de dominio, no sólo se precisa a partir de coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de la transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, **intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero de un mismo mercado.**” (Negrilla fuera de texto)

En la determinación del mercado de producto, se ha propuesto utilizar el concepto económico de *elasticidad cruzada de la demanda*. De acuerdo con este, dos productos pertenecen a un mismo mercado cuando el alza en el precio de uno de los productos, trae como consecuencia un aumento importante en la demanda del segundo producto.

1.2.3.2 Mercado Geográficamente Relevante. Este segundo concepto se refiere a la zona geográfica en la cual se desarrolla la competencia entre empresas que venden o prestan un mismo bien o servicio. En el ámbito de la Comunidad Económica Europea por ejemplo, el Artículo 86 del Tratado de Roma, prohíbe el abuso de la posición dominante en el “Mercado Común o en una parte sustancial del mismo”. La importancia de este elemento radica entre otras razones, en que dos compañías pueden pertenecer al mismo mercado de producto porque ofrezcan los mismos bienes y servicios, pero, por razones jurídicas y/o económicas pueden no operar dentro del mismo mercado geográfico. Igualmente, una compañía puede tener una posición de dominio en un área geográfica bastante estrecha. Sin embargo, si el área se amplía su posición de dominio puede verse disminuida sensiblemente.

La Corte Constitucional en la sentencia T-375 de 1997 se ha manifestado sobre la importancia de determinar el área geográfica concreta dentro de la cual opera la empresa en cuestión:

“... Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda al todo el territorio nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación...”

1.2.3.3 Usuarios – Consumidores. El tercer elemento de la definición, es el conjunto de consumidores respecto de los cuales hay una competencia. Es así como algunos bienes o servicios están destinados a una serie de consumidores calificados, mientras que otros de ellos lo están para el público en general. Con este elemento, se pueden crear submercados dentro de mercados ya determinados que impliquen posiciones de dominio respecto de un bien o servicio particular, que a su vez pueda incluirse en un mercado más amplio.

1.2.4 Determinación del Mercado Relevante

Necesidad de darle la justa dimensión a los porcentajes establecidos por la ley. Una vez entendido el concepto de mercado relevante, es necesario entrar a determinarlo. En derecho comparado, la jurisprudencia del derecho comunitario europeo, ha establecido una serie de criterios a partir de los cuales es posible determinar cuándo una empresa tiene o no una posición de dominio en el mercado relevante. Estos criterios se clasifican en criterios estructurales y criterios de conducta.

1.2.4.1 Criterios Estructurales. Este criterio, se refiere a la estructura del mercado en el que se actúa y el nivel de competencia que existe en el mismo. Entre los criterios estructurales que menciona la jurisprudencia comunitaria encontramos: el número de empresas que actúan en el sector, la participación de las empresas en el mercado relevante o cuota del mercado, la composición del mercado, la competencia potencial y la dependencia. Es de resaltar el criterio de cuota de mercado toda vez que, como se verá, el artículo 58 literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993 (“EOSF”), se entiende que el tener un 25% del mercado implica la tenencia de una posición de dominio. Y es que “al evaluar este factor, hay que tener en cuenta que en el derecho comunitario tanto la Comisión como la Corte, al definir la posición dominante como la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y previsible; o la posibilidad de adoptar comportamientos independientes sin tener mayormente en cuenta a los competidores, compradores, proveedores o consumidores, **han descartado como elemento determinante por sí sólo para la configuración de la posición dominante, la participación que tiene una empresa en el mercado.** En efecto, **la Corte en este punto entra a analizar otros factores adicionales** que pueden determinar la existencia de la posición dominante, entendida como la capacidad de controlar las condiciones del mercado, **independientemente de la cuota de participación ocupada por la empresa.”**¹⁴ (Negrilla fuera de texto)

1.2.4.2 Criterios de Conducta. Los criterios de conducta, buscan analizar el comportamiento de la empresa dominante, con el fin de determinar su posibilidad de comportarse independientemente de los factores del mercado, la influencia que ejerza sobre

¹⁴ Ibid. ALMONACID S., Juan Jorge, GARCIA L., Nelson Gerardo, Ob.cit, p. 137.

los mismos y la capacidad para eliminar a empresas competidoras del mercado.¹⁵ En lo que respecta a la norma que se pretende analizar en este trabajo, lo que se lograría con un estudio de los criterios de conducta, es determinar si “la entidad absorbente o nueva puede mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe”.

En cuanto a los criterios de conducta, la jurisprudencia europea menciona la utilización de las ventajas estructurales de la empresa, el desempeño de la empresa y la configuración de la posición dominante en el mercado a través de la conformación de grupos económicos.

Dentro estos criterios se resalta la configuración de la posición dominante en el mercado a través de la conformación de grupos económicos, ya que, como se verá más adelante, ésta es la estructura actual del sistema financiero en Colombia. Lo primero es determinar el tipo de relación que debe existir entre las empresas que hacen parte del grupo económico. En principio, el artículo 86 del Tratado de Roma es aplicable cuando la posición dominante pertenece a un grupo de empresas que están económicamente vinculadas.¹⁶

1.3 ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Determinados los elementos constitutivos de una posición dominante, es posible proceder entonces a establecer cuándo y en qué casos se presentan explotaciones abusivas de la misma. Como se podrá concluir más adelante, la legislación nacional, siguiendo los parámetros establecidos por el Tratado de Roma menciona de manera no taxativa, las

¹⁵ Ibid. p. 137 y ss.

¹⁶ Ibid. p. 137

conductas que se consideran como abusivas de una posición dominante. El artículo 50 del decreto 2153 enumera las siguientes conductas como abusivas de una posición de dominio:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que pongan a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Las que tengan por objeto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea la intención de disminuir o de eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquél que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. **Adicionado L.590 / 2000, artículo 16.** Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de distribución.”

En este sentido, es necesario enfatizar que cuando no se tiene una posición de dominio, estas conductas no se entenderán como abusivas. Las anteriores situaciones se han denominado como *precios predatorios, discriminación vertical, condicionamientos para la contratación, discriminación horizontal y precios predatorios regionales*.

Adicionalmente, hay otras conductas que se pueden sancionar toda vez que como se dijo anteriormente, se trata de una enumeración no taxativa de conductas abusivas de la posición dominante.

1.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el caso que nos ocupa, y sin perjuicio de las normas generales que sobre el tema se mencionarán más adelante, el EOSF es el encargado de establecer la manera en que en el sector financiero se va a evitar que se abuse de las posiciones dominantes que puedan llegar a surgir.

Así, al regular el tema de la fusión de las entidades financieras (aplicable a las demás operaciones de integración económica), el artículo 58 numeral 2 literal e) establece que el Superintendente Bancario podrá objetar tales fusiones:

“ ... d) Cuando, como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda **mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe**, ya sea como matriz o por medio de sus filiales, y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. **Se entenderá que ninguna de las hipótesis previstas en esta letra se configura cuando la entidad absorbente o nueva atienda menos del veinticinco por ciento (25%) de los mercados correspondientes...**” (Negrilla fuera de texto)

Un análisis integral de esta norma frente a los conceptos generales esgrimidos anteriormente permite plantear dos conclusiones como punto de partida. Por un lado, dada la amplitud con que la ley define el concepto de posición dominante, es posible concluir que cuando se está en la capacidad de “mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe”, se tiene la posibilidad de determinar las condiciones de mercado, y por ende se tiene una posición de dominio en dicho mercado. Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior, es posible concluir que cuando la entidad nueva o absorbente mantiene o determina precios inequitativos, limita servicios, o impide, restringe o falsea la libre competencia en los mercados en que participa, claramente esta abusando de la posición dominante que posee.

Sin embargo, la última parte del artículo 58 del EOSF no es tan clara. En efecto, de la manera como dicho texto legal está redactado, se entienden dos cosas: De una parte, cuando se atiende menos del 25% del mercado no se está en la capacidad de realizar ninguna de las mencionadas conductas y por lo tanto de acuerdo con el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, no se tiene posición dominante. En cambio, sólo cuando se atiende más de dicho porcentaje se entenderá que las conductas realizadas serán constitutivas de un abuso de la posición dominante.

Establecer la capacidad de realizar conductas que impliquen la posibilidad de determinar los factores del mercado con base en los porcentajes que de éste se atiendan, es partir de una premisa falsa. “La posición dominante no se refiere por lo tanto a la participación que una determinada empresa o persona pueda tener en el mercado. Puede darse el caso en el cual la participación de una empresa en el mercado relevante sea escasa, a pesar de lo cual

dicha empresa tenga una posición de dominio, debido a que controle elementos vitales para el mismo, que pueda utilizar como barreras para impedir el ingreso de competidores al mercado, (...) De otra parte puede darse el caso que una empresa que tiene una gran participación en el mercado, carezca de posición de dominio en el mismo.”¹⁷

La Corte Constitucional, en sentencia T – 375 de 1997, reitera la anterior posición al establecer que:

“Aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje del mercado, normalmente se asocian con una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y coyunturas que, en un momento dado, no son ajenos a la entronización de un poder material de control.”

Por lo anterior, es necesario determinar de manera concreta y en un momento determinado, cuál es el mercado relevante que se atiende o atenderá por parte de la entidad nueva o absorbente. Aparentemente esto sería fácil en materia financiera toda vez que las entidades financieras se clasifican según las actividades que realizan y los servicios que prestan.

En segundo lugar y para efectos de la determinación del mercado relevante, es preciso determinar cómo se mide el 25% del mercado correspondiente. En otras palabras, en términos “de qué” se mediría el 25% del mercado: activos, depósitos, patrimonio etc.?¹⁸

¹⁷ Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante; P. 44.

¹⁸ Sobre este punto nos detendremos más adelante.

Finalmente, es necesario resaltar que una cosa es la posición de dominio que pueda detentar un participante en el mercado y otra muy diferente debe ser el umbral a partir del cual a la autoridad competente se le da la facultad de objetar una operación de concentración dado que dicha operación puede generar efectos adversos para la competencia. Como se verá, por lo general estos umbrales no sólo se establecen con base en la participación porcentual en el mercado sino principalmente con base en el tamaño de las empresas en sí mismas.

1.5 CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

1.5.1 Integraciones Horizontales y Verticales

Un último aspecto preliminar que vale la pena mencionar, se refiere al control de las operaciones de concentración económica. Y es que dichas operaciones se han convertido en una tendencia natural y necesaria en el desarrollo y los mercados mundiales. Lo anterior porque la globalización de los mercados hace necesario para las empresas adquirir el tamaño necesario para competir en el mercado global.

Adicionalmente, es claro que uno de los mecanismos que se pueden utilizar para alcanzar una posición de dominio en el mercado es la adquisición de otros competidores participantes del mismo ya sea para integrarla jurídica y económicamente o para mantenerla como un ente separado pero teniendo el control de su administración. Por esta razón, y teniendo en cuenta que lo que se busca no es reprimir la existencia de posiciones de dominio sino su abuso, de la manera como la autoridad competente estudie y apruebe las operaciones de concentración, depende que dichas operaciones no terminen por convertirse en un

mecanismo que pueda implicar que se abuse de las posiciones de dominio que se adquieran.

Es así como Delio Gómez Leyva, sostiene que “de igual manera se han considerado como conductas que eliminan o debilitan la competencia, las concentraciones de empresas, las integraciones que pueden ser realizadas bien de manara vertical u horizontal, adquiriendo esta última, por efectuarse en el mismo estadio de la producción o de la distribución, especial relevancia, porque constituye instrumento, quizás el más adecuado, para lograr posición de dominio en el mercado, la cual, de llegar a ser sustancial, ocasiona limitar o eliminar la competencia, con el consecuente perjuicio a los consumidores, quienes se privan de obtener los beneficios que se generan fruto de una competencia y, desde luego, para competidores presentes o potenciales”.¹⁹

La alta incidencia de las concentraciones horizontales en la competencia se debe a que reducen el número de competidores participantes en el mercado relevante. No sucede lo mismo en el caso de concentraciones verticales, es decir, en aquellas en donde se adquiere el control de un agente económico que no está en el mismo nivel de la cadena productiva. En otras palabras en donde se adquiere el control de un cliente o de un proveedor. Lo anterior ya que luego de la operación se seguirán atendiendo ambos mercados, de tal manera que en ambos mercados quedarán los mismos competidores. El mismo resultado se da en las llamadas concentraciones conglomeradas, que son aquellas que se dan entre empresas que participan en diferentes áreas de la economía o entre empresas que participando en la misma área económica, lo hacen en áreas geográficas económicamente separadas. De esta manera, se adquieren empresas que no son ni competidores, ni clientes

¹⁹ GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica; Cámara de Comercio; 1998, p. 169.

ni proveedores. Por lo anterior tampoco se van a reducir los participantes en cada uno de los mercados en que cada agente económico opera.

La consecuencia general de las anteriores consideraciones es que el derecho de la competencia debe ser más estricto para las operaciones de concentración horizontales, manteniendo por lo general un régimen permisivo para las demás operaciones.

Si al hecho de que las concentraciones son una tendencia natural en el mundo globalizado de hoy, le añadimos la reducción en la competencia que se puede generar por las integraciones horizontales, lo lógico es concluir la necesaria existencia de un control a estas operaciones por parte del derecho en general y más concretamente por parte del derecho de la competencia.

1.5.2 Características Generales de los Sistemas de Control de las integraciones empresariales

Al igual que para la determinación de una posición de dominio, un sistema de control a las operaciones de concentración económica, debe determinar de la manera más concreta posible, el mercado relevante en sus dos dimensiones. En segundo lugar, se hace necesario determinar si el grado de concentración, atendiendo las demás circunstancias que caracterizan el mercado, generará una alteración de dicho mercado suficiente como para afectar la competencia. Realizada la comparación entre el poder de mercado que se adquiera y la posibilidad de restringir o no la competencia, la autoridad de la competencia, debe proceder a autorizar, prohibir o condicionar la operación notificada.

Se trata de mantener una estricta vigilancia, para que no se abuse de la posición de dominio que se tiene. Igualmente es importante asegurarse que a aquella posición de dominio no se llegue por medios fraudulentos. En efecto, "a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la competencia, en donde el Derecho prohíbe en términos absolutos la realización de determinadas conductas y establece a renglón seguido la sanción correlativa para aquellos casos en los que se incumpla tal prohibición, **el control de concentraciones cumple una función menos absoluta, centrada más en el seguimiento y vigilancia de las estructuras de mercado que en la prohibición y represión de las mismas.**"²⁰ (Negrilla fuera de texto)

Como bien lo resalta el autor de la obra anteriormente citada y como se verá a lo largo de este trabajo, este carácter no sancionador sino preventivo se puede ver reflejado en tres características comunes a la mayoría de los regímenes de control de las operaciones de concentración: (i) La notificación de la operación es previa. De esta manera, la autoridad de la competencia ejerce un control *ex ante* con el fin de evitar futuras situaciones que afecten la competencia. Lo anterior, aunado al hecho que controles *ex post* complican las cosas debido a que deshacer situaciones ya consolidadas se hace más difícil para las autoridades competentes y genera mayores costos para las empresas participantes. (ii) Con anterioridad a la presentación de la notificación de concentración, es muy común ver reuniones y conversaciones previas entre la autoridad competente y las empresas participantes, con el fin evitar llegar a litigios y coordinar con la autoridad las condiciones en que dicha operación se puede llevar a cabo, con el fin de asegurarse que la operación no será rechazada. (iii) Los umbrales para la obligatoriedad de una notificación previa son, como se verá a lo largo de este trabajo, bastante altos. En efecto, de lo que se trata es de poner en funcionamiento el

²⁰ DEPOLO, RASMILIC, Radoslov. Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia, p. 217; En: Derecho de la competencia, Biblioteca Millenium, Colección

control de las autoridades de la competencia, solo cuando las empresas alcanzan una significativa dimensión y presencia en los mercados.²¹

1.5.3 Régimen General en Colombia

A manera de resumen, es posible sostener que el régimen general sobre prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante esta contemplado en la Ley 155 de 1959 con las modificaciones incluidas por el Decreto Ley 3307 de 1963 y en el Decreto 2153 de 1992. Adicionalmente es necesario incluir en este tema el Decreto 1302 de 1964, reglamentario de la Ley 155 de 1959. Finalmente se deben mencionar las Leyes 16 de 1936 y 5 de 1945, la cual reforma la primera, y que se refieren a aspectos relacionados con inhabilidades e incompatibilidades de los directores y agentes de las empresas.²² Sin perjuicio de lo anterior, las normas generales son la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

1.5.3.1 Ley 155 de 1959. La Ley 155 de 1959, fue dictada al amparo del artículo 32 de la constitución de 1886, durante el gobierno de Alberto Lleras Camargo, bajo el impulso del entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, el doctor Hernando Agudelo Villa. Es posible decir que el derecho antimonopolístico o *antitrust* norteamericano ejerció una influencia en esta ley, lo cual se puede ver reflejado en el artículo primero de la Ley. “En efecto, el artículo 1° de la ley, al estilo de la § 1 de la Ley Sherman de los Estados Unidos de América, contiene una prohibición genérica de realizar toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, **dentro de las cuales se podrían incluir los abusos de posición**

Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.

²¹ *Ibíd.* DEPOLO, RASMILIC, Radoslov; p. 217.

²² *Op. Cit.* MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante, p. 23

dominante en el mercado, aunque la expresión posición dominante no aparece en la ley.”²³
(Negrilla fuera de texto) La misma influencia se puede encontrar en el carácter *ex ante* de la norma. En efecto, de acuerdo con el lenguaje de la norma, basta con demostrar la realización de cualquier acto con la intención de restringir la competencia sin necesidad de demostrar el efecto anticompetitivo del mismo.²⁴

1.5.3.2 Decreto 2153 de 1992. La segunda norma de importancia en lo que se refiere al régimen general sobre prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante es el Decreto 2153 de 1992. Esta norma fue dictada por el gobierno del presidente Gaviria, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 transitorio de la recientemente expedida Constitución de 1991. Este decreto fue objeto de un gran debate, toda vez que el artículo 20 transitorio tan sólo otorgaba facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades que pertenecían la rama ejecutiva del poder público sin que adicionalmente se tuviese la facultad de dictar normas de tipo sustancial. A pesar de lo anterior, el decreto fue declarado exequible por parte del consejo de Estado.²⁵

Como se verá más adelante, el Decreto se ve influenciado por el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, entre otras corrientes. Dicha influencia se puede ver en la enumeración no taxativa de aquellas conductas abusivas de la posición de dominio y en la necesidad de tener tal posición para que las conductas se consideren abusivas.

²³ MIRANDA, L. Alfonso. Régimen General de la Libre Competencia, Seminario sobre la Aplicación de la Política de la Competencia a nivel Internacional y su Desarrollo en el Ámbito Nacional. En: Revista Universitas No. 95, p. 29

²⁴ Ibid. MIRANDA, L. Alfonso; Régimen General de la Libre Competencia, P. 30

²⁵ Para un estudio más detallado de la naturaleza jurídica de este Decreto, Ver Op. Cit. MIRANDA, L. Alfonso. Régimen General de la Libre Competencia.

Por lo demás, vale la pena decir que el Decreto mantiene el carácter *ex ante* y preventivo, por lo que no es necesario demostrar el perjuicio causado y basta demostrar la realización del acto con la intención de restringir la competencia.

1.5.3.3 Autoridad Competente. En nuestro medio la autoridad competente para aplicar las normas relativas a la competencia en general es la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo anterior es esta entidad quien autoriza las operaciones de integración empresarial. Sin embargo, es necesario anotar que, de acuerdo con el Parágrafo 2° del artículo 58 del EOSF, “para los efectos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, se entenderá que el Superintendente Bancario, ejerce la función allí prevista en relación con la fusión mediante las atribuciones que se otorgan en este artículo”. En otras palabras, en lo que respecta a la función de pronunciarse sobre las operaciones que conforme al artículo 4° de la Ley 155 deben ser informadas, en materia de instituciones financieras y aseguradoras vigiladas, dicha función corresponde al Superintendente Bancario.²⁶ Por su parte, el Parágrafo primero de la norma en cuestión, sanciona con ineficacia aquellas operaciones que se formalicen a pesar de haber sido objetadas o sin que haya transcurrido el término del cual dispone la Superintendencia para pronunciarse. Adicionalmente, para objetar una fusión, el Superintendente debe oír al consejo asesor. Además en el caso particular del literal d) del artículo 58 del EOSF, la objeción debe ser aprobada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

A continuación me permito presentar el conjunto normativo en virtud del cual la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce el control sobre las operaciones de concentración económica.

²⁶ En el capítulo tercero de este trabajo, se vera cómo se ha manifestado la Superintendencia sobre particular.

Ley 155 de 1959:

“**Artículo 4** Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000), o más, estarán obligados a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.”²⁷

Decreto 1302 de 1964:

“**Artículo 5°.** Para efectos del párrafo 1° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia económica:

a) Cuando ha sido precedida de convenios privados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;

b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de **las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.**

²⁷ Es de anotar, que este artículo había sido modificado por el artículo 118 del Decreto 266 de 2000, el cual clarificó y actualizó los eventos en los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio debía manifestarse sobre las operaciones de integración económica. Sin embargo, como se mencionó anteriormente mediante sentencia C-1316 de 2000, la corte Constitucional declaró inexecutable en su integridad este Decreto.

PAR. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4° de la misma ley, entiéndanse por activos, individual o conjuntamente considerados, los activos brutos de las empresas que pretenden fusionarse o integrarse.” (Negrilla fuera de texto)

Decreto 2153 de 1992:

“Artículo 4 Funciones del Superintendente de Industria y Comercio: Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

14. Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas.”

“Artículo 44 Ámbito funcional: La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y las disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.” (Negrilla fuera de Texto)

“Artículo 51 Integración de empresas: El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisiciones de control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados **demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro en costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta de mercado.**” (Negrilla fuera de texto)

1.5.3.4 La Circular 02 de 2000. Finalmente es de anotar que el artículo 9° del Decreto Reglamentario 1302 de 1964, establece la documentación e información que se debía presentar con la solicitud de autorización de la operación de integración. El literal h de esta

norma le da la posibilidad al Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica (hoy el Superintendente de Industria y Comercio) a solicitar cualquier otra información que considere necesaria, cuando la que allí se menciona, no es suficiente a su criterio. Por su parte, el Artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, establece las funciones de la Superintendencia de Industria de Comercio. Dentro de ellas, el numeral 21 establece que la Superintendencia de debe “Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en las materias a que hace referencia el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”. Con base en éstas dos normas, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dictado una serie de circulares mediante las cuales pone en conocimiento del público la documentación que se le debe suministrar, además de la señalada en el mencionado artículo 9° del Decreto 1302 de 1964.

En la actualidad, la circular que se encuentra vigente es la número 02 del 7 de enero de 2000 (la “Circular”)²⁸. En ésta, la Superintendencia reflejó su posición en torno al tema de las concentraciones económicas y la participación de las empresas en el mercado como elemento identificador de una posición de dominio:

“De otra parte, las operaciones que le sean informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio en razón de lo previsto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992, sólo podrán ser objetadas en caso que tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia.”

La posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de las empresas involucradas o su participación en el mercado. Sin embargo, un tamaño muy pequeño y una

participación ínfima en el mercado son conclusivos de que no se producirá el efecto descrito en el párrafo anterior.” (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, la Superintendencia estableció que no se objetarán las operaciones de fusión, consolidación, integración o adquisición de control de empresas que no presenten una de las siguientes condiciones: (i) Que conjuntamente representen el 20% o menos del mercado respectivo; **medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará las operaciones;** o (ii) Cuyos activos conjuntamente considerados no superen del equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de aprobarse la operación por quien sea competente. De lo anterior se puede ver como existe una contradicción entre lo establecido por el artículo 4° de la ley 155 de 1959 y el desarrollo dado en la Circular. En efecto, mientras que la Ley 155 de 1959 habla de veinte millones de pesos en activos individual o conjuntamente, considerados como umbral para la obligatoriedad de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la operación que se proyecta adelantar, la Circular establece que dicha obligatoriedad surge cuando tales activos excedan de cincuenta mil salarios mínimos. Sobre el particular, la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que la

²⁸ En efecto, mediante Circular 005 de 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que a pesar de la declaratoria de inexecutable del Decreto 266 de 2000, en el caso de las integraciones económicas se seguirá aplicando la Circular.

Circular no deroga el umbral establecido en la Ley 155 de 1959 sino que por el contrario la integra en su propia preceptiva. En este orden de ideas, según la Superintendencia, las siguientes son las situaciones que se pueden presentar y la consecuencia de cada una de ellas:

“- Que dos o más empresas partícipes de un mismo mercado, cuyos activos individual o conjuntamente considerados resulten inferiores a \$20.000.000, pretendan realizar una operación de integración empresarial, evento en el cual no están en la obligación de informar la operación que desean adelantar.

- Que dos o más empresas partícipes de un mismo mercado, cuyos activos individual o conjuntamente considerados excedan de \$20.000.000 pero sin sobrepasar los 50.000 salarios mínimos, pretendan realizar una operación de integración empresarial, en cuyo caso no necesitarán remitir a esta Entidad ningún documento, ni esperar respuesta o pronunciamiento alguno. (...)

- Que dos o más empresas partícipes de un mismo mercado, cuyos activos individual o conjuntamente considerados excedan de los 50.000 salarios mínimos, pretendan realizar una operación de integración empresarial, debiendo entonces informar la operación que desean llevar a cabo a efectos de que esta Entidad emita el pronunciamiento respectivo, para tal propósito las empresas intervinientes deberán acompañar la documentación que de acuerdo con la circular 02 de 2000 corresponda”²⁹

A pesar de la buena intención por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de actualizar y modernizar el umbral aquí mencionado, queda la sensación de que el umbral fue efectivamente modificado mediante una norma de inferior categoría que hubiera sido dictada en razón de un decreto que a la postre se declaró inexecutable.

²⁹ Concepto 00087897 del 22 de enero de 2001, Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, los siguientes son los aspectos relevantes de la Circular y que de alguna manera pueden servir de instrumento más adelante. Con el fin de conocer y determinar el mercado relevante de producto, la Circular exige que las empresas participantes en la operación suministren además la siguiente información: (i) Relación de los productos que cada entidad involucrada en la integración trabaja, entendiendo por éstos todos los bienes producidos y servicios prestados; (ii) Productos que sean sustitutos perfectos de los ofrecidos; (iii) Productos que sean sustitutos imperfectos de los ofrecidos; (iv) Principales características del uso de los productos por parte de los potenciales consumidores, enfatizando los que implicarían inelasticidad de la demanda.

En lo que se refiere al mercado geográfico se le exige a las empresas participantes que determinen la extensión nacional, territorial, subregional o mundial del mercado en el que creen participan, justificando las razones económicas por las cuales opera a ese nivel; así como la participación porcentual de todas las empresas involucradas en la operación, en el mercado de cada producto ya identificado y dentro de la extensión geográfica señalada.

Igualmente se debe suministrar información relacionada con: (i) Porcentaje del mercado atendido (ii) Inversión inicial mínima para crear una empresa que pueda competir en el mercado señalado, para cada uno de los productos identificados; (iii) Requerimientos tecnológicos para iniciar una empresa que pueda competir en el mercado señalado, para cada uno de los productos identificados y (iv) Volumen de ventas durante los últimos 12 meses, de las empresas involucradas en la operación, discriminando entre lo producido nacionalmente y lo importado.

Como se puede ver la Superintendencia busca determinar de la manera más acertada posible, el mercado relevante tanto de producto como geográfico, al interior del cual se van a producir los efectos de la operación de integración, las alternativas que existen para los consumidores, las posibles barreras de entrada al mismo y la participación porcentual de las empresas participantes en la operación así como de los competidores. La Superintendencia de Industria y Comercio hace evidente esta política cuando sostiene que:

“La expresión mercado respectivo, la que se entiende también mercado relevante, en términos generales se refiere al mercado de producto o servicio, de sus sustitutos y del ámbito geográfico de los competidores potenciales que operan en el lugar en donde se presenta la competencia. Por lo anterior, **para determinar el alcance del mismo hay que definir el producto o servicio de que se trate, los competidores que elaboran los bienes sustitutos, la región geográfica donde se presenta la competencia y las dificultades de acceso al mercado tales como tecnología, capacidad de planta, costos de transporte etc. Para acreditar el 100% del mercado es necesario sumar las participaciones en las ventas de quienes intervienen en la operación, de los competidores y de los productores de bienes y servicios sustitutos de los ofrecidos.**”³⁰

(Negrilla fuera de texto)

Lo anterior no con el fin de prohibir la operación en caso de que se configure una posición de dominio, sino cuando tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia. Y es que como ya se dijo, las integraciones económicas, son tal vez el medio más idóneo para limitar, restringir o eliminar la competencia. Esta posición ha sido reiterada en la jurisprudencia comunitaria europea. Así por ejemplo, el Tribunal sostuvo que:

³⁰ Concepto número 00023410 del 27 de abril de 2000, Superintendencia de Industria y Comercio.

“ Si el hecho de que una empresa adquiriera una participación en el capital de una empresa competidora no constituye de por sí un comportamiento restrictivo de la competencia, semejante adquisición de una participación puede, sin embargo, constituir un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en cuestión, de modo que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado en que ambas empresas despliegan sus actividades comerciales.”³¹

Es por lo anterior, que la ya mencionada Ley 155 de 1959 estableció en su artículo 2° que

“Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, **estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley.**”³² (Negrilla fuera de texto)

³¹ Citado por GÓMEZ LEYVA, Delio, Op. Cit., p. 171.

³² Cabe anotar aunque se entiende que la capacidad de determinar precios por la cantidad del mercado que se abastezca implica una posición de dominio, existen otras circunstancias que implican que se tenga una posición de dominio, toda vez que como se explicó anteriormente, la definición de este concepto es bastante amplia.

2. TENDENCIAS LEGISLATIVAS FRENTE A LA POSICIÓN DE DOMINIO

En sus orígenes el control del poder de mercado ha sido ejercido por los Estados de dos maneras distintas. Por un lado, se optaba por prohibir las posiciones de dominio con el fin de mantener el poder económico reducido a tal nivel, que sean exclusivamente las fuerzas del mercado las que lo controlen. Una segunda alternativa consistía en permitir la existencia o subsistencia de empresas con posiciones dominantes en el mercado, controlando que dicho poder no sea utilizado de manera perjudicial.

“En el plano de derecho comparado es válido afirmar que mientras la legislación *antitrust* norteamericana ha optado por el primer sistema, plasmado especialmente en la § 2 de la Ley Sherman con referencia directa al fenómeno de los monopolios, en la legislación comunitaria europea la inclinación en principio ha sido hacia el segundo sistema, dándole un tratamiento especial en el artículo 86 del Tratado de Roma con referencia directa al abuso de posición dominante.”³³ Sin embargo, como veremos a continuación la evolución de estos dos sistemas ha llegado a que hoy en día la existencia de una posición de dominio en el mercado o poder monopolístico no es considerada ilegal. Por el contrario, la tendencia generalizada es prohibir la obtención de dicho poder de manera ilegal y así mismo, el abuso de ésta.

2.1 PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN SÍ MISMA

2.1.1 Antecedentes Históricos

El contexto histórico bajo el cual surgió esta tendencia en el ámbito del derecho norteamericano, permite entender el porqué de una política inicial tan drástica frente a la existencia de monopolios.

Luego de la Guerra Civil Norteamericana, la economía prosperó rápidamente y el comercio adquirió, por primera vez un nivel nacional. Las normas estatales que limitaban las actividades de compañías se habían suavizado. Surgieron así los denominados *trusts*: grandes combinaciones de compañías que dominaban industrias enteras. Sectores básicos como el de los ferrocarriles, petróleo, acero, tabaco, entre otros, fueron dominados a través de estas figuras, generando posiciones monopolísticas o casi monopolísticas. Ante las protestas por el excesivo poder que se había generado y las injusticias sociales que éste traía como consecuencia, el Congreso de los Estados Unidos dictó el primer estatuto *antitrust* en 1890. Así, la Ley Sherman recoge la doctrina de la restricción de la competencia del *Common Law*. Según esta, “eran contrarios a derecho aquellos contratos de los que se derivaba una limitación no razonable de la libertad de comercio y/o de empresa, bien en una de las partes del contrato, bien en un tercero”.³⁴

En consecuencia, con un enfoque claramente antimonopolista, la §2 de la Ley Sherman, considera como criminal la monopolización o todo intento o conspiración para monopolizar cualquier parte de la industria o el comercio.

Es de anotar que a pesar del mencionado enfoque meramente antimonopolista, la Ley Sherman trae consigo ciertas finalidades tanto sociales como económicas. En efecto, no

³³ Op. Cit. ALMONACID S., Juan J., GARCIA L., Nelson G., P. 99

solo se trata de acabar con los monopolios, sino que además se busca lograr un sistema productivo eficiente, una mejor distribución de la riqueza entre los diversos sectores de la población, así como incentivar la producción y fomentar las investigaciones y las innovaciones. Por otro lado, desde un punto de vista social, se puede decir que, entre otras cosas, la Ley Sherman buscaba descentralizar el poder económico, reducir el espectro dentro del cual la autonomía de la voluntad pueda incidir unilateralmente sobre el bienestar de terceros y fomentar a la creación de empresas.³⁵

Adicionalmente, es importante anotar que en un principio no existían excepciones a la regla, y por lo tanto, la intervención estatal en la economía tenía un carácter absoluto. Lo anterior, debido al principio inspirador que orientaba dicha intervención: *“la mejor solución para la consecución del interés público y para lograr la protección de las libertades individuales es la implementación de un sistema de libertad de comercio.”*

Sin embargo, la evolución jurisprudencial, sentó los principios de lo que se puede considerar excepciones al carácter absoluto, anteriormente mencionado. En efecto, desde el caso *Standard Oil Vs. United States* (1911), se desarrollaron los dos sistemas de análisis para establecer si determinada conducta encuadraba dentro de la prohibición general. Por una parte está el sistema de la “regla de la razón” y por otro el sistema de la “ilegalidad *per se*”.³⁶

³⁴ PASTOR V. Javier; Libre competencia e intervención pública en la economía; Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia 1995, p. 70.

³⁵ Op. Cit. ALMONACID S., Juan J. , GARCIA L., Nelson G.; P. 104. A este respecto los mencionados autores mencionan el caso *Standard Oil Co. Of New Jersey vs. United States*. 221 US 1. (1911), en donde se hacen numerosas referencias a las finalidades económicas y sociales que dieron origen a la Ley Sherman, entre las que se pueden mencionar los peligros derivados de la concentración de la riqueza.

³⁶ Un análisis detallado de los criterios socio políticos utilizados en la aplicación de las leyes antimonopolísticas y de los sistemas de análisis se puede encontrar en: MIRANDA L., Alfonso, Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica, Revista Jurídica “CEDEC III ” Centro de Estudios de Derecho de la Competencia”, Colección Seminarios No. 10. Bogotá: Ed. Javegraf, 1999, p. 146.

El sistema de la regla de la razón, “sirve para analizar aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica”³⁷. En otras palabras, bajo el sistema de la regla de la razón, es necesario entrar a determinar si bajo las circunstancias imperantes en el mercado en cuestión, dicha práctica aparentemente restrictiva, es razonable o no.

De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, en la aplicación de la regla de la razón, es necesario tener en cuenta tres factores: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción de la libre competencia. Alfonso Miranda Londoño, sostiene que otro aspecto que se debe tener en cuenta en la aplicación de la regla de la razón es el poder de mercado o posición dominante que pueda llegar a tener. Lo anterior, teniendo en cuenta que las autoridades encargadas de aplicar la legislación antimonopolística tienden a presumir por regla general que cuando no existe una posición de dominio una determinada práctica no necesariamente puede tener la intención restrictiva que pudiese tener en caso de que existiere poder de mercado.³⁸

Con base en lo anterior, se puede decir que la regla de la razón es una excepción al régimen establecido por la §2 de la Ley Sherman. En efecto, cuando se puede concluir razonablemente que, bajo las condiciones imperantes en un mercado determinado hay una

³⁷ MIRANDA L., Alfonso, El Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales, Ponencia en seminario sobre aplicación de la política de la competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional; En Revista Universitas No. 95, diciembre de 1998, p. 23.

³⁸ Ibid. MIRANDA L., Alfonso, El Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales, p. 36.

razonable limitación de la libertad de comercio y/o de empresa, bien en una de las partes del contrato, bien en un tercero, no se aplicará la mencionada sección.

El segundo sistema de análisis desarrollado por la jurisprudencia es el denominado sistema de la “ilegalidad *per se*” o “regla *per se*”. De acuerdo con este sistema de análisis, si la conducta es evidentemente anticompetitiva, tanto en su naturaleza como en sus propósitos y efectos, no es necesario entrar en el análisis detallado del mercado para llegar a la conclusión sobre su anticompetitividad. En conclusión se puede considerar siempre y *ex ante*, que la conducta es en sí misma, ilegal. Este sistema equivale entre nosotros a una presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Es obvio entonces, que los casos que se entienden ilegales *per se* son de aplicación restrictiva y por tanto no se pueden aplicar de manera analógica.

Por lo anterior es posible decir que en este caso, se trata de un desarrollo de la §2 de la Ley Sherman.

A pesar de la importancia de la Ley Sherman en el derecho *antitrust* norteamericano, ésta no hace referencia al tema de las operaciones de integración económica. En efecto, aunque la Ley Sherman logró eliminar los llamados *trusts* y las denominadas *holding companies*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, no extendió su aplicación a las operaciones de integración económica a menos que se pudiese probar que su propósito fuera el de restringir la competencia. Por lo anterior, durante el período comprendido entre 1880 y 1890, se vio en los Estados Unidos, una oleada de integraciones tal vez por razón de la misma Ley Sherman.

Como reacción, el Congreso dictó en 1914, la denominada Ley Clayton. En ella, la §7, referente a las integraciones, prohíbe la adquisición de acciones de una compañía cuando el efecto de tal adquisición pueda ser reducir de manera sustancial, la competencia. Al utilizar frases como “pueda ser” se le estaba dando una aplicación *ex ante* a la norma. Por lo anterior, no es necesario probar que efectivamente se dieron los efectos restrictivos de la competencia y basta con demostrar la simple intención del infractor.³⁹

Sin embargo, el texto original de la Ley Clayton, dejaba algunas lagunas toda vez que sólo prohibía una de las formas de integración económica: la adquisición de acciones. En efecto, en el texto legal no se hizo referencia y la jurisprudencia no la hizo extensiva, a la adquisición de activos ni a la formación de conglomerados. Pronto se reconoció que estas formas de integración tenían la misma capacidad de restringir la competencia y por lo tanto, en 1950 se le introdujeron importantes reformas, extendiendo la aplicación de la Ley Clayton a este tipo de operaciones.

La aplicación de esta Ley ha evolucionado de tal manera que en un principio se condenaban tanto las integraciones de pequeñas compañías en mercados altamente diversificados, así como integraciones de grandes compañías en mercados altamente concentrados. Sobre este particular, Alfonso Miranda Londoño sostiene que “en los casos de *Brown Shoe Co. vs. US* y *US vs. Von’s Grocery Co.*, la Corte Suprema de Los Estados Unidos condenó las fusiones, tomas de control y consolidaciones económicas en general alegando que existiría una tendencia hacia las concentraciones de las industrias en el evento que la Corte aprobara dichas operaciones.”⁴⁰

³⁹ Véase MIRANDA L., Alfonso. *El Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales*.

⁴⁰Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso; *Anotaciones sobre el Derecho Antimonoplístico en los Estados Unidos de América*; p. 177.

El caso “Brown Shoe” por ejemplo, se trataba de la integración de dos compañías que ocupaban el tercero y octavo puesto en el mercado de comercializadores de zapatos. Como resultado de la integración, se obtendría el 5% en ventas en un mercado de cien comunidades y por lo tanto la proyectada fusión no parecía tener la capacidad para generar un poder de mercado. Sin embargo, la Corte decidió que el retirar a un competidor del mercado, así el competidor fuera relativamente pequeño, implicaba una amenaza significativa para la competencia.

En 1963, la Suprema Corte decidió otro importante caso en la evolución de la aplicación de Ley Clayton. Se trataba de la integración del segundo y tercer bancos comerciales más grandes en el área de Filadelfia. Al integrarse, adquirirían una cuota superior al 30% de un mercado altamente concentrado. En este caso la Corte estableció que las integraciones que se presentan en mercados altamente concentrados tienen tanta capacidad para generar poder de mercado o posiciones de dominio (como se conoce el concepto entre nosotros), que abren la posibilidad de permitir el establecimiento de prácticas restrictivas de la competencia, que se deben presumir como ilegales. La Corte basa su presunción en la teoría económica según la cual en donde más vendedores hay sin dominio de cuotas significantes del mercado, la competencia tiende a ser mayor. Con esta decisión se ve como la Corte empieza a utilizar un examen basado en aspectos económicos⁴¹.

A partir de los años 70, la Corte Suprema de los Estados Unidos cambió de tendencia. De la posición que buscaba preservar la competencia y mantener mercados diversificados entre otras finalidades de tipo social, se paso a un análisis de tipo económico sobre el poder de

⁴¹ The Evolution of U.S. Merger Law. Prepared Remarks of Debra A. Valetine. Federal Trade Commission. INDECOPI Conference, August 13, 1996.

mercado y la manera como este podía ser utilizado. En 1974 la Corte al decidir el caso *United States vs. General Dynamics Corp.*, autorizó la integración a pesar de que la cuota de mercado que se adquiriría sería igual a otros casos en donde se había prohibido la integración. Según la Corte, en este caso la cuota de mercado no era un factor idóneo para determinar el poder de mercado de la compañía. Lo anterior debido a que las reservas de carbón que tenía la compañía ya estaban destinadas a ventas para contratos existentes y no era muy probable que adquiriera reservas adicionales. Así, las bajas reservas de la compañía limitaban su posibilidad de competir por contratos a largo plazo, en un sector en donde el precio del carbón se determina por contratos a largo plazo⁴². Como se puede ver, la Corte basa sus decisiones en raciocinios y argumentos de tipo económico.

A partir de este momento, la Corte comenzó a analizar las integraciones enfocándose en otros efectos que se pudiesen presentar en el mercado por razón de las conductas de los competidores, tanto desde el punto de vista de los efectos anticompetitivos, tales como reducción de la oferta e incremento de precios, como de los efectos pro competitivos, como la generación de eficiencias en el mercado.

Estos desarrollos estaban relacionados con la denominada escuela económica de Chicago cuya principal aproximación al derecho *antitrust* es la maximización de beneficios para el consumidor (*consumer welfare*). Entonces, si una proyectada operación de integración económica promete traer como resultado un uso eficiente de los recursos del mercado, debe ser autorizada, así aumente el poder de mercado e incremente los precios.

De esta manera, hoy en día la jurisprudencia norteamericana sigue sosteniendo que “el objetivo de la prohibición contenida en la § 2 de la Ley Sherman se refiere a que ningún

⁴² Ibid.

competidor adquiera poder monopolístico a través de prácticas que restrinjan la competencia o que sean abiertamente desleales, y que los monopolios existentes no mantengan su poder en el mercado a través de este tipo de conductas; **es decir que no se abuse de la posición dominante en un mercado**”⁴³ (Negrilla fuera de texto)

Del estudio de la evolución de las normas antimonopolísticas norteamericanas es necesario llegar a la conclusión que llega el Alfonso Miranda Londoño quien al respecto sostiene: “El monopolio no se considera actualmente como ilegal en sí mismo, razón por la cual la principal preocupación del derecho antimonopolístico moderno no consiste en evitar la formación de monopolios ni de destruir los existentes, ya que existen mercados en los cuales el monopolio se da en forma espontánea o natural. Una empresa no será condenada por el solo hecho de detentar un monopolio, mientras no incurra en prácticas restrictivas de la libre competencia ... Para que se configure una violación a la § 2 de la Ley Sherman, se debe demostrar que el acusado tiene una posición dominante en el mercado (*poder monopolístico*), y que ha abusado de tal posición a través de prácticas restrictivas de la competencia ... Pero si una empresa quiere evitar ser condenada bajo la §2 de la Ley Sherman, debe abstenerse en todo momento de realizar conductas que tiendan a reducir la competencia. Lo anterior quiere decir que la firma que adquiere un monopolio en forma ilegal, se mantiene en violación de la Ley Sherman aunque no ejerza su poder; pero una firma que adquiere poder monopolístico en forma legal, tiene derecho a ejercer su actividad económica y obtener rendimientos monopolísticos, siempre que no realice prácticas restrictivas. – y sobre las operaciones de integración económica concluye – La toma de control de empresas a través de fusiones o adquisiciones puede constituirse en una violación a las §1 y 2 de la Ley Sherman, y a la §7 de la Ley Clayton, que específicamente

⁴³ Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO. Anotaciones sobre el Derecho Antimonoplístico en los Estados Unidos de América; p. 176

prohíbe las fusiones y adquisiciones de las empresas competidoras que tengan el efecto de restringir la competencia o formar un monopolio.”⁴⁴

Como se ve, lo que surgió como una tendencia a evitar la existencia de monopolios, ha evolucionado hasta una posición en donde se permite la existencia de empresas con poder de mercado que no realicen prácticas restrictivas de la competencia ni abusen de su posición de dominio. Adicionalmente, se busca que estas empresas sean eficientes en la utilización de los recursos disponibles. Con esta conclusión en mente, es posible ahora entrar a analizar algunos aspectos de importancia para determinar la existencia o no de una posición de dominio.

2.1.2 Mercado Relevante

En 1982 la Comisión Federal de Comercio (“Federal Trade Comision”, la “Comisión”), y la División Antitrust del Departamento de Estado (la “División”), (conjuntamente las “Agencias *Antitrust*”), las dos entidades encargadas de hacer cumplir la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la Agencia Federal de Comercio, (conjuntamente las “Normas *Antitrust*”), dictan una serie de guías para las integraciones de tipo horizontal o “*Horizontal Merger Guidelines*” (las “Guías”), cuyo propósito fundamental consiste en delinear la política que ellas mismas pondrían en práctica al analizar las integraciones económicas que les son informadas en cumplimiento de la Ley Hard-Scott-Rodino. Como se explicó en el capítulo anterior, para llegar a esta conclusión es necesario determinar de manera concreta el mercado relevante. Para este efecto las Guías se centran exclusivamente en los factores relativos a la sustituibilidad de la demanda. En este entorno, las Guías definen el mercado relevante como

⁴⁴ *Ibíd.* MIRANDA LONDOÑO; Anotaciones sobre el Derecho Antimonoplístico en los Estados; p. 175 y ss.

un grupo de productos en una área geográfica lo necesariamente amplia como para que un exclusivo productor u oferente de bienes o servicios tenga la capacidad para implementar una pequeña, pero significativa y permanente, alza en los precios.⁴⁵ Lo que constituye ese pequeño, pero significativa y permanente, aumento de precios depende de cada sector en particular. Sin embargo se utiliza como parámetro inicial un alza de entre 4% y 5%. Por lo que ya se ha dicho, ese aumento en los precios se puede volver improductivo cuando los consumidores tienen la posibilidad de cambiar de bien o servicio en una misma área geográfica o cuando cambian de área para obtener el mismo bien o servicio. La naturaleza y magnitud de éstas dos clases de respuestas por parte de la demanda, determinan la amplitud tanto del mercado relevante de producto como del mercado geográficamente relevante.

2.1.2.1 Mercado Relevante de Producto. Desde el punto de vista del mercado relevante de producto, el examen del aumento de precio se le aplica a cada uno de los productos de cada una de las compañías objeto de la fusión. Así, se considerará que el mercado relevante de producto es aquel grupo de productos que mejor satisfagan el examen. En otras palabras, se busca agrupar el número de alternativas suficientes que indiquen que la empresa objeto de estudio, no tenga la capacidad de aumentar los precios o que dicha alza de precios sea improductiva y por lo tanto tenga que volver al nivel de precios en que se encontraba el mercado.

2.1.2.2 Mercado Geográficamente Relevante. Por su parte, se considera que el mercado geográficamente relevante es aquella área en donde el alza de precios se torna improductiva debido a las posibles alternativas. Así, el área geográfica va hasta el punto donde el alza

⁴⁵ 1992 Horizontal Merger Guidelines [Con las revisiones del 8 de Abril en cuanto a la sección sobre Eficiencias]; Sección 1.0. La traducción del texto en Inglés es mía.

deja de ser productiva. En otras palabras, el mercado geográfico se extiende hasta donde los consumidores o usuarios vayan, con el fin de buscar una alternativa para sus necesidades, dada la alza en los precios. En este orden de ideas, el alza de precios sólo será productiva mientras el consumidor no busque un sitio en donde la misma necesidad sea satisfecha a un costo igual, incluyendo los gastos en desplazamiento, transporte etc.

2.1.2.3 Niveles de Participación y Concentración en el Mercado. Definido de esta manera el mercado relevante, las Guías proceden a medirlo en cuanto al número de participantes, la participación de cada uno de éstos y finalmente la concentración del mismo. En principio, se considera que una compañía es participante del mercado cuando vende o presta los productos o servicios en el área geográfica determinada. Adicionalmente, se pueden llegar a considerar como participantes otras compañías dependiendo de la respuesta que den al mencionado aumento de precios. Así por ejemplo, cuando una compañía que opera en un mercado diferente, dado el incremento en el precio, decide penetrar rápidamente el mercado objeto de estudio, sin que ello implique incurrir en mayores costos, se considerará participante del mercado.

La participación de cada competidor en el mercado se puede medir de dos formas. Por un lado, en términos económicos, por el valor de sus ventas, envíos, producción, capacidad reservas etc. Por otro lado, esos mismos factores se pueden medir por unidades, es decir cantidad de ventas, de producción, de envíos o de reservas. La participación de cada competidor equivale a un porcentaje del total de ventas, producción, envíos, capacidad o reservas según el factor que se esté utilizando.

Finalmente, se mide la concentración del mercado en términos de número de competidores y participación de cada uno de estos. Lo anterior se logra utilizando el llamado Herfindahl-

Hirschman Index (el "Índice"). Para entender mejor este mecanismo, generalmente se utiliza el siguiente ejemplo:

"Un mercado en donde participan 4 empresas con un porcentaje de participación de 30%, 30%, 20% y 20% tiene un Índice de 2600 ($30 \times 30 + 30 \times 30 + 20 \times 20 + 20 \times 20 = 900 + 900 + 400 + 400 = 2600$). El Índice oscila entre 10,000 (cuando existe un monopolista) y un número aproximado a cero (cuando existen cientos de competidores y el mercado es altamente atomizado)"⁴⁶

Con base en este Índice, la Guías consideran que un mercado es desconcentrado cuando el resultado es inferior a mil (1,000), moderadamente concentrado entre mil (1,000) y mil ochocientos (1,800) y altamente concentrado cuando el Índice da como resultado un número superior a mil ochocientos (1,800). De esta manera según el resultado post-fusión, las Guías consideran que habrá o no efectos adversos a la competencia. Así, cuando el Índice resulta en un mercado desconcentrado, se considera que no habrá efectos adversos a la competencia luego de la fusión y por lo tanto, ordinariamente, no se requiere mayor análisis. Sí el Índice resulta en un mercado moderadamente concentrado, la conclusión puede variar. Cuando el cambio es superior a cien (100) puntos se cree que este nivel de concentración no generará efectos adversos para la competencia y por lo tanto no se hacen mayores análisis. Por el contrario, cuando el cambio es superior a 100 puntos, el Índice es tan sólo un punto de partida y por lo tanto se hacen estudios adicionales, ya que se considera que existen potenciales efectos para la competencia. En estos casos se entra a estudiar factores tales como facilidad de entrada, eficiencias, posibilidad de "quiebra" y por lo tanto salida de activos del mercado. Finalmente, en los mercados altamente concentrados, las conclusiones varían igualmente. Cuando el resultado es inferior a cincuenta (50) puntos se cree que no habrá efectos adversos para la competencia y por lo tanto no se hacen mayores análisis.

Cuando por el contrario, el resultado genera aumentos en el Índice de concentración superiores a cincuenta (50) puntos, se hacen más estudios entorno a la facilidad de entrada, eficiencias y posible salida de activos del mercado sin una fusión.

Como se puede observar del anterior análisis, las Guías se basan exclusivamente en el Índice de concentración para concluir si la fusión es beneficiosa o no para la competencia, cuando el mercado no está concentrado, es decir cuando existen alternativas para los consumidores – usuarios. Sin embargo, cuando el resultado post-fusión genera mercados moderadamente concentrados o altamente concentrados, el Índice es tan sólo un punto de partida y no el único elemento de análisis. En otras palabras, para las Guías, con un nivel alto de concentración se presume que se generarán efectos adversos a la competencia; presunción que se puede desvirtuar con factores como facilidad de entrada al mercado, generación de eficiencias y posible salida de activos si no se perfecciona la operación.

2.1.2.4 Operaciones de Integración. En 1976 se dictó fue la Ley *Harad-Scott-Rodino* como una crucial enmienda a la Ley Clayton. En ella se estableció por primera vez, que las partes interesadas en perfeccionar una fusión están obligadas a informar de la proyectada operación a la Comisión y a la División antes de que esta se pudiese llevar a cabo.⁴⁷ A partir de la notificación, las Agencias *Antitrust* tienen un término relativamente corto para determinar si hay aspectos anticompetitivos de importancia, solicitar información adicional y finalmente decidir si se oponen o no a la proyectada transacción. Con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, no era posible tener conocimiento de la existencia de las integraciones sino cuando éstas ya se habían implementado. En consecuencia, si se

⁴⁶ 1992 Horizontal Merger Guidelines [Con las revisiones del 8 de Abril en cuanto a la sección sobre Eficiencias]; Sección 1.5. Las traducciones del texto en Inglés son mías.

intentaba alguna acción judicial contra la operación, ésta sólo se resolvía hasta algún tiempo después, cuando las operaciones de las compañías ya se habían integrado totalmente y por lo tanto era virtualmente imposible desintegrarlas.

Como lo mencioné anteriormente, estas Guías están diseñadas de tal manera que permiten entender cómo es que se analiza una posible integración, con el fin de determinar si dicha integración tiene la posibilidad de afectar la competencia de manera sustancial. Sin embargo, las Agencias *Antitrust* son enfáticas en resaltar que las Guías no revelan de manera alguna la forma como adelantarían una eventual acción judicial en estos casos. El fondo del asunto es entonces prevenir que las integraciones puedan crear o aumentar el poder de mercado o facilitar su ejercicio y no simplemente prevenir concentraciones indebidas. Como ya se había anotado, el poder de mercado es entendido en la legislación norteamericana, como la facultad para incrementar los precios por encima de los niveles competitivos o para mantener los niveles de la oferta por debajo de niveles competitivos. Esta facultad se puede presentar tanto de manera individual como por acuerdo con otros competidores. De esta manera, los competidores se ven afectados ya que carecen de suficientes alternativas que reemplacen el producto o servicio en cuestión. Adicionalmente, es importante anotar que los lineamientos aquí establecidos, le sirven de guía a los interesados en adelantar una integración, toda vez que de antemano saben cuál es la información requerida por las Agencias *Antitrust*.

El problema que muchos críticos le encontraron a las nuevas Guías fue que durante los ochenta's, el Gobierno no las puso en práctica. Estudios realizados al final de la década, revelaron que entre 1982 y 1986 se rechazaron tan sólo el 0.7% de las integraciones

⁴⁷ Es de anotar que las cifras a partir de las cuales surge esta obligación fueron recientemente modificadas y entraron en vigencia a partir del 1 de Febrero de 2001. El texto

proyectadas, cuando entre 1979 y 1980 se habían objetado 2.5% de las solicitudes presentadas. Sin embargo, al finalizar la década, se objetó un número mayor de integraciones. Lo anterior, debido a que entre 1987 y 1990 y posteriormente a partir de 1993, aumentó el número de solicitud de fusiones.

En 1992, las Agencias *Antitrust* revisaron conjuntamente los lineamientos para las integraciones horizontales, manteniendo los principios básicos establecidos en 1982. En otras palabras, la política continuaba siendo evitar aquellas integraciones que aumentarían el poder de mercado.

En términos generales, al analizar una solicitud de fusión se tienen en cuenta cinco aspectos fundamentales, con el fin de determinar si de ella surgen problemas competitivos: (i) Determinar si la operación aumentaría la concentración del mercado relevante debidamente medido y determinado; (ii) Dado el nivel de concentración existente y teniendo en cuenta otros factores característicos del mercado, se busca determinar cuáles serían los efectos adversos a la competencia que se podrían generar; (iii) Evaluar la facilidad de entrada al mercado, si la entrada de otros competidores tiene la posibilidad de evitar o por lo menos contrarrestar los posibles efectos adversos y cuanto se demoraría ello en ocurrir; (iv) Establecer qué eficiencias se lograrían con la fusión y a las cuales no se podría llegar sin el perfeccionamiento de la misma; (v) Determinar si existe la posibilidad de que sin la fusión, alguna de las compañías entre en lo que en nuestro medio se conoce como liquidación obligatoria, generando así, una salida de activos del mercado.

Desde el punto de vista de la concentración del mercado, las Guías operan bajo el principio general según el cual las fusiones que no aumenten la concentración del mercado de

original y sus modificaciones se puede ver en la página web de la Comisión: www.ftc.gov

manera significativa o no resulten en un mercado altamente concentrado, no requieren de mayor análisis por que cuando ello es así, no habrá la posibilidad de crear o aumentar el poder de mercado. En otras palabras, en un mercado con bajos niveles de concentración, un eventual competidor con “poder de mercado” no podría aumentarlos o abusar de él ya que ante un aumento de precio por parte éste, los consumidores tienen otras alternativas de las cuales pueden escoger.

2.1.3 Aspectos particulares del Sector Financiero

Respecto de las integraciones económicas en el sector financiero en concreto, vale decir que para la División, donde más sobresale la importancia de la aplicación de las Normas Antitrust en este sector, es en el tema de las fusiones. La misma Corte Suprema de los Estados Unidos ha reiterado la importancia de su aplicación a este tema. En efecto, la Corte, al resolver el caso Estados Unidos vs. Banco Nacional de Filadelfia, (1963) dijo que:

“Las bases sobre las cuales está edificado todo el sistema de la libre empresa se ve amenazado cuando a un empresario se le niega la posibilidad de acceder a créditos porque las alternativas de éstos han sido eliminadas a consecuencia de una fusión; cuando se permite que los costos de los servicios financieros sean excesivamente elevados debido a la ausencia de competencia en el mercado, los costos en toda la economía subirán ...”⁴⁸

Por su parte, la División ha sido insistente en reiterar que cuando hay múltiples y competitivas fuentes de crédito y demás servicios financieros, los precios de estos productos tienden a bajar mientras que la calidad y la innovación en los mismos es cada día mejor.

⁴⁸ Citado por BINGAMAN, K., Anne; Asistente del Fiscal General en la División Antitrust del Departamento de Estado de los EE.UU., en su discurso en la Conferencia sobre Banca y

Por otra parte, en principio, la notificación previa o “aviso de fusión”, no se presenta con base en la Ley Hard-Scott-Rodino, sino con base en las normas bancarias propias de este sector.⁴⁹ De acuerdo con esta regulación especial, y según sea la naturaleza jurídica de la entidad absorbente o resultante de la operación, la facultad de aprobar u objetar la operación proyectada varía entre las diversas agencias encargadas de supervisar y vigilar la actividad financiera, (la “Agencia Encargada”). Sin embargo, se exige un reporte sobre los efectos competitivos de la operación proyectada por parte de la División. Adicionalmente, es necesario resaltar que en ciertos casos la Agencia Encargada sigue siendo la División. En efecto, cuando ciertos activos de las empresas participantes en la operación no están relacionados con las actividades bancarias de éstas, la integración de tales activos seguirá sujeta a la aprobación de la División.

Por otro lado, cualquier acción que se pretenda intentar en contra de la operación por parte de la División debe iniciarse antes del vencimiento de cualquiera de los términos para el perfeccionamiento de la operación mencionados anteriormente. Perfeccionada la operación en cumplimiento de los parámetros aquí establecidos o terminada cualquier acción que se haya intentado, la operación queda en firme y no puede volver a ser atacada por la violación de las Normas Antitrust.

En el año de 1995, por iniciativa de la División, ésta, en coordinación con el *Federal Reserve System Board of Governors* y el *Office of the Comptroller of Currency*, dos de las Agencias Encargadas de la vigilancia del sector financiero, se expidió de manera conjunta una serie

Regulación Antitrust organizada por la Oficina para el Control de la Moneda, Nov. 16, 1995, p. 2. La traducción del texto en Inglés es mía.

⁴⁹ Las más relevantes son el *Bank Holding Company Act*, el *Federal Deposit Insurance Act* y el *Home Owners' Act*.

de guías especiales para las integraciones horizontales en el sector bancario ("*Bank Merger Screening Guidelines*" las "Guías para el Sector Bancario"). En general, al igual que las Guías generales para las integraciones horizontales ya mencionadas, las Guías para el sector Bancario tienen dos propósitos fundamentales. Por un lado, establecer en un solo documento, las reglas básicas que utilizan las agencias federales para evaluar una fusión en este sector. En segundo lugar, le permiten a aquellos interesados en llevar a cabo una integración, conocer cuál es la información requerida, los factores que se tienen en cuenta las agencias federales y los aspectos de mayor importancia para éstas. Adicionalmente, se ha insistido en torno posibilidad de adelantar reuniones previas con las partes interesadas en la operación, con el fin de debatir los aspectos específicos de las guías en la operación que se pretende adelantar.

El resultado primordial que se ha dado como consecuencia de la utilización de las guías para el Sector Bancario es que aquellas integraciones que no generan problemas anticompetitivos, se han adelantado rápidamente sin impedimento alguno. A manera de ejemplo, vale la pena anotar que en 1998, año de las "mega-fusiones" en el sector bancario de los Estados Unidos, la División evaluó 1.923 solicitudes. De ellas, 13 fueron reestructuradas a solicitud de la División y 1.910 fueron aprobadas. Dentro de las operaciones autorizadas, en algunas se establecieron condiciones para que la operación pudiese continuar. En ocho de estos casos, la condición consistió en la venta de ciertos activos de alguna de las partes con el fin eliminar los efectos anticompetitivos que se pudiesen generar.⁵⁰

2.1.3.1 Mercado Relevante de Producto. Las Guías para el Sector Bancario utilizan el mismo marco de análisis empleado en los demás sectores económicos bajo las Guías

generales para las integraciones horizontales. Sin embargo, en el sector bancario, se ha hecho especial énfasis en asegurar la disponibilidad de alternativas de servicios para las pequeñas empresas. Lo anterior, debido a que consideran que quienes más se van a ver afectados por la escasez de competencia resultante de las fusiones, son las pequeñas empresas ya que salvo por los bancos comerciales, estas empresas no tienen otra alternativa que supla sus necesidades de crédito, a diferencia de lo que sucede con las medianas o grandes compañías.

Desde este punto de vista, la División analiza por separado el mercado de pequeños depósitos, el mercado de préstamos de diferentes clases (hipotecarios, de consumo y comerciales) y el mercado de los diversos servicios que las partes puedan ofrecer (fiduciarios, manejo de efectivo, correspondencia bancaria etc.). Es de anotar que a la hora de definir el mercado de producto en el sector bancario, existe una diferencia entre la Reserva Federal y la División en cuanto a cómo se debe entender el mercado. Para la reserva, se trata de un mercado unificado, mientras que la División lo ve como un mercado con diversos productos que el usuario – consumidor no ve como buenos sustitutos el uno del otro y por ello es que determina el mercado de producto, diferenciando cada servicio en particular.

Sin embargo, la División ha sido criticada en reiteradas oportunidades por no tener en cuenta como alternativas de crédito, otras instituciones como son las denominadas *finance companies* y/o las *credit unions*, quienes han logrado penetrar el mercado tanto de los créditos a las empresas como de los créditos de consumo. Respecto de los *credit unions*, la División ha determinado que en el mercado de las pequeñas empresas, estas instituciones crediticias no cubren los créditos para capital de trabajo requerido por aquellas y por lo tanto

⁵⁰ Mega-Mergers. In the Banking Industry. Address by Robert Kramer, 1999.

no se pueden tener en cuenta como competencia. En cambio, las *finance companies* si han logrado penetrar el mercado en otro tipo de crédito, tal como la financiación para compra de maquinaria. Por lo anterior, sólo cuando estas instituciones se constituyen como una alternativa de crédito y por lo tanto un factor de competencia, la División las incluye dentro del mercado relevante de producto.

2.1.3.2 Mercado Geográficamente Relevante. Por su parte, para la determinación del mercado geográfico, la División utiliza en principio, la manera como la Reserva Federal tiene geográficamente determinado el mercado. Sin embargo, dada la amplitud del mismo y lo abstracto de la clasificación, la División en varias oportunidades se aparta de ella, cuando así lo exige la realidad. Lo importante aquí, es que para la División el elemento diferenciador entre un mercado geográfico y otro es hasta dónde llegará un usuario – consumidor buscando una alternativa para sus necesidades financieras. Así por ejemplo, en lo que respecta a los préstamos a pequeñas empresas, la División entiende que éstas tienden a utilizar las entidades financieras locales, razón por la cual generalmente definen el mercado geográfico en términos de áreas metropolitanas o ciudades. Por el contrario respecto de préstamos a empresas medianas o grandes, el área geográfica relevante tiende a ser más amplia dadas las facilidades de los bancos de extender sus servicios y controlar los créditos. Como se ve en un caso el mercado geográficamente relevante se mide por los gustos del consumidor mientras que en el caso de las empresas más grandes se extiende el área debido a que bancos de otras áreas geográficas pueden llegar hasta donde están ubicadas las empresas.

2.1.3.3 Efectos en la Competencia. Determinado el mercado relevante a continuación la División procede a determinar los posibles efectos que en la operación pueda tener en la competencia. Para este efecto se tiene como punto de partida un incremento del 5% como

parámetro después del cual el usuario – consumidor buscaría otras alternativas de crédito. En otras palabras, si al perfeccionarse la fusión, la nueva entidad tiene la capacidad de incrementar sus precios en un 5 % o más, se entenderá que en principio la proyectada fusión traerá como consecuencia efectos anticompetitivos. En segundo lugar, se mide el nivel de concentración a través del Índice que en este sector es una herramienta fácil de usar, debido a la disponibilidad de información en torno a la suma de depósitos de los bancos o inclusive activos o créditos otorgados en el caso de otras entidades de crédito. Como se mencionó, entre más alto sea el nivel de concentración inicial y el cambio que en éste se produzca, luego del perfeccionamiento de la proyectada operación, más alta será la probabilidad de una oposición por parte de la División a la misma. Al igual que en los demás sectores estos cálculos aritméticos son tan solo el punto de partida. En efecto, a partir de aquí, se tendrán en cuenta factores menos cuantificables y que hacen la oposición más o menos posible. Algunos de estos factores adicionales son: la facilidad de entrada al mercado, la velocidad con que el tamaño del mercado se expande o contrae, y las eficiencias que las partes demuestren se generarán con la operación y que contrarresten los efectos anticompetitivos que se puedan llegar a producir.

Luego, la División intenta determinar si históricamente se ha penetrado el mercado, mediante la constitución de nuevas instituciones y no mediante la integración o si por el contrario el mercado en si crece rápidamente y por ende tiene la capacidad de atraer nuevos participantes cuando los actuales competidores obtienen ganancias por encima de lo normal, teniendo en cuenta los riesgos.

El siguiente paso es determinar la capacidad competitiva de otros participantes tales como las *finance companies* y las denominadas *thrift institutions*, cuando el producto o servicio así lo amerite.

2.1.3.4 Enajenación de Activos. Un último aspecto que se debe mencionar dentro del tema de las operaciones de integración en el sector financiero de los Estados Unidos, se refiere a las condiciones impuestas antes de aprobar definitivamente una fusión. Como se había ya mencionado, cuando a juicio de la División o de la correspondiente Agencia Encargada, la operación que se pretende adelantar genera efectos anticompetitivos, éstas pueden negar la solicitud, exigirle a las partes que reestructuren la propuesta e inclusive exigir la enajenación de aquellos activos que a su juicio son los que generan los efectos anticompetitivos. Esta última posibilidad es lo que se conoce en Estados Unidos como *divestitures*. Como ya se dijo se trata de la venta de aquellos activos que, a juicio de la División o de la Agencia Encargada, pueden llegar a generar efectos anticompetitivos una vez perfeccionada la operación. En el tema que nos ocupa los activos, que generalmente pueden llegar a generar los efectos mencionados, consisten en grupos o cadenas de oficinas en diferentes áreas geográficas.

La utilización de este mecanismo como solución a los posibles efectos anticompetitivos que se estaban generando surgió en los años 70 con la oleada de fusiones que se presentaron en esa década. Hoy en día el uso de este mecanismo ha hecho viable aquellas transacciones que de otro modo hubiesen sido objetadas. Aunque en la mayoría de los casos los activos enajenados comprenden un porcentaje muy reducido de los depósitos de las instituciones que se pretenden integrar, en las denominadas “mega-fusiones” ocurridas durante 1998 representaron un porcentaje considerablemente alto en conjunto. En la fusión entre *Nations Bank* y *Bank of America*, una operación de aproximadamente US\$60 billones de dólares, se exigió la enajenación de 17 oficinas de *Bank of America* en el Estado de Nuevo México. La anterior exigencia se debió a que la División encontró que en este Estado, existían muy pocas alternativas de servicios bancarios y financieros para pequeñas y

medianas empresas. Es de resaltar que esta solución no es utilizada de manera arbitraria sino que se exige solamente cuando se observan problemas anticompetitivos. Así por ejemplo, en la transacción de US\$70 billones de dólares entre Citicorp y Travelers anunciada en abril de 1998, no se encontró que hubiese problemas anticompetitivos significativos y por lo tanto no se exigieron enajenaciones, en vista de que se trataba de dos instituciones que prestaban diferentes servicios financieros y cuyo mercado geográficamente relevante era prácticamente todo el país, no había un nivel de concentración tan alto como para exigir que se deshiciesen de una u otra cadena de oficinas.

La Reserva Federal considera que al enajenar un grupo o cadena de oficinas, éstas todavía pueden ser viables, dado que la experiencia les ha demostrado que la ubicación de las oficinas es una de las consideraciones principales, tanto de usuarios individuales como de pequeñas empresas, a la hora de escoger sus proveedores de servicios financieros. Y es que la viabilidad económica de las oficinas enajenadas es el aspecto de mayor importancia desde el punto de vista de la política antimonopolística, ya que de lo que se trata es de permitir la existencia de competencia en el mercado relevante, tanto de producto como desde un punto de vista geográfico. Lo que se busca es que la cadena de oficinas sea viable de tal manera que pueda competir en su mercado y mantener su participación en el mismo.

Según la Reserva Federal⁵¹, de las 210 oficinas que habían sido enajenadas como consecuencia de fusiones autorizadas entre 1985 y 1992, éstas permiten determinar la viabilidad de las mismas y la eficacia del mecanismo. Tales cifras arrojan la siguiente información: (i) En 46 instancias, se enajenó tan sólo una oficina; (ii) En 22 mercados relevantes diferentes se cedieron los activos de tan sólo 2 oficinas. (iii) Casi la totalidad de

⁵¹ BURKE, John; Divestitures as an Antitrust Remedy in Bank Mergers. El señor Burke es Economista Senior de la División de Investigación y Estadística de la Reserva Federal.

las oficinas enajenadas sobrevivieron y se mantuvieron operando durante el período de observación que osciló entre tres y diez años. (iv) Tan sólo tres oficinas fueron cerradas en los 83 mercados objeto de estudio. (v) Adicionalmente, vale la pena resaltar que en promedio 83 de las 210 oficinas enajenadas aumentaron su participación en un 2.5 por ciento. (vi) Igualmente, se concluyó que en la mayoría de los casos, las oficinas enajenadas o aumentaron su participación en el mercado o se mantuvieron con su nivel inicial y muy pocas la perdieron.

La anterior evidencia demuestra como el mecanismo de exigir la enajenación de oficinas y/o cadenas de las mismas es una excelente política para evitar los efectos anticompetitivos presentados por las fusiones entre competidores.

2.1.4. Conclusiones Preliminares

A manera de conclusión preliminar, hay que decir que aunque en principio el derecho norteamericano buscaba prohibir y dismantelar por cualquier medio las empresas que tuviesen poder de mercado, esta tendencia ha ido cambiando. En efecto, la política sigue siendo proteger la competencia. Sin embargo, hoy en día el análisis se adelanta con argumentos de tipo económico más que de cualquier otra naturaleza. De esta manera si se mantiene la competencia y se logra generar eficiencias que finalmente beneficien al consumidor, las integraciones económicas no son objetadas.

2.2 EXISTENCIA DE POSICIONES DOMINANTES Y REPRESIÓN DEL ABUSO DE LAS MISMAS

Como se había anticipado en el capítulo sobre aspectos preliminares, la legislación comunitaria europea en el artículo 86⁵² del Tratado de Roma en virtud del cual se establece la Comunidad Económica Europea, implementó un sistema mediante el cual se busca impedir que la posición dominante que pueda llegar a tener una empresa, se utilice de manera perjudicial y abusiva de tal manera que, en última instancia sean los consumidores los que se vean afectados.

2.2.1 Antecedentes Históricos

La primera manifestación expresa en torno al control de las concentraciones económicas en el ámbito comunitario, se presenta al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Luego de la guerra, Europa se preocupó por buscar un mecanismo que lograra evitar el surgimiento de un nuevo conflicto armado que acabara de destruirla. Así, la primera manifestación se da con la firma en 1951 del Tratado de París, que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (el "Tratado CECA").

Dado el poderío económico que generaban estos dos sectores, desde el preámbulo mismo, se puede observar cual era la intención de los firmantes:

“sustituir rivalidades antiguas por la puesta en común de sus intereses esenciales; crear estableciendo una Comunidad Económica las bases para una Comunidad más amplia, más profunda entre los pueblos que por mucho tiempo habían estado divididos por conflictos sangrientos, y establecer los fundamentos que dirigirán un destino de ahora en adelante común.”⁵³

⁵² El Tratado de Ámsterdam que entró en vigencia a partir del 1 de Mayo de 1999 reenumera los artículos del Tratado CEE. De esta manera los artículos 85 y 86 del mismo, pasan a ser el 81 y 82 respectivamente. A pesar de lo anterior para un mejor entendimiento se seguirá hablando de los artículos 85 y 86.

⁵³ BELLAMY, Christopher, GRAHAM, Child; Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 23.

Tanto el sector del carbón como del acero, eran sectores que presentaban una estructura oligopolística y adicionalmente, se consideraba que de cierta manera, las grandes concentraciones empresariales eran corresponsables de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁴

Es por ello que en el Tratado CECA se optó por un sistema mediante el cual, de manera previa, se controlaría cualquier proceso de integración empresarial, en los sectores regulados por el Tratado. Se estableció la obligatoriedad de una autorización previa por parte de la Alta Autoridad⁵⁵ antes de que se pudiese consumir la concentración proyectada. Es más, la Alta Autoridad tenía la facultad de ordenar la separación de aquellas empresas o activos que se hubiesen reunido sin previa autorización, de ordenar la cesación del control común y en general de implementar cualquier acción tendiente a restaurar la competencia cuando ésta se viera afectada por concentraciones no autorizadas por ella.⁵⁶

Como se puede observar, el Tratado CECA tenía una amplia influencia del

⁵⁴ ALMONACID S., Juan Jorge, y GARCIA L., Nelson G. Derecho de La Competencia, Legis Editores S.A., Bogotá, 1998, p. 121.

⁵⁵ Ente supremo que se encargaba de administrar el mercado común de carbón y del acero. La Alta Autoridad se suprime en 1967 por el Tratado de Fusión, que establece un solo Consejo y una sola Comisión de las Comunidades Europeas.

derecho *antitrust* norteamericano. No era de extrañarlo, pues bajo el llamado *Marshall Plan*, los Estados Unidos fueron los mayores impulsores de la recuperación de Europa y por tanto, ejercieron gran influencia sobre las políticas que se adoptaron en todos los frentes, incluyendo el control sobre las grandes concentraciones empresariales. Sin embargo, y teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual se encontraba Europa, la política sobre el control de las concentraciones económicas cambiaría de rumbo.

Con estos antecedentes, en 1957 se firma el Tratado que establece la Comunidad Económica Europea (el “Tratado CEE”). Dado el bajo nivel de integración económica en el que se encontraba Europa, uno de los principales objetivos del Tratado CEE era precisamente fomentar dicha integración. Es por ello que en el artículo 2º se establece claramente que “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el **establecimiento de un mercado común** y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados Miembros que la integran”. (Negrilla fuera de texto)

⁵⁶ MIRANDA, S. Luis María; Las Concentraciones Económicas: Derecho español y europeo. Citado por ALMONACID S., Juan Jorge, y GARCIA L., Nelson G., Derecho de La

Por su parte, de acuerdo con el artículo 3° del Tratado CEE, uno de los principios orientadores de las actividades de la comunidad es “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común”. Este principio se desarrolla principalmente con la adopción de los Artículos 85 y 86 del Tratado CEE cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 85:

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.
- d) Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para las prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdo entre empresas.
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas.
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservan al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.
 - b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 86:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, **la explotación abusiva** por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.
- b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
- c) Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.” (Negrilla fuera de texto)

El artículo 85 busca evitar aquellas prácticas concertadas entre las empresas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia dentro del mercado común. Por su parte, como ya se había mencionado el artículo 86 busca contrarrestar el ejercicio de aquellas prácticas que impliquen un abuso de la posición dominante, sin que por ello

se prohíba la existencia de tales posiciones.

Se trataba entonces de buscar un mecanismo mediante el cual se contribuyera a la formación de empresas que pudiesen competir con las grandes multinacionales que estaban penetrando el mercado, sin que con ello se limitara la libertad de competencia, uno de los ejes fundamentales sobre el cual se buscaba construir el mercado común.

En ejercicio de sus competencias, el Consejo de la Comunidad Económica Europea (el “Consejo”)⁵⁷ expidió el Reglamento N° 4.064 de 1989 relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas⁵⁸ (el “Reglamento”). Al igual que las Guías y las Guías para el Sector Bancario, el Reglamento constituye el documento que marca el derrotero en torno a la manera como la Comisión de la Comunidad Económica Europea (la “Comisión”)⁵⁹ determina cuando una integración empresarial resulta incompatible con el Tratado CEE en cuanto al propósito de mantener una competencia no falseada en la Comunidad. Según el artículo 4° del

⁵⁷ Es el poder legislativo de la comunidad. Sus decisiones son adoptadas mediante Reglamentos y Directivas propuestas por la Comisión.

⁵⁸ Diario Oficial L 395 de 30/12/89 p. 1

⁵⁹ La Comisión es la entidad encargada de velar por el cumplimiento de los principios establecidos tanto en el artículo 85 como en el 86. A su vez, en virtud del artículo 89 del Tratado CEE, el Consejo ha expedido una serie de Reglamentos que junto con lo estipulado por el artículo 87, han hecho de la Comisión el ente encargado de asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado CEE relativas a la competencia y poner fin a las infracciones que se produzcan. Esta entidad se pronuncia a través de decisiones las cuales

Reglamento, las operaciones de concentración que tengan una dimensión comunitaria deben ser notificadas previamente a la Comisión con el fin de que ella pueda evaluar su compatibilidad con los principios del Tratado. Aunque el Tratado CECA ya le había otorgado esta facultad a la Autoridad en los sectores regulados por el mismo, bajo el Tratado CEE tan sólo la adquiere a partir del 21 de septiembre de 1989, fecha en la cual entra en vigencia el Reglamento.

En cumplimiento de los principios establecidos en el Tratado CEE, el objetivo fundamental del Reglamento consiste en controlar los cambios estructurales en la oferta de bienes o servicios, con el fin de prevenir la creación o reforzamiento de una posición de dominio, de tal manera que la competencia efectiva no se vea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Cuando ésta sea la consecuencia de la concentración, será declarada incompatible con el mercado común por parte de la Comisión y/o viceversa.

Para estos efectos, el artículo 2º, apartado 1º, inciso 2º del Reglamento, establece que al evaluar una operación de concentración económica, la Comisión debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

tienen una gran importancia al establecer los principios generales que guían su actuación.

“a) la necesidad de **preservar y desarrollar** una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.”

Es importante resaltar el literal a) pues que detrás de éste se puede ver como se está buscando el desarrollo de un mercado común. Para ello es necesario entonces, facilitar la existencia de empresas que tengan participación en toda la comunidad.

Por su parte, el literal b) menciona factores que se deberán tener en cuenta a la hora de determinar una posición de dominio. Como se puede observar dicha posición no se determinará exclusivamente en términos porcentuales, sino que por el contrario se deben tener en cuenta otros factores que, sin perjuicio de las cifras porcentuales, afectan dicha participación.

2.2.2 Dimensión Comunitaria

Como se ha venido mencionando, la competencia de la Comisión, de

acuerdo con el artículo 1° del Reglamento, se circunscribe a aquellas concentraciones que tienen una “dimensión comunitaria”. Para estos efectos, en el apartado 2° se establecen los factores para determinar cuando la concentración objeto de estudio es de dimensión comunitaria de la siguiente manera:

- “a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5,000 millones de ecus⁶⁰ y
- b) el volumen de negocios realizado individualmente, en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.”

El Reglamento en el apartado 3 del artículo 1° le otorgó la facultad al Consejo para que, a propuesta de la Comisión revise las cuantías establecidas en el mismo. En virtud de esta facultad, el Consejo dictó el Reglamento N° 1310 del 30 de Junio de 1997⁶¹. En éste, y teniendo en cuenta que los umbrales para considerar una concentración con dimensión comunitaria eran muy altos, adicionó el siguiente apartado:

“ 3. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

⁶⁰ Téngase en cuenta que hoy en día se habla de Euros.

⁶¹ Diario oficial N° L 180 de 09.07.1997 P.0001

- a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2,500 millones de ecus;
- b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supera los 100 millones de ecus;
- c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y
- d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad."

Este segundo grupo de umbrales es conocido como "notificaciones múltiples" y está dirigido a tratar las operaciones que, si bien no alcanzan una "dimensión comunitaria", tal y como quedó definida en virtud del apartado 2º del artículo 1º del Reglamento, deberían ser notificadas de conformidad con las normas nacionales sobre competencia en al menos tres Estados Miembros.

De lo anterior se ve como son dos los factores que determinan la dimensión comunitaria de la operación de concentración: (i) Un factor cuantitativo determinado por el volumen de negocios y (ii) Un factor de distribución geográfica ya que "se excluye de la definición de concentración comunitaria aquella en la que cada una de las empresas afectadas 'realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la comunidad, en un

mismo Estado Miembro’.”⁶² Antes de referirse a cada uno de estos factores, es preciso resaltar que los indicadores aquí mencionados no son los elementos que determinan el mercado relevante geográfico o de producto. Tan solo son los umbrales que delimitan la competencia de la Comisión. Como se ve, dichos umbrales se establecen con base en factores puramente cuantitativos teniendo en cuenta el volumen de recursos destinados a las diversas actividades desarrolladas por las empresas y no a la actividad objeto de concentración. Es así como en la aludida Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios⁶³ se establece que los umbrales no toman en consideración otros parámetros tales como las cuotas de mercado, porque la idea es fijar un mecanismo sencillo que se pueda utilizar fácilmente para determinar si la operación tiene o no, dimensión comunitaria y por lo tanto si debe ser notificada de acuerdo con lo establecido por el Reglamento.

2.2.2.1 Factor Cuantitativo. Desde el punto de vista cuantitativo, para la Comisión el concepto de “volumen de negocios” se refiere al importe obtenido por la venta de bienes y/o de la prestación de servicios. Este volumen de negocios se determina con base en el último ejercicio más próximo a la fecha en que se realizará la operación. Adicionalmente, es de

⁶² Op. Cit BELLAMY, Christopher, GRAHAM, Child; p. 576

anotar que se trata de un importe neto, toda vez que previamente se deducen un conjunto de elementos expresamente establecidos por el Reglamento, tales como el impuesto al valor añadido, otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios⁶⁴ y descuentos sobre ventas (rebajas, reducciones por volúmenes u otras bonificaciones concedidas por las empresas a sus clientes y que afectan directamente el importe de las ventas). Este cálculo se refiere exclusivamente al volumen de negocios de las empresas participantes en la operación de integración y por lo tanto también se deducen las transacciones realizadas entre matrices y filiales tal y como se definirán más adelante.

2.2.2.2 Distribución Geográfica. En cuanto al elemento sobre la distribución geográfica basta con decir que el principio adoptado por el Reglamento consiste en la ubicación del cliente en el momento de la transacción. Lo anterior se aplica tanto en el caso de la venta de productos como de servicios.

2.2.2.3 Concentración de Empresas. Un último elemento adicional, que es necesario mencionar, tiene que ver con el concepto de “concentración de

⁶³ Comunicación de la Comisión sobre el cálculo de las cifras de negocio de conformidad con el Reglamento No. 4064/89 del Consejo. Diario Oficial No. C-66 de 02/03/1998.

⁶⁴ Para la Comisión esta deducción es bastante abstracta. Sin embargo, según la Comisión se refiere inequívocamente a la fiscalidad indirecta.

empresas". El Reglamento se encarga de establecer de manera concreta cuando existe una concentración de empresas y cuando no la hay, con el fin de delimitar el campo de acción de la Comisión en este aspecto. Lo que se busca, detrás de la definición de concentración que trae el Reglamento en su artículo 3°, es que la empresa resultante tenga un carácter de permanencia y sea independiente de las empresas participantes en la operación,⁶⁵ ya que tal y como se anticipa en el artículo 2°, uno de los factores a considerar es la posibilidad de elección de los consumidores y usuarios. En efecto, la competencia efectiva se verá falseada cuando se reduzcan las alternativas de los consumidores de tal manera que la empresa resultante tenga la posibilidad de crear o reforzar su posición en el mercado. Es así como mediante Comunicación sobre las operaciones de concentración⁶⁶, la Comisión aclaró que el Reglamento no se aplica a las operaciones que sólo tengan por objeto o efecto coordinar las actividades competitivas de empresas que sigan siendo independientes entre sí.⁶⁷

Igualmente, es de resaltar que la concentración no sólo se presenta cuando

⁶⁵ Sobre el tema de permanencia e independencia ver Op. Cit. BELLAMY, Christopher, GRAHAM, Child; p. 572.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento No. 4069/89 del Consejo. Diario Oficial N° C 385 de 31.21.1994, p. 005

⁶⁷ A este tipo de operaciones se le aplicará el Reglamento CEE número 17 de 1962 (Diario Oficial N° 013 de 21. 02. 1962). Este Reglamento con sus posteriores modificaciones fue el primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE y entro en vigencia el 13 de marzo de 1962.

dos o más empresas se fusionan entre sí, o cuando se crea una nueva empresa independiente. El apartado cuarto del artículo 3° del Reglamento entiende que la adquisición de control de una empresa se presenta no solo por ser titulares de derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa o de derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, tal y como se define concentración por el Reglamento. Igualmente se entiende que se ha adquirido el control cuando sin ser titular de dichos derechos o beneficiario de dichos contratos, se puede en todo caso, ejercer los derechos inherentes a los mismos.

2.2.2.4 Grupos Económicos. Un punto adicional que reviste algún grado de importancia, por razón de la estructura de nuestro sistema financiero que se verá más adelante, es la manera como se calcula este volumen de negocios en el caso de los grupos económicos. El Reglamento no define el concepto de grupo, sino que por el contrario opta por un criterio que podía definirse como “el derecho a dirigir las actividades de la empresa”. De acuerdo con el apartado 4° del artículo 5° del Reglamento, para efectos del cálculo del volumen de negocios, es necesario sumar los volúmenes de negocios de: (i) la empresa en cuestión; (ii) las compañías en las que la empresa en cuestión disponga, directa o indirectamente, (a) de más de la mitad del capital o del capital circulante, (b) del poder de ejercer más de la mitad de los derechos

de voto, (c) del poder de designar más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o (d) del derecho de dirigir las actividades de la empresa; y (iii) las compañías que dispongan de los derechos enumerados en el segundo numeral con respecto a una empresa afectada. En resumen, al determinar el volumen de negocios de la empresa afectada se debe incluir además de los de ésta, los de: (i) sus filiales y las filiales de éstas; (ii) sus matrices y las matrices de éstas; y (iii) las filiales de las matrices de la empresa afectada.⁶⁸

Adicionalmente, como ya se había mencionado, y con el fin de evitar una doble contabilización en el cálculo, la venta de bienes y servicios realizada entre las sociedades integrantes del grupo debe deducirse.

A pesar que el Reglamento no define los términos control, matriz y filial, es importante tener en cuenta estos conceptos, ya que con base en ellos es que se determina la existencia de un grupo económico. Por esta razón, la Segunda Directiva “sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la actividad de las entidades de

⁶⁸ Aunque éste último grupo de sociedades no se menciona expresamente, la Comisión, en su Comunicación sobre el cálculo del volumen de negocios así como en la Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas (Publicado en el Diario Oficial C 66 de 02.03.1998), ha interpretado así el literal c) del apartado 4° del artículo 5° del Reglamento ya que se emplea el plural al referirse a las sociedades matrices.

crédito y su ejercicio”⁶⁹, adopta las descripciones que sobre estos conceptos trae la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo del 13 de junio de 1983 “basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a las cuentas consolidadas”,⁷⁰ Aunque esta Directiva tampoco define los conceptos de matriz o filial, sin embargo, si describe las relaciones entre unas y otras, al imponer la obligación de establecer cuentas consolidadas, describe las ocasiones en que se presenta esta obligación. De estas circunstancias se puede inferir cuando existe una relación de matriz filial y cuando hay una situación de control.

Finalmente, la Comisión, en la Comunicación sobre el cálculo del volumen de negocios, hace énfasis en que al hablar de grupos el Reglamento se refiere a los grupos existentes antes de la proyectada transacción y no a aquellos que puedan surgir a raíz de la operación misma.

2.2.3 Mercado Relevante

Establecidos estos conceptos preliminares, es procedente ahora entrar a determinar la manera como el Reglamento define y determina el mercado relevante para efectos de una operación de concentración entre empresas.

⁶⁹ Diario oficial N° L 386 del 30.12.1989, p. 0001

⁷⁰ Diario Oficial N° L 193 de 18.07.1983 p. 0001

En términos generales, la Comisión sostiene que el definir un mercado relevante consiste en la efectiva identificación de fuentes alternativas de abastecimiento para los consumidores de las empresas involucradas en la operación, en términos tanto de productos o servicios como en la ubicación geográfica de dichas alternativas.

2.2.3.1 Mercado Relevante de Producto. De esta manera, dentro del concepto de mercado relevante de producto el Reglamento incluye todos los productos y/o servicios que son considerados intercambiables o sustituibles entre sí, dadas las características, el precio y/o el uso que se le dé a ellos. Esta definición se incluye igualmente en el llamado Formulario CO, relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo. (el “Formulario CO”).⁷¹

Sobre la base de esta definición, el Formulario CO exige que quienes notifican una operación de concentración entre empresas expliquen los motivos por los cuales incluyen y/o excluyen productos o servicios dentro de lo que consideren el mercado relevante del producto o servicio ofrecido por ellas. Para tal efecto se mencionan, a título de ejemplo, factores tales como la sustituibilidad de los productos, las condiciones de la competencia, los

⁷¹ El formulario CO constituye el Anexo I del Reglamento y tiene como finalidad especial establecer la información específica que deben suministrar las empresas participantes en la operación de concentración.

precios y la elasticidad cruzada de la demanda, entre otros factores. Adicionalmente, la Comisión ha sostenido que aunque las características del producto y el uso que le dan los consumidores son importantes para limitar el área de estudio, estos factores no son suficientes para concluir que dos productos son sustitutos de sí mismos. Por esta razón, mediante el Formulario CO la Comisión solicita información que evidencie que los productos o servicios son sustitutos. Entre la información solicitada se encuentra: (i) sustitución de los productos o servicios en el pasado reciente; (ii) respuestas en tal sentido por parte de los productores y consumidores; (iii) preferencias de los consumidores a través de estudios de mercado; (iv) barreras y costos relacionados con el cambio a sustitutos potenciales y (v) diferentes clases de consumidores y discriminación de precios.

Como se puede ver, el concepto de sustituibilidad en la demanda es un concepto general que también se tiene en cuenta por las autoridades comunitarias al determinar el mercado relevante de producto. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades resaltando la importancia de este concepto:

“El concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos.”⁷²
(Negrilla fuera de texto)

⁷² Asunto *Hoffman – La Roche* c. Comisión [1979] Rep 461, 516

Sobre este particular, la Comisión se pronunció mediante la Comunicación “sobre la definición de mercado relevante en causa a los fines del derecho comunitario en materia de competencia.”⁷³ En esta comunicación, la Comisión sostiene que en la determinación del mercado relevante es necesario tener en cuenta tres aspectos competitivos a los cuales están sometidos los participantes en el mismo: (i) sustituibilidad de la demanda, (ii) sustituibilidad de la oferta y (iii) la competencia potencial. De estos tres aspectos el que mayor relevancia tiene para la toma de decisiones económicas como alza de precios y/o aumento o disminución de la oferta, es el de la sustituibilidad de la demanda.

2.2.3.1.1 Sustituibilidad de la Demanda. Es perfectamente lógico que cuando hay alternativas suficientes en el mercado, una empresa o grupo de empresas no tiene la capacidad de determinar o afectar significativamente las condiciones de un mercado, como por ejemplo el precio del producto o servicio. Bellamy y Child⁷⁴ sostienen que no existe un examen para determinar de manera exacta cual es el grado de sustituibilidad que deben tener los productos o servicios en cuestión. Por lo tanto dicho grado se debe determinar teniendo como base factores tales como las preferencias de los consumidores, sus necesidades, la elasticidad cruzada de la demanda de los diversos productos y las prácticas generales del mercado. Sin embargo, sostienen los citados autores que de algunos precedentes comunitarios pueden extraerse algunos indicadores utilizados por las autoridades comunitarias para efectos de determinar el mercado relevante. Entre ellos vale la pena mencionar dos que pueden aplicarse al caso concreto: (i) La intercambiabilidad de los productos debe ser algo más que limitada. En otras palabras una insuficiente sustituibilidad de los mismos implica que el mercado se debe ampliar hasta el punto de

⁷³ Diario Oficial C - 372 de 09.12.1997

llegar a uno lo suficientemente grande como para incluir los productos que satisfagan las mismas necesidades, tengan las mismas características, los mismos precios etc. (ii) Cuando el mismo producto o servicio satisface diferentes necesidades, es necesario delimitarlo en cuanto al uso específico que se le da en el caso concreto. Lo anterior dado que cuando el producto sirve para diversos usos o satisface diferentes necesidades, cada una de estas es un mercado diferente.

Sin embargo, la Comisión sostiene que hay una forma para determinar hasta donde llega el mercado relevante de producto, con el fin de incluir todos los productos o servicios que conforman el mercado relevante de producto. Esto se logra aplicando el mismo examen utilizado en los Estados Unidos: se plantea de manera hipotética, una pequeña pero permanente alza en los precios con el fin de evaluar el comportamiento del consumidor. Alza que para las autoridades comunitarias oscila entre el 5 y el 10 por ciento del precio actual. En la medida en que dicha alza implique un cambio de producto o servicio por parte del consumidor, dicho producto o servicio debe entenderse como parte del mercado relevante. En el caso de las fusiones el precio hipotético sería el que se lograría establecer luego del perfeccionamiento de la operación, por parte de la entidad resultante.

⁷⁴ BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham y PICAÑOL, Enric. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Ed. Civitas, 1992.

2.2.3.1.2 Sustituibilidad de la Oferta. Desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, lo importante es que los competidores puedan entrar a ofrecer los nuevos productos o servicios en los mercados geográficamente relevantes, sin que ello implique mayores costos o riesgos de una magnitud lo suficientemente significativa como para que se retraigan del intento de ingresar a dicho mercado. Sin embargo, para que haya un impacto tan importante que implique que el alza de precios deje de ser lucrativa, la entrada de los nuevos productos debe ser inmediata y eficiente.

2.2.3.1.3 Competencia Potencial. El tercero de los factores a tener en cuenta es la competencia potencial. A este respecto la Comisión ha dicho que el estudio de este factor sólo se adelantará en una segunda etapa cuando se presenta la necesidad profundizar en el análisis de los posibles factores adversos a la competencia en razón de la posición que adquirirían las empresas objeto de la concentración.

2.2.3.2 Mercado Geográficamente Relevante. Por su parte la Comisión, en la ya mencionada Comunicación sobre las operaciones de concentración y en los términos del Formulario CO, sostuvo que el mercado geográficamente relevante “comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de la competencia son lo

suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas de aquéllas”.⁷⁵

Al igual que en el derecho *antitrust* norteamericano, tanto el Reglamento como el Formulario CO, establecen que para la determinación del mercado geográfico relevante es necesario tener en cuenta la naturaleza y las características de los productos o servicios, así como la existencia de barreras de entrada. Sin embargo, añaden como factores importantes, las preferencias de los consumidores y su capacidad de reacción, la existencia de diferencias apreciables en las cuotas de mercado de las empresas en las zonas geográficas próximas o de diferencias importantes en los precios. La importancia de estos factores radica en que en el derecho de la competencia comunitaria, una posición de dominio se obtiene cuando una empresa, o grupo de empresas, detentan una gran cuota del mercado relevante, siempre que estos otros factores apunten en la misma dirección.

Por último es importante mencionar que, al igual que en el caso del mercado de producto, la Comisión busca evidencia concreta para determinar cual es

⁷⁵ Sección 6 Formulario CO relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo.

el área geográfica relevante. Dicha evidencia consiste entre otras cosas en: (i) muestras recientes sobre los efectos generados por el cambio de precios en diferentes áreas y las consecuentes reacciones de los consumidores; (ii) características de la demanda tales como preferencias por productos nacionales, lenguaje cultura y hasta estilo de vida de los consumidores; (iii) respuestas y puntos de vista de los consumidores y competidores; (iv) patrón geográfico de compra por parte de los consumidores; (v) patrón de ventas cuando el patrón de compras es cambiante y (vi) barreras y costos generados por el cambio en las solicitudes de compra a empresas ubicadas en áreas diferentes. En este caso vale decir que el hecho de que no haya comercio más allá de las fronteras nacionales no implica, necesariamente, que el mercado sea nacional, puede ser más estrecho aún.

2.2.3.3 Cuotas de Mercado. Definido el mercado relevante tanto en su dimensión de producto o servicio como en su dimensión geográfica, la Comisión pasa a determinar la cuota o porcentaje de participación en el mismo. Por lo general, la Comisión solicita a través del Formulario CO que se suministren los indicadores de ventas de todos los participantes del mercado relevante con el fin de calcular el tamaño del mercado y la cuota de cada uno. Aunque normalmente los mejores indicadores para establecer las cuotas de participación son el valor o el volumen de ventas, existen algunos otros que igualmente se pueden utilizar dependiendo del sector de que se

trata: (i) capacidad; (ii) unidades que componen la flota (en el caso de las aerolíneas por ejemplo) y (iii) reservas (para el sector minero por ejemplo).

La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hoffman- La Roche c. Omisión* [1979] resalta la importancia las cuotas de mercado en la determinación de una posición de dominio en los siguientes términos:

“La existencia de una posición dominante puede derivar de varios factores que, tomados paralelamente, no son necesariamente determinativos, **pero entre tales factores uno muy importante es la existencia de una cuota de mercado muy grande.**

Una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande y que la mantenga durante cierto tiempo gracias a su volumen de producción y de suministros a gran escala – sin que aquellos con cuotas de mercado más pequeñas sean capaces de servir la demanda de aquellos que quisieran dejar al proveedor en posición dominante – está, en méritos de tal cuota de mercado, en una posición de fuerza que lo convierte en un proveedor necesario, y **que la posibilita, al menos durante un largo periodo, a actuar con plena libertad de acción que es la característica especial de una posición de dominio.**” (Negrilla fuera de texto)

A través de diversos apartes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁶, se puede ver cuál ha sido la tendencia con que se han analizado las cuotas de mercado. Sin perjuicio de lo anterior, “el Tribunal también ha llamado la atención sobre la importancia de las cuotas de mercado relativas. Las condiciones de la competencia son distintas en el mercado en el que el principal proveedor tenga un 40% y otros dos tengan un 30% cada uno y un mercado en el que un proveedor tenga un 40% y ninguno otro tenga más de un 10%. Puede existir una posición dominante en el segundo caso, pero es más difícil que exista en el primero”.⁷⁷ En muchos de éstos asuntos las cuotas del mercado superaban el 30% del mercado relevante, lo que de alguna manera hace pensar que tanto para la Comisión como para el Tribunal de Justicia, cuotas de mercado inferiores al 30% no son reveladoras de una posición dominante en el mismo. Desde el mismo Reglamento se puede ver como porcentajes entre el 25 y el 30 por ciento son, para las autoridades comunitarias reveladoras de posiciones de dominio. Es así como en el considerando 15 del Reglamento, se afirma que las operaciones de concentración de empresas con bajos niveles de participación en el mercado son compatibles con el mismo y que por lo tanto la compatibilidad con el mercado puede presumirse cuando la cuota del mercado que detentan las

⁷⁶ Al respecto ver Asuntos: *Hoffman – La Roche c. Comisión* [1979], *Michelin c. Comisión* [1983], *United Brands c. Comisión* [1978] y *Tetrapack c. Comisión* [1990].

⁷⁷ *Ibíd.* BELLAMY, Christopher, GRAHAM, Child; p. 520.

empresas afectadas no supere el 25% “ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo”.

Es por esta razón por la que, mediante el Formulario CO, se solicita se informe a la Comisión si se presentan circunstancias tales como: (i) que dos o más partes en la operación de la concentración desarrollen actividades empresariales en el mismo mercado de productos y la concentración dé lugar a una cuota de mercado combinado del 15% o más; y/o (ii) que en el mercado de producto alguna de las empresas desarrolle actividades en fases anteriores o posteriores a la actividad objeto de la concentración y cualquiera de sus cuotas de mercado sea del 25% o más, independientemente de la existencia de una relación de cliente proveedor entre las partes de la operación.

Sin embargo, tanto en el Décimo Informe sobre la Política de la Competencia, como en los asuntos *United Brands y Hoffman-La Roche*, la Comisión y el Tribunal de Justicia respectivamente, establecen como criterio revelador de posición dominante porcentajes por encima del 40%, dependiendo de varios factores adicionales como son: (i) mantenimiento de los porcentajes a través del tiempo; (ii) cuotas relativas de la competencia y (iii) factores adicionales que puedan fortalecer la posición de la empresa en cuestión o por el contrario, disminuirla.

En cuanto a la permanencia en el tiempo, no se establece un periodo de tiempo fijo durante el cual se debe mantener una cuota de mercado. En general, habría que decir que el período de tiempo depende de las características del mercado de que se trate. De esta manera, el período de tiempo varía según se trate de un mercado dinámico que cambia constantemente o de un mercado que se desarrolla en períodos de tiempo largos, en el cual la demanda cambia lentamente y el desarrollo de productos o servicios alternativos y la investigación no avanzan con la rapidez con que avanzan en el primer caso.

Como ya se mencionó, la cuota de mercado de la empresa en cuestión debe compararse con aquella que poseen los demás competidores. En efecto aunque una cuota de mercado del 40% es bastante significativa, no será reveladora de una posición de dominio si existe un competidor con una cuota similar o dos competidores con cifras similares. Es por ello que, desde un principio, se ha hecho tanto énfasis en la necesidad de analizar la posición dentro de un mercado en concreto y no de una manera abstracta sin un contexto real.

Por su parte, dentro de los factores adicionales que pueden fortalecer o afectar las posiciones en el mercado, vale la pena mencionar los recursos

técnicos o financieros que posea la empresa y que le permiten avanzar fácilmente en la investigación y desarrollo de nuevos productos o servicios. Igualmente es importante establecer la fuerza económica total que posee la empresa y la de sus competidores. Así por ejemplo, el apoyo económico que pueda tener la empresa por parte del grupo económico al cual pertenezca, tiene la posibilidad de otorgarle a esta empresa una fuerza de la cual carecen aquellas empresas individuales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha sostenido que ese apoyo económico debe depurarse de tal manera que sólo se incluyan los recursos que se destinan en la producción de bienes y servicios al interior del mercado relevante. De lo contrario la supuesta posición dominante que se detenta por tener el apoyo de un grupo que opera en diversos mercados sería engañosa y artificial. Igualmente como se ha dicho en diversas oportunidades, es necesario conocer la existencia de posibles barreras de entrada al mercado. En efecto los riesgos económicos o los requisitos legales con que se puedan encontrar competidores que deseen penetrar el mercado, pueden constituir factores que fortalecen la posición de aquellas empresas que ya han ingresado al mismo. Por el contrario cuando la entrada a un mercado es sencilla y no presenta riesgos adicionales a los ordinarios, este factor se convierte en una desventaja para aquellas empresas que aparentemente detentaban una posición fuerte. Para tal efecto, mediante el Formulario CO se solicita, por ejemplo, que se informe si en los últimos 5 años ha entrado algún competidor importante al mercado o

si, en opinión de las empresas participantes de la operación de concentración, hay alguna empresa que tenga la posibilidad de acceder al mercado. Igualmente se solicita se informe de los distintos factores que influyen en el acceso a los mercados, tales como costos y barreras legales o reglamentarias, restricciones derivadas de patentes, *know how*, u otros derechos de propiedad industrial.

2.2.3.4 Aspectos de Procedimiento. Desarrollados y entendidos los aspectos sustanciales en torno a la regulación de los procesos de concentración de empresas al interior de la Comunidad Económica Europea, es importante resaltar algunos aspectos de procedimiento. Hecho el estudio pertinente y teniendo en cuenta los conceptos mencionados hasta ahora, la Comisión tiene la posibilidad de tomar una de tres decisiones a saber: (i) informar mediante decisión que la operación que se notifica no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento, cuando éste sea el caso; (ii) declarar la compatibilidad de la operación con el mercado común, cuando aquella entra en el ámbito del Reglamento pero no presenta dudas en cuanto a su compatibilidad con el mismo; y (iii) incoar el procedimiento cuando, luego de verificar que la operación proyectada entra en el ámbito de aplicación del Reglamento, se concluya que la misma presenta serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común.

Respecto de las anteriores posibilidades, vale la pena resaltar algunos elementos adicionales que desarrollan los principios establecidos en el Tratado CEE. De acuerdo con el apartado 2° del artículo 2° del Reglamento:

“Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición de dominante de resultas de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.” (Subrayado fuera de texto)

De otra parte, la decisión de compatibilidad puede ir acompañada cuando ello sea necesario, de las restricciones que se consideren necesarias y que se relacionen con la realización de la concentración. Sin embargo, no se profundiza mucho en cuanto a cuáles son las posibles restricciones.

Por su parte, el apartado 3° del mismo artículo establece que: “Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.” (Subrayado fuera de texto)

Sin perjuicio de lo anterior, una declaración de incompatibilidad puede posteriormente cambiarse, si la Comisión comprueba que las empresas afectadas han modificado la operación, en el sentido de eliminar las dudas que se presentaban en torno a la compatibilidad con el mercado común. En este caso, la decisión adoptada puede ir acompañada de las condiciones y obligaciones que la Comisión considere necesarias para que las empresas afectadas cumplan los compromisos adquiridos para “compatibilizar la operación con el mercado común”. Asimismo, la decisión puede ir acompañada de restricciones relacionadas directamente con la operación y necesarias para la compatibilidad de las mismas con el mercado común.

En caso de una declaración de incompatibilidad, si la operación ya se hubiere realizado en violación del precepto relativo a la suspensión de la misma, la Comisión en la decisión de incompatibilidad o en una distinta, puede ordenar la separación de las empresas o activos agrupados, el cese del control común o la adopción de cualquier otra medida que permita restablecer la competencia efectiva.

Al igual que en el sistema norteamericano, la Comisión también ha promocionado la celebración de reuniones previas a fin de determinar de manera concreta la información que se deberá suministrar. Adicionalmente, según la experiencia de la Comisión, estas reuniones permiten reducir

sustancialmente la información exigida, hasta el punto de eximir a las partes notificantes de facilitar algunos de los datos exigidos.

Antes de tomar cualquiera de las posibles decisiones en torno a una operación de concentración económica, la Comisión debe ofrecer audiencias a personas, empresas y/o asociaciones de empresas, a fin de que se pronuncien sobre las mismas y presenten sus eventuales objeciones. Igualmente, la Comisión requiere de un concepto previo de un comité consultivo, conformado por uno o dos representantes de las autoridades competentes de los Estados Miembros. Al menos uno de los representantes de cada Estado Miembro debe ser competente en materia de acuerdos, decisiones, y prácticas concertadas y posiciones dominantes.

Tomada la decisión, esta debe ser publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. En la publicación se deben mencionar las partes interesadas así como el contenido esencial de la decisión. Igualmente, es necesario tomar las medidas necesarias a fin de preservar el derecho de las empresas a la protección de sus secretos profesionales.

2.2.4 Sector Financiero

Al igual que en la primera parte de este capítulo, vale la pena mencionar algunos aspectos concretos al interior del sistema financiero.

2.2.4.1 Definiciones. La Comisión se ha basado en las definiciones que, de entidades de crédito y otras entidades financieras, ha establecido el Consejo en la Primera y la Segunda Directiva “sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio”.⁷⁸ Es así como el artículo 1° del la Primera Directiva establece:

“Artículo 1

Con arreglo a la presente Directiva, se entiende por:

- entidad de crédito: una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, ...” (Negrilla fuera de texto)

Como se verá, al igual que para el caso de los establecimientos de crédito en el sistema financiero colombiano, la función principal de las entidad de crédito es la intermediación financiera, a través de la captación de recursos del público y la colocación de los mismos a través de las denominadas operaciones activas de crédito.

Por su parte, el apartado 6° del artículo 1° de la Segunda Directiva establece y define el concepto de entidad financiera de la siguiente manera:

“6) entidad financiera: una empresa, distinta de una entidad de crédito, cuya actividad principal consiste en adquirir participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se enumeran en los puntos 2 a 12 de la lista anexa;”

Los puntos 2 al 12 de dicha lista incluyen entre otras, actividades que en nuestro medio son propias de las demás instituciones financieras.

2.2.4.2 Volumen de Negocios. Sea lo primero decir que el Reglamento, en el apartado 3° del artículo 5° establece una manera especial de calcular el volumen de negocios para las entidades de crédito y otras entidades financieras así como para las compañías de seguros:

“a) ... por lo que respecta a los apartados 2 y 3 del artículo 1, por la suma de las siguientes partidas productos, según se definen en la Directiva 86/635/CEE del consejo, del 8 de diciembre de 1986, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras, previa deducción, en su caso, del impuesto sobre

⁷⁸ Publicadas en Diario Oficial L 322 del 17.12.1977, p.30 y L 386 del 30.12.1989, p.1

el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con dichos productos:

i) intereses y productos asimilados;

ii) rendimientos de títulos:

- rendimientos de acciones, participaciones y otros títulos de renta variables,

- rendimientos de participaciones,

- rendimientos de participaciones en empresas del grupo;

iii) comisiones cobradas;

iv) beneficios netos procedentes de operaciones financieras;

v) otros resultados de explotación.

El volumen de negocios de las entidades de crédito y otras entidades financieras realizado en la Comunidad o en un Estado miembro, incluirá los ingresos antes definidos que sean percibidos por la sucursal o división de la entidad radicada en la Comunidad o en el Estado miembro, según proceda.

b) en las compañías de seguros, por el valor de las primas brutas emitidas que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro en concepto de contratos de seguro establecidos por dichas compañías o por cuenta de las mismas, incluyendo las primas cedidas a los reaseguradores y tras la deducción de los impuestos y gravámenes parafiscales percibidos sobre la base del importe de las primas o del volumen total de éste;

por lo que respecta a la letra a) del apartado 2 del artículo 1 y a las letras b), c) y d) del apartado del apartado 3 y a la última parte de la frase de ambos apartados, se tendrán en cuenta

respectivamente, las primas brutas abonadas por los residentes de la Comunidad y por residentes de un Estado miembro.”⁷⁹

Como se puede ver de estos dos literales, los valores utilizados en la determinación del volumen de negocios de las entidades de crédito y otras entidades financieras, debe adecuarse para incluir los verdaderos “*ingresos bancarios*”, dada la especialidad de los negocios realizados por las mismas y la especialidad en la manera de llevar la contabilidad.

2.2.4.3 Mercado Relevante de Producto. En este punto considero apropiado traer a colación la segmentación de mercados que hizo la Comisión al analizar la solicitud de integración económica presentada por el Banco Santander y Banesto.⁸⁰ En ella, la Comisión divide el sector financiero en tres grandes áreas en cuanto al mercado relevante de producto: (i) banca al por menor; (ii) banca de negocios y (iii) mercados financieros y de capitales.

Con un acertado criterio, la Comisión continua diciendo que la banca al por menor se puede dividir, a su vez, en un cierto número de servicios tanto desde el punto de vista activo como pasivo, pero que sin perjuicio de lo anterior, el grado de sustituibilidad es bastante elevado. En otras palabras, al

⁷⁹ Apartado 3° del artículo 5° del Reglamento, modificado por el Reglamento N° 1310/97 del Consejo.

interior de la banca al por menor, el mercado relevante es bastante amplio dado el alto grado de sustituibilidad que existe entre los productos y servicios ofrecidos al usuario de este subsector.

En cuanto a la banca de negocios, la Comisión incluye lo que se podría denominar como banca comercial e industrial para las empresas y para el sector público. Finalmente, sostiene que los mercados financieros y monetarios se refieren a los aspectos de financiación internacional y a los mercados monetarios.

2.2.4.4 Mercado Geográfico. Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con el Reglamento y el Formulario CO, el mercado geográficamente relevante comprende la zona en donde se desarrollan las actividades de suministro y demanda de los servicios y en que las características de la competencia, son sensiblemente homogéneas y por lo tanto pueden distinguirse de otras zonas geográficas.

2.2.5 Decisiones sobre Operaciones de Concentración

⁸⁰ Decisión de la Comisión del 13.06.1994. Diario oficial No. C 178 de 30.06.1994.

Creo importante mencionar algunos ejemplos de decisiones particulares relativas a operaciones de concentración de empresas del sector financiero al interior del mercado común europeo. La mayoría de estas decisiones consisten en declaraciones de compatibilidad de la operación con el mercado común. Sin embargo, lo interesante de ellas es que permiten entender cómo la Comisión lleva a la práctica la teoría que se ha mencionado hasta ahora.

2.2.5.1 Deutsche Bank y el Banco de Madrid⁸¹. En esta operación en realidad se trata de una adquisición por parte del Banco Comercial Transatlántico S.A. (Bancotrans) de todas las acciones del Banco de Madrid que fuera de propiedad del Banco Español de Crédito S.A. Sin embargo, Bancotrans es una filial del grupo Deutsche Bank. Sobre esta operación vale la pena resaltar que teniendo en cuenta que el resultado de la operación no generaba grandes cuotas de mercado tanto de producto como geográfico, la Comisión consideró que no era necesaria una delimitación exacta de los mismos. Bastaba con determinar que en general se trataba de servicios bancarios consistentes en préstamos y créditos al por menor prestados al interior del territorio español. Es así como la operación daba como resultados una posición en el mercado de 1.3% de activos totales, 1.1% de depósitos y

⁸¹ Decisión de la Comisión de 28.05.1993 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común) asunto no IV M.341 DEUTSCHE BANK / BANCO DE MADRID) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, Diario Oficial N° C 175 de 26/06/1993 P.0000.

1.3% en créditos. Por lo anterior, la comisión sostuvo “que la adición de partes del mercado no conduce en ningún caso a la creación o reforzamiento de una posición dominante.” Lo anterior a pesar de que, con la concentración, Deutsche Bank multiplicó el número de oficinas en el territorio español, al pasar de 109 a 410. La razón para que ello no creara o reforzara una posición de dominio, de tal manera que la competencia efectiva se pudiese ver obstaculizada en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, es que se trataba de redes de oficinas complementarias, ya que mientras unas operaban principalmente en Cataluña las otras, aunque presentes en todo el territorio español, se concentraban principalmente en la zona centro.

2.2.5.2 Banco Santander y Banco de Crédito Español⁸². En 1994 el Banco Santander compró el 73.45% del capital del Banco Español de Crédito (Banesto), que en el momento era de propiedad del fondo de Garantía de Depósitos. Para la época de la operación de concentración, el Banco Santander era la cabeza de un grupo financiero español cuyo negocio principal incluía actividades bancarias y financieras y que operaba principalmente en España y Portugal. Adicionalmente desarrollaba

⁸² Decisión de la Comisión de 13.06.1994 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nov M.455 – BANCO SANTANDER / BANESTO) sobre la base del Reglamento (CEE) .4064/89 del Consejo Diario Oficial N° 30/06/1994 p.0000.

actividades por fuera de la comunidad europea especialmente en Norteamérica (a través de su participación del 23% en First Fidelity Bank) y en América del Sur. Por su parte, Banesto era un grupo español altamente diversificado, con actividades bancarias de todo tipo, actividades en el sector asegurador y operando principalmente en España y Portugal. Adicionalmente, a través de la Corporación Industrial y Financiera realizaba operaciones en sectores como el inmobiliario y en medios de comunicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión hace un análisis de la posición en el mercado de la entidad resultante tanto en España como en Portugal en términos de los activos totales, depósitos y créditos para luego confrontar éstas cifras con las de los competidores en cada uno de éstos países. Igualmente se estudian las redes de oficinas de las empresas participantes en la operación, para concluir que “la entidad resultante sería especialmente fuerte en España en núcleos de población por debajo de 10.000 habitantes. Sin embargo, la mayor parte de los competidores están establecidos en tales núcleos de población. Adicionalmente, existen otras entidades de crédito con carácter local (bancos locales, cajas de ahorro, cajas rurales y cooperativas de crédito) que podrían contrarrestar cualquier acción anticompetitiva de las partes. Como consecuencia, la concentración de la red de oficinas no impedirá una fuerte competencia en el negocio de banca al por menor”. Por todo lo anterior la Comisión declara la compatibilidad de la operación de

concentración en vista de que la misma no crea ni refuerza una posición de dominio en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo.

2.2.5.3 Mitsubishi Bank y Bank of Tokyo⁸³. Esta es una operación de concentración interesante puesto que se trataba de empresas cuyas principales operaciones se realizaban por fuera de la Comunidad, pues a pesar de estar presentes en siete países al interior de la Comunidad (Bélgica, Francia, Alemania Italia Holanda España y el Reino Unido), en ninguno de ellos la cifra combinada de sus operaciones alcanzaba más del 5% del mercado. A pesar de lo anterior, antes de la operación, el Bank of Tokio estaba en el puesto número 18 en término de activos y 21 en términos de patrimonio a escala mundial, mientras que el Mitsubishi Bank ocupaba el puesto número 6 en ambos casos. La concentración de estos dos bancos generaría el banco más grande del mundo tanto en patrimonio como en activos. Lo más interesante de la operación es aunque su reducida importancia al interior de la comunidad, la Comisión la analiza toda vez que entra dentro su ámbito de competencia ya que la décima parte de sus balances exceden la suma de 5,000 Millones de ecus, lo que de acuerdo con el artículo 5° apartado 3° letra a) del Reglamento implica que se trata de una

⁸³ Decisión de la comisión de 17.07.1995 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto IV/M.596 – Mitsubishi Bank / Bank of Tokio) sobre la base del Reglamento (CEE) .4064/89 del Consejo Diario oficial C 198, 02.08.1995 p. 0005.

operación de concentración de dimensión comunitaria. En efecto, a la fecha de la concentración la décima parte del total del balance del Bank of Tokio ascendía a la suma de 22,493 Millones de ecus, mientras que la del Mitsubishi Bank ascendía a 40,040 millones de ecus.

2.2.5.4 Travelers y Citicorp⁸⁴. Esta es una operación que ya se había mencionado en la primera parte de este capítulo. La presencia de la primera en la Comunidad se limita a operaciones de banca de inversión a través de su subsidiaria Salomon Smith Barney Inc. Por su parte, Citicorp realiza principalmente servicios de banca comercial con algunas operaciones de banca de inversión.

La dimensión comunitaria de la operación se presenta porque el volumen de negocios a nivel mundial y en conjunto de las empresas participantes excede los 5,000 millones de ecus. De la misma manera a en el ámbito comunitario, el volumen de negocios de cada una de las empresas participantes excede la suma de 250 millones de ecus.

⁸⁴ Decisión de la comisión de 23.06.1998 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto IV/M.1184 – Travelers/Citicorp) sobre la base del Reglamento (CEE) .4064/89 del Consejo Diario oficial C 394, 17.12.1998 p. 0020.

Para la Comisión en este caso no era necesario profundizar en la determinación del mercado relevante de producto o geográfico dado que, incluso con la definición más exacta de éstos, la concentración no crearía o reforzaría una posición de dominio tal que pudiese obstaculizar de manera significativa, la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Adicionalmente, la Comisión llegó a la conclusión que la concentración en los sectores de banca comercial, banca de inversión y otros sectores identificados por las partes notificantes, estaría bien por debajo del 15% del mercado respectivo. Por todo lo anterior, la Comisión declaró la compatibilidad de la operación con el mercado común.

2.2.6 Conclusiones Preliminares

En el entorno del sector financiero de la Comunidad Económica Europea, la Comisión nunca ha declarado una operación de integración como incompatible con el mercado común. La anterior afirmación permite llegar a varias conclusiones. En primer lugar existe una gran cantidad de proveedores de servicios financieros, lo que lo hace altamente desconcentrado. En segundo lugar, en la medida en que la competencia de la Comisión se centra en las operaciones de dimensión comunitaria, se está hablando de un mercado bastante grande desde el punto de vista geográfico. Lo anterior demuestra cómo, la política de permitir la existencia

de posiciones de dominio, en busca de compañías que compitan en un mercado tan grande, es bastante acertada.

3. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE POSICIÓN DOMINANTE Y CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN AL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO

3.1 ESTRUCTURA DEL SECTOR FINANCIERO COLOMBIANO

3.1.1 Evolución Legislativa

3.1.1.1 Ley 45 de 1923: Sistema Multibanca. El sector financiero colombiano se ha desarrollado en varias etapas. Luego de los trabajos desarrollados por la misión Kemmerer, en la década de los años veinte, en Colombia se estructuró, a partir de la Ley 45 de 1923, un sistema de Multibanca o Banca Múltiple. Algunos sostienen que se trataba más bien de un sistema de banca integral ya que no se estableció una clara diferencia entre las operaciones bancarias propiamente tales y las demás operaciones financieras.⁸⁵ Por Multibanca, puede entenderse aquel sistema en el cual hay un marco de libertad absoluta para operar en cualquier actividad y en cualquier plazo, todo bajo un mismo techo.

En efecto, la Ley 45 de 1923, creó un sistema financiero organizado de tal manera, que bajo una misma estructura jurídica, se podían prestar todos los servicios que en el momento estaban autorizados. Es así como el artículo 71 de la mencionada Ley establecía:

“El Superintendente Bancario puede autorizar a los establecimientos bancarios

que hagan negocios en Colombia, para establecer y mantener una o más de las siguientes secciones, con todos los derechos y facultades concedidas en los respectivos artículos de esta Ley:

- a) Sección bancaria para la ejecución de negocios bancarios comerciales.
- b) Sección Fiduciaria, para actuar como albacea, administrador fideicomisario, etc.
- c) Sección de Ahorros, para recibir e invertir pequeñas economías.
- d) Sección Hipotecaria para hacer préstamos sobre hipotecas y obtener fondos por causa de éstas, en parte mediante la emisión de cédulas sobre la movilización de la propiedad raíz.”

“De esta manera, las leyes que sobre bancos se promulgaron en los países andinos bajo la inspiración de los trabajos del señor Kemmerer, daban cuenta de la concepción de bancos comerciales que podían organizar una sección de ahorro, otra sección hipotecaria y una más fiduciaria y al propio tiempo, estaban facultados para realizar operaciones crediticias de corto plazo, exclusivamente.”⁸⁶

3.1.1.2 De la Multibanca a la Banca Especializada. Con el paso del tiempo, este incipiente esquema de banca múltiple fue evolucionando hacia un excesivo esquema de banca especializada, entendiéndose éste como un sistema a través del cual cada entidad financiera realiza solamente aquellas operaciones para las cuales está expresamente autorizado. Lo que se pretendía por parte de los gobiernos de la época, con la creación de entidades financieras de diferente índole, era promover el crecimiento económico en los diferentes sectores de la economía nacional.

A manera de ejemplo, podemos mencionar la creación del Banco Popular en

⁸⁵ Al respecto véase MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, *Sistemas Financieros*, Biblioteca FELABÁN, 1994, p. 70.

1951, el Banco Cafetero en 1953 y el Banco Ganadero en 1956. De otro lado, los decretos 336 de 1957 y 2369 de 1960 crean y autorizan las corporaciones financieras, organizándolas como bancos de fomento y permitiéndole a los bancos comerciales invertir en estas nuevas instituciones. Los decretos 2368, 2968 y 1691 de 1960 crearon las sociedades administradoras de inversión, los fondos mutuos de inversión y las sociedades de capitalización respectivamente. Estas tres nuevas entidades se organizaron como inversionistas institucionales, con el propósito de fomentar el mercado de capitales. Con la puesta en marcha del plan de desarrollo del gobierno del presidente Misael Pastrana, denominado “Las Cuatro Estrategias”, a partir de 1970 se crearon las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, mediante el decreto 678 de 1972, con el objetivo primordial de promover el sector de la construcción y, a través de éste fomentar el desarrollo en el resto de la economía. Adicionalmente, a partir de 1973 comenzaron a surgir una serie de intermediarios financieros que prestaban una serie de servicios no muy claramente definidos a la luz de la legislación vigente en el momento. Con el fin de regular este mercado extrabancario, se dictaron los decretos 1773 de 1973 y 971 de 1974 que regularon las operaciones de estos llamados intermediarios financieros que, finalmente por virtud del decreto 970 de 1979, se convirtieron en Compañías

⁸⁶ Op. Cit. MARTINEZ NEIRA; p. 70

de Financiamiento Comercial. Durante los últimos años de la década de los 70 surgieron también las Sociedades de Arrendamiento Financiero y de Factoring. Finalmente, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), dejó abierta la posibilidad para la creación de sociedades fiduciarias.

Así, aunque la Ley 45 de 1923 había establecido un régimen de banca múltiple o inclusive de banca integral, durante los años 60 y 70, se fueron creando diferentes instituciones que desarrollaban operaciones especializadas y que buscaban promover el crecimiento de diferentes sectores de la economía. En efecto, mientras que en 1923 los únicos intermediarios eran los bancos con sus diferentes secciones, al finalizar la década de los 70 existían además las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las Sociedades de Leasing y Factoring, las Compañías de Financiamiento Comercial y los diversos inversionistas institucionales, entre otras. Sobre el particular, Sergio Clavijo ⁸⁷ cita a J.C. Melo⁸⁸ quien al respecto concluye que:

“La especialización de las entidades en Colombia se dio entonces de una forma circunstancial en la medida en que han sido las normas las que han inducido la especialización ... El modelo inicial de los bancos universales hubiera permitido que las diferentes necesidades que había que satisfacer fueran atendidas por las entidades existentes, simplemente modificando las regulaciones vigentes para el funcionamiento de las diferentes secciones bancarias.”

3.1.1.3 Reforma Financiera de 1990. La reforma financiera iniciada con la Ley 45 de 1990 y complementada en la Ley 35 de 1993, estableció de nuevo un régimen de banca múltiple.

⁸⁷ CLAVIJO, Sergio; Hacia la Mutlibanca en Colombia: Retos y 'Retazos' Financieros, Documento preparado con ocasión de la Convención de la ASOBANCARIA, Junio 8-9 de 2000, Bogotá, p. 21.

Sin embargo, no se trata de la misma estructura de antes en la cual bajo un mismo “techo”, se prestaban todos los servicios. Por el contrario, se trata de un esquema más avanzado mediante el cual los establecimientos de crédito pueden desarrollar las actividades propias de las sociedades de servicios financieros, pero no directamente, sino como matrices de éstas.

En efecto, la Ley 45 de 1990, estableció un esquema de conglomerados financieros mediante el cual los establecimientos de crédito estaban llamados a ser matrices mientras que las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las sociedades de servicios técnicos y administrativos, constituirían las filiales o subsidiarias. Esto sin incluir el sector asegurador.⁸⁸ En efecto, la exposición de motivos de la Ley 45 de 1990 resalta la necesidad de permitirle a los intermediarios realizar las nuevas operaciones financieras no bancarias, con el fin de afrontar de una mejor manera la competencia, así como transmitir su tecnología a las nuevas operaciones financieras que vayan más allá del tradicional otorgamiento de créditos. De esta manera, se opta por un sistema de filiales bajo el entendido de que éste constituye el mecanismo ideal para aislar a los bancos y en última instancia a sus depositantes, de los mayores riesgos que puede implicar el ejercicio de nuevas actividades financieras. Igualmente, se busca aislar a los bancos de las actividades de sus filiales, permitiéndoles al propio tiempo expandir sus actividades a nuevas operaciones, aumentando su rentabilidad y competitividad, pero limitándoles posibles pérdidas. De esta manera, y con el propósito de lograr estos objetivos, el artículo 1º de la Ley 45 de 1990 estableció:

⁸⁸ MELO J.C.; Las Reformas al Sistema Financiero; Superintendencia Bancaria, 1993.

⁸⁹ Para un estudio más detallado sobre el esquema establecido por la Ley 45 de 1990, véase Conglomerados Financieros: La Orientación de la Ley Colombiana, Esquema de Regulación

“Artículo 1° **Inversión en sociedades de servicios financieros.** Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, siempre que observen las siguientes reglas...”

Por su parte el artículo 4° de la mencionada Ley reguló las inversiones de las corporaciones de ahorro y vivienda y de las sociedades fiduciarias así:

“Artículo 4° **Participación de las corporaciones de ahorro y vivienda y de las sociedades fiduciarias en sociedades de servicios financieros.** Las corporaciones de ahorro y vivienda podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias y de fondos de pensiones y cesantías.
Las sociedades fiduciarias podrán hacerlo en el capital de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías”.

Finalmente, el artículo 5° de la Ley 45 de 1990, autoriza las inversiones de las instituciones financieras en las denominadas sociedades de servicios técnicos o administrativos.

Como complemento a lo anterior, al artículo 17 de la Ley 35 de 1993 dispuso en el inciso segundo, que:

“Artículo 17 **Operaciones de las corporaciones de Ahorro y Vivienda.**

... Las corporaciones de ahorro y vivienda también podrán efectuar inversiones en sociedades de servicios financieros en los mismos términos y condiciones autorizadas a los establecimientos de crédito.”

A pesar de que la tendencia clara de la reforma financiera de comienzos de los noventa era organizar un sistema de conglomerados financieros, “también se crearon otros segmentos de sub-especialización que en la práctica operaban en sentido contrario a la multibanca. Por ejemplo, al imponerse determinados requisitos para aquellas Compañías de Financiamiento Comercial (CFC's) que querían adelantar operaciones de arrendamiento financiero (leasing), se terminó por generar una nueva gama de entidades sub especializadas”.⁹⁰

Una de las más importantes consecuencias de esta reforma fue la oleada de fusiones y absorciones y en general la reorganización del sistema financiero. “... durante el periodo de 1995-99, el país vivió la liquidación o fusión de 7 Bancos, 5 CAV's, 14 CF's, 10 CFC's 24 leasing y 10 fiduciarias. Aunque tarde, el sistema percibió que estaba sobre-dimensionado y las circunstancias fueron llevándolo a una reducción de 70 entidades, tan solo en estos frentes. El total de entidades vigiladas por la Superbancaria (excluyendo el Banco de la República, las casas de cambio y las oficinas de representación), se ha reducido de 438 en 1995 a 349 en 1999. El total de los activos del sistema financiero experimentó un incremento significativo durante la primera mitad de los años noventa, pasando del 52% del PIB en 1991 al 70% en 1995, pero al finalizar 1999 se observaba un estancamiento en niveles del 72% del PIB”.⁹¹ Por su parte, teniendo en cuenta que desde 1993 se están exigiendo márgenes de solvencia y capitales mínimos superiores a los exigidos por los estándares internacionales establecidos por el Acuerdo de Basilea, sólo los grandes grupos económicos han podido y podrán mantener dichos requisitos.⁹²

No. 95, p. 45 - 82.

⁹⁰ CLAVIJO, Op. Cit., p. 22.

⁹¹ Ibid. p. 13.

⁹² Sobre al particular se comentará más adelante, toda vez que la exigencia de capitales mínimos podría constituir una barrera de entrada al mercado de tipo económico e inclusive de tipo legal.

De esta manera, tanto las fusiones y absorciones iniciadas como consecuencia de la reforma de 1990, los altos requisitos de capital exigidos para constituir y ahora mantener una entidad financiera y, finalmente, la crisis económica que ha vivido el país desde la segunda mitad de la década de los noventa, ha generado como consecuencia una alta concentración de la propiedad en el sector financiero. “A Marzo del presente año se tenía que dos grupos económicos poseían el 37% del negocio financiero colombiano y que la agregación de dos grupos más llevaba a explicar cerca del 47% de los activos del sistema. El remanente de los activos era de un 22% propiedad gubernamental y tan solo el 31% correspondía a entidades privadas no identificadas directamente con los grupos económicos.”⁹³

3.1.1.4 Estructura Actual: Conglomerados Financieros. A partir de la nueva Ley de reforma financiera (Ley 510 de 1999), aunque de alguna manera se tiende un poco más hacia la Multibanca en su concepción clásica, se mantiene el esquema de filiales. Es así como el artículo 119 del EOSF, modificado por la ley 510 de 1999, establece:

“Artículo 119. Inversión en sociedades de servicios financieros y sociedades comisionistas de bolsa. Los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, siempre que se observen los siguientes requisitos...”

Por su parte, el artículo 8° modifica el artículo 147 del EOSF al autorizar a las sociedades fiduciarias a participar no sólo en el capital de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, sino también en las bolsas de valores, sociedades comisionistas de éstas bolsas, bolsas de futuros y opciones y sociedades comisionistas de éstas bolsas.

⁹³ Clavijo. Op. Cit., p. 10.

Finalmente, vale la pena mencionar el artículo 5° de la Ley 510 el cual adiciona el artículo 2° del EOSF al establecer que:

“7. Los establecimientos de crédito podrán adquirir y conservar acciones y bonos obligatoriamente convertibles en acciones emitidos por otros establecimientos de crédito. En todo caso ningún establecimiento de crédito podrá tener el carácter de beneficiario real de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones emitidos por otra entidad de la misma clase. Para este efecto se tomarán en cuenta las siguientes clases: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial...”

Con este numeral, se elimina la posibilidad que tenían los bancos comerciales de participar en el capital de bancos hipotecarios. Finalmente, el parágrafo 1 de este numeral establece:

PAR 1° Las compañías de financiamiento comercial podrán invertir en acciones y bonos obligatoriamente convertibles en acciones emitidos por sociedades comerciales cuyo objeto exclusivo sea el de realizar operaciones de leasing operativo.

Las anteriores modificaciones hechas por la ley 510 de 1999 reúnen y amplían el régimen de inversiones que la ley 45 de 1990 autorizaba en sus artículos 1° y 4°, así como la ley 35 de 1993 en el inciso segundo del artículo 17.

Por razones históricas, han sido los bancos quienes, desde su creación en 1923, han ostentado la calidad de matriz. Sin embargo, dada la posibilidad que tienen las corporaciones

financieras de realizar inversiones directas en el sector real de la economía, sería dable concluir que estas son las instituciones llamadas a ser verdaderas filiales. En efecto, el artículo 11 del EOSF, modificado por el artículo 11 de la Ley 510 de 1999 establece que estas sociedades tienen “por objeto fundamental la movilización de recursos hacia el sector real con el fin de promover entre otras cosas la creación, reorganización y transformación de cualquier tipo de empresas así como participar en su capital y promover la participación de terceros otorgando financiación y ofreciendo servicios financieros especializados de tal manera que se contribuya a su desarrollo”.⁹⁴

Para algunos, el haber mantenido la estructura de las filiales, de alguna manera constituye un obstáculo para el avance hacia un régimen de multibanca como tal. De la misma manera, hay quienes sostienen que la regulación sobre capitales mínimos para cada clase de intermediario confirma la existencia de un sistema de banca especializada y no un sistema de multibanca.⁹⁵ Sin embargo, existen algunos factores que permiten una mayor competencia entre los diversos establecimientos de crédito. Por un lado, es claro que hoy en día sólo existen dos operaciones especializadas: la cuenta corriente, y el *leasing*. Sin embargo, en el campo de las sociedades de servicios financieros, cada una tiene delimitado su campo de acción por el desarrollo de su objeto social. En segundo lugar, la Ley 510 de 1999, mantuvo y amplió el permiso otorgado por la Ley 389 de 1997, en el sentido de permitirle a las sociedades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores, la utilización de sus redes de oficinas a las sociedades de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización e intermediarios de seguros, “para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la

⁹⁴ Sin embargo, no hay que perder de vista que igualmente se pueden constituir sociedades *Holdings* que sean la cabeza del Grupo Financiero.

entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última”⁹⁶. Vale la pena mencionar el tema denominado “Banca Seguros”, como un buen ejemplo de la utilización de la red de oficinas. Este servicio consiste en la distribución de seguros a través de la red de oficinas de los establecimientos bancarios.

Finalmente, la denominada Ley de Vivienda (Ley 546 de 1998) ordenó la desaparición paulatina de las corporaciones de ahorro y vivienda en el curso de los próximos tres años, dando así un paso más en la integración de la banca colombiana.

“Artículo 5° **Conversión de las corporaciones de ahorro y vivienda.** A partir de la vigencia de la presente ley, las corporaciones de ahorro y vivienda tendrán la naturaleza de bancos comerciales. Para tal efecto, dispondrán de un plazo de treinta y seis (36) meses con el fin de realizar los ajustes que sean necesarios para adecuarse a su nueva naturaleza.

Los establecimientos bancarios que posean participación accionaria en corporaciones de ahorro y vivienda que se conviertan en bancos comerciales en virtud de lo dispuesto en la presente ley, deberán enajenar dicha participación dentro de los cinco (5) años siguientes a la vigencia de la presente ley.”

En este sentido, será interesante ver como en el curso de los próximos años, las actuales Corporaciones de Ahorro y Vivienda, se convierten en bancos o se integren con bancos cuando pertenezcan a grupos financieros (Ej. Conavi, Avevillas, Colmena).

3.1.2 Clasificación del Sistema Financiero y Asegurador

⁹⁵ Véase PERILLA CASTRO, Carlos Andrés; Capitales mínimos de los establecimientos de crédito, Su impacto en la seguridad y la competencia del sistema financiero y en la democratización del crédito. Revista Universitas No. 99, Junio de 2000, p. 71 – 151.

⁹⁶ Artículo 93 EOSF, modificado por el artículo 166 de la Ley 510 de 1999.

Vista la estructura general del sistema financiero colombiano, creo conveniente ahora, detenerse en el objeto específico de cada una de las entidades financieras. Si de lo que se trata es de ver cual es el mercado relevante en este sector es conveniente ir delimitándolo desde ahora.

Los sistemas financieros se pueden clasificar según innumerables criterios. Sin perjuicio de lo anterior, para el propósito de este trabajo, basta con mencionar la clasificación legal del sistema financiero colombiano, el cual se encuentra en diversas normas del EOSF. En este orden de ideas, se puede decir que el sistema financiero colombiano está estructurado en tres divisiones generales, las cuales a su vez se subdividen y clasifican según la función principal de su actividad. De acuerdo con el artículo primero del EOSF el sistema financiero y asegurador se subdivide en: (i) Establecimientos de Crédito; (ii) Sociedades de Servicios Financieros; (iii) Sociedades de Capitalización; (iv) Entidades Aseguradoras y (v) Intermediarios de Seguros y Reaseguros. A su vez, estas clasificaciones se subdividen en las diferentes entidades o instituciones en particular, según su función principal y las actividades que realicen o los servicios que presten.

3.1.2.1 Establecimiento de Crédito. “Los Establecimientos de crédito

comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.

Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en **captar en moneda legal recursos del público en depósitos a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.**” (Negrilla fuera de Texto)

Como se observa, la función principal de estas instituciones es la intermediación. Las siguientes son entonces las definiciones legales de cada un de los establecimientos de crédito.

3.1.2.1.1 Establecimientos Bancarios. “ ... Son establecimientos bancarios las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito” ⁹⁷

3.1.2.1.2 Corporaciones Financieras. “ ... Son corporaciones financieras

⁹⁷ Artículo 2°, numeral 2° EOSF.

aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos a término, a través depósitos o de instrumentos de deuda a plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, con el objeto primordial de fomentar y promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas en los sectores que regulen su actividad.”⁹⁸

3.1.2.1.3 Corporaciones de Ahorro y Vivienda. “ ... Son corporaciones de ahorro y vivienda aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos para realizar primordialmente operaciones activas de crédito hipotecario a largo plazo.”⁹⁹

3.1.2.1.4 Compañías de Financiamiento Comercial. “ ... Son compañías de financiamiento comercial las instituciones que tienen por función principal captar recursos del público a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero leasing.”¹⁰⁰

3.1.2.1.5 Cooperativas Financieras. “... Son cooperativas financieras los organismos cooperativos especializados cuya función principal consiste en

⁹⁸ Artículo 2°, numeral 3° EOSF.

⁹⁹ Artículo 2°, numeral 4° EOSF.

adelantar la actividad financiera, su naturaleza jurídica se rige por las disposiciones de la Ley 79 de 1988 y se encuentran sometidas al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Estas cooperativas son establecimientos de crédito.”¹⁰¹

3.1.2.2 Sociedades de Servicios Financieros. “Para los efectos del presente estatuto, son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósitos y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, las cuales tienen como función la realización de operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.”¹⁰²

3.1.2.2.1 Sociedades Fiduciarias. Aunque no existe una definición legal de sociedades fiduciarias, para el propósito que nos interesa, vale decir que éstas actúan como fiduciarios a través de las diferentes operaciones que están autorizadas a realizar.¹⁰³

3.1.2.2.2 Almacenes Generales de Depósito. En términos generales, los almacenes generales de depósito tienen como objeto el depósito, la

¹⁰⁰ Artículo 2°, numeral 5° EOSF. Modificado por la Ley 510 de 1999, artículo 13.

¹⁰¹ Artículo 2°, numeral 6° EOSF. Modificado por la Ley 510 de 1999, artículo 103. Sustituido por la Ley 454 de 1998, artículo 4°.

¹⁰² Artículo 3°, numeral 1° EOSF.

conservación y custodia, el manejo, distribución y la compra y venta por cuenta de sus clientes, de productos de procedencia nacional o extranjera. Igualmente están autorizados para emitir certificados de depósito y bonos de prenda y desarrollar actividades de intermediación aduanera en los términos y condiciones establecidos en la ley.¹⁰⁴

3.1.2.2.3 Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías. “Las sociedades administradoras de fondos de cesantías, también denominadas en este estatuto administradoras, tienen por objeto exclusivo la administración y manejo de los fondos de cesantías que se constituyan en desarrollo de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante, de conformidad con el artículo 119 del presente estatuto, quienes administren un fondo de cesantías estarán facultados igualmente para administrar los fondos de pensiones autorizados por la ley, en cuyo caso se denominarán sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, también llamadas en este estatuto administradoras. ...”¹⁰⁵

¹⁰³ El artículo 29 – 1 del EOSF describe todas las operaciones autorizadas para las sociedades fiduciarias.

¹⁰⁴ La descripción detallada de las operaciones autorizadas a estas sociedades se puede ver el Artículo 33 EOSF.

¹⁰⁵ Artículo 30 EOSF.

3.1.2.3 Sociedades de Capitalización. “ ... Las sociedades de capitalización, son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución, en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos.”¹⁰⁶

3.1.2.4 Entidades Aseguradoras. “... Son entidades aseguradoras las compañías y cooperativas de seguros y las de reaseguros.”¹⁰⁷

3.1.2.5 Intermediarios de Seguros y Reaseguros. “... Son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto.”¹⁰⁸

“Intermediarios de Reaseguros. Son intermediarios de reaseguros, los corredores de reaseguros.”¹⁰⁹

3.1.2.6 Instituciones Complementarias. Aunque no existe una definición legal expresa de esta clase de sociedades, como su nombre lo indica, se trata de sociedades que prestan servicios, sean técnicos o administrativos, y

¹⁰⁶ Artículo 4° EOSF.

¹⁰⁷ Artículo 5°, numeral 1° EOSF.

¹⁰⁸ Artículo 5°, numeral 2° EOSF.

¹⁰⁹ Artículo 5°, numeral 3° EOSF.

que son necesarios para el giro ordinario de los negocios de las instituciones financieras. Como ejemplos de este tipo de sociedades, se pueden mencionar las empresas de seguridad, las empresas de administración de depósitos y servicios conexos y las empresas de sistemas y servicios de informática.¹¹⁰

3.1.2.7 Instituciones con Régimen Especial. Al interior de esta clasificación, encontramos aquellas instituciones que poseen en su mayoría un gran porcentaje de capital del estado, que son de creación legal y cuyo objetivo es financiar aquellos sectores económicos considerados prioritarios por el legislador como son, por ejemplo, el sector agrícola, la construcción de vivienda y el fomento de la industria. A manera de ejemplo se pueden mencionar instituciones como el Instituto de Fomento Industrial (IFI), el Fondo para el financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO) y la Financiera de Desarrollo Territorial (FINDETER).

3.2 PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PARTICIPACIÓN EN EL SECTOR

Entendida la organización estructural de nuestro sistema financiero es necesario ahora pasar a explicar tres principios reguladores de la participación en este sector y cuya importancia se resalta desde la misma exposición de motivos de la Ley 45 de 1990 así:

¹¹⁰ Sobre el particular véase Circular Externa No. 7 de 1996 Título Primero capítulo Séptimo

“Aparte de algunos cambios normativos encaminados a facilitar la competencia por parte del mercado de capitales doméstico y el mercado financiero internacional y de un desarrollo operativo de los principios de la Ley Antimonopolios (Ley 155 de 1959), **la revisión del marco regulatorio del sistema financiero debe comprender tres grandes áreas: (i) las reglas que afectan la libertad de entrada y salida del mercado y la composición de la propiedad de los diversos agentes financieros; (ii) las normas relacionadas con los servicios que presta el sistema financiero, y (iii) la regulación de los flujos de información a los distintos agentes que participan en el mercado...**” (Negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se explican de manera breve cada uno de estos principios.

3.2.1 Libertad de entrada y salida de los agentes del sector

La importancia de este principio radica en que la existencia de restricciones para la entrada y salida de agentes económicos da vía libre para una estructura oligopolística del mercado. Así, como se ha visto a lo largo de este trabajo, la existencia de este tipo de estructuras en los mercados, es demostración de posiciones de dominio que, llevadas a su extremo, generan pérdidas de eficiencia, menos investigación y, en últimas, mala calidad de los servicios ofrecidos y prestados al consumidor o usuario financiero.

De esta manera el objetivo de la reforma financiera de 1990 en este punto consistía en la fijación de unos parámetros objetivos para la entrada y salida del mercado tales como el establecimiento de capitales mínimos para la creación de las diversas instituciones financieras. Tan importante es este concepto que la ya mencionada Ley 510 de 1999

numeral 2.2. Superintendencia Bancaria.

estableció, en su artículo 1º, que los montos mínimos de capital deben ser cumplidos de manera permanente por las entidades que estén funcionando. Así, ahora no solo es necesario acreditar el capital mínimo para la constitución de una entidad financiera, sino que es igualmente necesario mantenerlo durante la existencia de la misma.

Un segundo aspecto de relevancia en este punto se refiere a la apertura del sector a la inversión extranjera. En efecto, uno de los objetivos de la reforma consistió en facilitar y flexibilizar la entrada de capital extranjero en el sistema.

En tercer lugar, se establecieron las bases para adelantar el proceso de privatización de la banca pública, la cual para la época representaba una cuota bastante significativa de participación en el mercado.

Finalmente, en la medida en que se iban eliminando las restricciones en cuanto a las operaciones que se podían realizar por parte de las diversas instituciones financieras, especialmente en lo que se refiere a los establecimientos de crédito, era necesario crear instrumentos que permitiesen la reorganización del sector. Es así como se regularon figuras como la escisión, cesión de activos y pasivos, adquisición, fusión y conversión.

3.2.2 Liberalización en las operaciones y productos financieros autorizados

Como se había mencionado, el sistema imperante hasta antes de la reforma de 1990, consistía en una asignación sectorial de los recursos financieros creando restricciones en beneficio de algunos agentes y en detrimento de otros y de la competencia efectiva del sistema. “Así las cosas, los esfuerzos por simplificar el marco regulatorio con miras a incrementar la competitividad del sistema deben orientarse hacia un levantamiento de las restricciones sectoriales a la actividad de ciertos intermediarios en sus operaciones activas, con el fin de permitirles que actúen en un mayor número de sectores; el replanteamiento de los susedomonopolios que han surgido como consecuencia de la segmentación excesiva del mercado; la posibilidad para la banca de incursionar en operaciones financieras no bancarias; asignar *in-gene* las innovaciones financieras a los establecimientos de crédito; considerar la supresión en el régimen regulatorio de ventajas competitivas en favor de ciertos intermediarios, dándole a ellos un tratamiento igual, en términos de incentivos y gravámenes, cuando el servicio que presten a la economía sea el mismo.”¹¹¹

Bajo la orientación de estos objetivos, luego de la reforma se eliminaron las restricciones, las barreras artificiales y las ventajas competitivas existentes a favor de algunos de los intermediarios, lo que ha traído como consecuencia una mayor competencia en lo que se refiere a las operaciones activas y pasivas de los intermediarios financieros. Como se puso

¹¹¹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley por la cual se expiden las normas en materia financiera, se regula la actividad aseguradora y se dictan otras disposiciones. Rudolf

de presente en la sección anterior, dicha libertad ha llegado a tal punto que salvo por la cuenta corriente, que sigue siendo exclusiva de los establecimientos bancarios, el leasing sólo permitido a las compañías de financiamiento comercial especializadas en este campo, y la prohibición para las corporaciones financieras de otorgar tarjetas de crédito, no existen restricciones adicionales para que cualquier establecimiento de crédito ofrezca los demás servicios financieros existentes.¹¹²

3.2.3 Flujos de Información

La reforma financiera iniciada en 1990 puso de presente las falencias que existían en el sector financiero en torno a la información disponible a los usuarios del sector. Es así, como la exposición de motivos resalta la importancia de permitirle a los usuarios conocer la situación de las diversas entidades, en cuanto a su margen de solvencia, liquidez y calidad de los activos. De la misma manera es importante que el usuario financiero tenga la posibilidad de conocer el estado de la oferta en este mercado, en términos de tasas de interés y las diferencias de costos de las diversas operaciones entre los distintos intermediarios.

Aunque la ya mencionada Ley 45 de 1990 estableció los principios básicos para desarrollar los objetivos aquí mencionados, fueron las normas reglamentarias de ésta las que complementaron las disposiciones legales obligando a los intermediarios a publicar de manera periódica las tasas activas y pasivas de sus operaciones, a publicar los términos de las ofertas para las cuentas de ahorro y los costos por la utilización de tarjetas de crédito y a

Hommes Rodríguez, Ministro de Hacienda y Crédito Público.

¹¹² CRIALES, Luis Fernando; El abuso de la posición dominante en el sector financiero; Boletín Jurídico Financiero No. 930, Octubre de 1997, ASOBANCARIA.

mantener, en forma permanente las condiciones y precios de las diferentes operaciones que ofrecen.¹¹³

3.2.4 Cohabitación de los principios orientadores del Sistema Financiero y la regulación sobre Posición Dominante

Teniendo en cuenta los principios que orientan la participación en el sector financiero, es necesario entender cómo éstos pueden coexistir con la regulación relativa a la competencia, a la protección del consumidor y en particular con las normas sobre posición dominante. Sobre el particular, la Superintendencia Bancaria ha sostenido que uno de sus objetivos es:

“... velar por que las entidades sometidas a su vigilancia no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

En desarrollo de lo anterior, este despacho considera pertinente recordarle a las entidades vigiladas la prohibición de realizar actos o convenios entre si, ... que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir, o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador o provisional, **o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante** ... Los usuarios de los sistemas vigilados deben contar con la posibilidad de obtener del mercado **diversas alternativas de inversión o de consumo, de suerte que puedan acceder en un contexto de absoluta transparencia a productos o servicios de mayor calidad y rentabilidad o menor costo según se trate** ...

En consecuencia, sin perjuicio de las autorizaciones especiales a que hubiere lugar de conformidad con las reglas aplicables; **las entidades vigiladas deberán, en los términos del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, informar a**

¹¹³ Ibid. CRIALES, Luis Fernando; P. 19

la Superintendencia Bancaria ‘de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración’, y este despacho deberá objetar la operación si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.”¹¹⁴ (Negrilla fuera de texto)

Los principios orientadores de la participación en el sector, tienen como objetivo principal permitirle a las entidades participantes una mayor competencia y una mayor libertad en las operaciones que puedan desarrollar. Por su parte, las normas relativas a la competencia buscan que en esa competencia, no se perjudique al usuario. De esta manera, las instituciones financieras están igualmente obligadas a cumplir con las normas que protegen la libre competencia. Por esta razón es función primordial de la Superintendencia Bancaria, velar por el cumplimiento de tales normas.

Sin perjuicio de lo anterior, existen al menos dos aspectos que representan una difícil coexistencia entre las normas sobre competencia y aquellas que regulan la participación en el sector, en desarrollo de los principios ya mencionados.

3.2.4.1 Exigencia de Capitales Mínimos. La regulación prudencial establecida por el Comité de Basilea para los países miembros del mismo y adoptada por nuestra legislación, establece la exigencia de capitales mínimos para la existencia y funcionamiento de los diversos intermediarios. El efecto práctico de establecer capitales mínimos es que se está exigiendo un tamaño determinado a la entidad financiera para que ésta pueda participar en

¹¹⁴ Superintendencia Bancaria, Circular Externa 7 de 1996, Título Primero, Capítulo Sexto, Artículo 1º Adicionado por la Circular Externa 07 de 1998, Libre competencia, prácticas restrictivas y competencia desleal. Nótese que el último párrafo sigue los lineamientos establecidos en el régimen general, en el sentido de objetar las integraciones económicas

el sector. En consecuencia, sólo aquellas que tengan los recursos suficientes para cumplir con dicha exigencia, podrán ingresar al mercado. Para Carlos Andrés Perilla Castro,¹¹⁵ ésto constituye una limitación a la libre empresa, y por lo tanto una barrera de entrada al mercado. Adicionalmente sostiene que por ahora el derecho a la libre competencia debe, en este caso, ceder ante la importancia de velar por la seguridad de los recursos captados del ahorro del público. Por su parte, Luis Fernando Criales,¹¹⁶ al analizar la estructura del sistema financiero, advierte que las reglas de entrada al sistema no constituyen barreras de entrada al mismo y que por el contrario han intensificado de manera importante el grado de competencia.

Si se entiende el concepto de barreras de entrada como aquellas dificultades que encuentran los agentes económicos que desean ingresar a un mercado, es evidente que la exigencia de capitales mínimos es un claro ejemplo de barreras de entrada de tipo económico o financiero. Es más, este requisito podría igualmente calificarse como una barrera de entrada de tipo legal, toda vez que se trata de una exigencia establecida por la ley. Así, el hecho que la norma que fija dicho requisito sea por esencia conocida por todos los participantes, potenciales o actuales, no implica que deje de ser una barrera de entrada.

3.2.4.2 Facilidad de Salida. Dentro de un mercado de competencia al menos imperfecta, uno de los factores que determina la entrada y salida de los participantes es el grado de eficiencia de las empresas y no necesariamente su tamaño. Si dicho competidor tiene suficiente poder de mercado, podría trasladarle los costos de sus ineficiencias a los consumidores, sin que eso perjudique sus utilidades. Pero si por el contrario se trata de un

cuando tiendan a producir una indebida restricción de la libre competencia y no cuando sean medio para obtener una posición de dominio en el mercado.

¹¹⁵ Op. Cit. PERILLA CASTRO; P. 116

¹¹⁶ Op. Cit. CRIALES, Luis Fernando; P. 22

competidor con una posición en el mercado que no se puede definir como dominante, terminará por ser retirado del mismo, por las fuerzas del mercado, o por los demás competidores.

En el sistema financiero colombiano este funcionamiento de las fuerzas del mercado no es tan claro. En efecto, existe un factor artificial que controla la salida de los agentes. Teniendo en cuenta que se está hablando de los dineros depositados por el público en los diversos intermediarios, el derecho financiero ha desarrollado una serie de instituciones de salvamento que pretenden mantener la estabilidad del sistema financiero. En palabras de Néstor Humberto Martínez “es un dilema que se plantea entre la necesidad que operen las reglas y los postulados del mercado, a partir de la *libertad de salida* para que no se atrofie el concepto de riesgo entre el público, y la exigencia económica de contar con un sistema financiero fuerte y eficiente”.¹¹⁷ Sin perjuicio de lo anterior, el propio Néstor Humberto Martínez¹¹⁸ sostiene que el funcionamiento de los mecanismos de salvamento debe darse bajo la orientación de unos principios, dentro de los cuales menciona la preservación del mercado. De lo contrario, se debilitaría, la competencia en él ya que ni los banqueros ni los empresarios se preocuparían por mantener o exigir niveles de eficiencia competitivos ni se preocuparían por mantener los niveles de riesgo en los estándares adecuados. Como se puede observar, nuevamente, la libre competencia debe ceder ante el principio constitucional de la seguridad de los recursos captados del ahorro público.

Adicionalmente, es necesario mencionar que respecto de las instituciones de salvamento, las reglas establecidas en el artículo 58 del EOSF, no se aplican por expresa disposición del mismo EOSF:

¹¹⁷ MARTÍNEZ, NEIRA; Néstor Humberto; Cátedra de Derecho Bancario Colombiano, Editorial Legis, Agosto de 2000, p. 432.

“Artículo 61 Fusión de entidades de propiedad gubernamental: Cuando el Estado posea directa o indirectamente más del noventa y cinco por ciento (95%) de la propiedad de todas las entidades participantes en un proceso de fusión, **no se aplicará lo dispuesto en el artículo 58 de este estatuto.**”(Negrilla fuera de texto)

“Artículo 113 Medidas preventivas a la toma de posesión (Adicionado por la Ley 510 de 1999):

9.1 En el caso de fusión:

... g) No habrá lugar al trámite previsto en el artículo 58 del estatuto orgánico del sistema financiero, cuando quiera que la Superintendencia Bancaria haya autorizado la operación concreta de fusión dentro del programa de recuperación.”

Nuevamente los principios de la libre competencia deben ceder ante la protección de los dineros captados del ahorro del público. Esta vez con una ingrediente adicional y es que en el caso del artículo 61 del EOSF, el gobierno se convierte en un competidor de gran importancia. El mismo Néstor Humberto Martínez revela esta situación al sostener que “Las privatizaciones son otro de los fenómenos que han acompañado la reforma financiera. La banca oficial pasó de representar el 55% de los activos totales del sistema financiero en 1991 al 18% en 1998. Sin embargo, a causa de la oficialización de los intermediarios financieros a finales de los años noventa y comienzos del año 2000, se revirtió el proceso y el Estado logró una participación en la administración de los activos financieros de una tercera parte del conjunto del sistema, que no se traduce en comportamiento más competitivo de los bancos y demás establecimientos de crédito, sino que por el contrario contribuyen a reafirmar la existencia de oligopolios, aunque de naturaleza oficial.”¹¹⁹

¹¹⁸ Ibid. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto; p. 437.

Adicionalmente, luego de los procesos de toma de posesión, los gobiernos generalmente tienden a integrar las entidades de su propiedad con el fin de sanear las entidades para, posteriormente, adelantar los procesos de privatización de las mismas. Esto genera entidades financieras con participaciones en el mercado bastante considerables que posteriormente pasarían a manos de particulares, estableciendo de alguna manera desventajas para los actuales competidores.

Así las cosas, es dable concluir que a pesar de la consagración constitucional de la libre competencia, existe otro principio constitucional que, en el caso del sector financiero, hace difícil su coexistencia y que prima sobre la libre competencia, cual es el de la protección de los dineros captados del ahorro del público.

3.3 POSICIÓN DOMINANTE EN EL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO

3.3.1 Antecedentes Jurisprudenciales y Doctrinarios

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales y doctrinarios que se verán a continuación, es posible decir que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, como la doctrina de la Superintendencia Bancaria, han llegado a la conclusión que en nuestro sistema las entidades financieras gozan de una posición dominante evidente.

3.3.1.1 Corte Suprema de Justicia. En sentencia del 19 de octubre de 1994, la Corte

¹¹⁹ Ibid. MARTÍNEZ, NEIRA; Néstor Humberto; P. 222.

Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Carlos Esteban Jaramillo Scholss, sostuvo que para el legislador es claro que las entidades de crédito poseen una posición dominante y que éste es un hecho respecto del cual no puede haber controversia judicial. A continuación transcribo los apartes más importantes de esta jurisprudencia:

“... Dicho en otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones, es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican **disponen de un enorme poderío económico que**, ‘barreando los principios liberales de la contratación....’ como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garriguez, *Contratos bancarios*, cap. I, núm. II), **les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerles a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha**, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del Art. 830 del C. de Com., esta obligada a indemnizar.

(...) en breve síntesis **equivale a decir que para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible** y, asimismo, que en cuanto esa posición dominante es determinante para quien goza de situaciones particulares activas de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos.” (Subrayado y Negrilla)

fuera de texto)

3.3.1.2 Corte Constitucional. Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia T – 261 de 1995, con ponencia del doctor José Gregorio Hernández Galindo, estableció que las entidades financieras pueden ser objeto de una acción de tutela, dada la naturaleza del servicio que prestan y el estado de indefensión en que se encuentra el usuario. A este respecto, la Corte planteó el siguiente argumento:

“La Constitución ha señalado que la acción de tutela puede entablarse contra un particular, en los casos que la ley contemple, cuando se encargue de la prestación de un servicio público, cuando su conducta afecte de manera grave y directamente el interés público **y cuando, respecto de él, el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión** (artículo 86 C.P., inciso final).

(...) **Finalmente, frente a las entidades financieras, si bien no puede hablarse de subordinación, la persona – cliente, deudor, depositante – se puede encontrar en un estado de indefensión**, en una situación específica, en la cual no le sea posible hacer nada, desde el punto de vista fáctico y en el aspecto jurídico, para impedir que se le vulnere un derecho fundamental o que le sea puesto en franco peligro o en inminente amenaza.” (Negrilla fuera de texto)

3.3.1.3 Consejo de Estado. Finalmente, el Consejo de Estado, se pronunció sobre el inciso 2° del numeral 4° del artículo 98 del EOSF que establece que:

“... en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato **o dar lugar a un abuso de posición dominante.**” (Negrilla fuera de texto)

Con base en este texto legal, el Consejo de Estado sostuvo:

“En efecto, aun cuando expresamente el legislador no prohibió a los establecimientos de crédito cobrar cuotas de manejo por cuentas inactivas, sí prohibió a las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria el pacto de cláusulas exorbitantes, como son a juicio de la Sala cláusulas en virtud de las cuales se cobra al depositante una cuota ‘de manejo’ en cuentas inactivas, **ya que resulta evidente que el establecimiento de crédito se está aprovechando de su posición contractual ‘dominante’** para implícitamente obligar al cliente a ‘mover’ su cuenta de ahorros, ya consignando, ya retirando, siendo que dichas actividades son facultativas de su parte y no obligatorias. Lo exorbitante de una cláusula como la que prevé una cuota de manejo en cuentas inactivas, no radica entonces en el monto de dicha cuota, el cual a pesar de lo irrisorio que resulte en este caso, no deja de ser abusivo.”

Como se puede observar el Consejo de Estado considera al igual que la Corte Suprema y de cierta manera la Corte Constitucional, que las entidades financieras gozan de una evidente posición dominante frente al usuario - consumidor.

3.3.1.4 Superintendencia Bancaria. La Superintendencia Bancaria por su parte se ha manifestado al respecto, acogiendo la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia. Así por ejemplo, en concepto No. 199809381-0 esta entidad desarrolló el tema de la exigencia de reciprocidades o contraprestaciones. Sobre el particular, y luego de transcribir algunos apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada, concluyó que esta práctica sólo esta expresamente prohibida para los créditos de largo plazo destinados a vivienda y para los créditos de fomento. (Artículos 120 inciso 1° numeral 2° EOSF y numeral 2.6 del Capítulo 1 del Título II de la Circular Básica Jurídica - Circular Externa 007 de 1996, respectivamente). Sin embargo, la Superintendencia es clara en afirmar que aunque en los demás casos, y dentro del marco del principio de la autonomía de

la voluntad privada, las partes pueden acordar las condiciones que consideren pertinentes, siempre que ello no contraríe la ley, el orden público o las buenas costumbres, existe una regla general que prohíbe pactar cláusulas exorbitantes por parte de las entidades financieras.

Como se puede observar, nuevamente la ley se encarga de darle desarrollo al mandato constitucional sobre posición dominante, al establecer una regla general en torno a cuál debe ser el comportamiento de las entidades financieras en lo que respecta a una de las conductas que el Decreto 2153 considera como abusivas de la posición dominante. Es precisamente este mandato general el que lleva a la Corte Suprema de Justicia a afirmar que para el legislador, la posición dominante de las entidades financieras es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible.

3.3.2 Posición Dominante

Sobre los anteriores pronunciamientos, vale decir que se trata de argumentos planteados de una manera demasiado absoluta como para ser compartidos en su integridad. En efecto, como se anticipó en el primer capítulo de este trabajo, al interior del sistema financiero, es posible plantear la teoría establecida en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, según la cual la posición de dominio de las empresas de servicios públicos (“ESP”) se predica desde un ámbito objetivo y desde un ámbito subjetivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento de la Corte Suprema según el cual la posición de dominio es un hecho evidente respecto del cual no hay controversia judicial, debe ser analizado desde el punto de vista de ambos ámbitos.

Sin perjuicio de una breve explicación del aspecto subjetivo, como se dijo al principio de este trabajo, el objetivo del mismo es concentrarse en el ámbito objetivo de la posición de dominio en el sector financiero colombiano.

3.3.2.1 Ámbito Subjetivo. La posibilidad de aplicar la teoría del ámbito subjetivo de la posición dominante por parte de las entidades financieras, se debe al mecanismo de contratación utilizado por las mismas. En efecto, por lo regular las entidades financieras, en especial las utilizadas por el usuario común y corriente que tiene muy poco, si no, ningún poder de negociación, utilizan los denominados contratos por adhesión a condiciones generales como mecanismo de contratación. Así lo ha reconocido el legislador al prohibir la utilización de cláusulas exorbitantes en los contratos. La misma sentencia de la Corte Constitucional revela la situación de subordinación en que se encuentra el usuario frente a la institución financiera, y por ende, la posibilidad de aplicar la teoría del ámbito subjetivo de la posición dominante al sector financiero colombiano Sin embargo, hay que reconocer que hay casos en los que el poder de negociación de las entidades financieras se va deteriorando, dado el poderío económico del cliente¹²⁰, razón por la cual sostener que se trata de un hecho respecto del cual no puede haber controversia judicial alguna es un planteamiento demasiado absoluto. Es más, en apartes anteriores de la misma sentencia, la Corte Suprema sostiene que es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Da la sensación entonces, que la Corte se contradice con sus dos argumentos ya que no se puede decir por un lado, que es necesario atender las circunstancias particulares de cada caso concreto y por el otro que respecto de la posición dominante de las entidades

¹²⁰ La misma posición defiende Alfonso Miranda Londoño respecto de la consagración de esta teoría en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Al respecto véase MIRANDA LONDOÑO, Alfonso; El Derecho de la Competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; Revista Jurídicas, "CEDEC III" Colección Seminarios No. 10 p. 93 y ss. Sin embargo, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, aunque establece una presunción de

financieras no hay controversia judicial alguna.

A título ilustrativo, vale la pena mencionar finalmente la existencia de las llamadas acciones de clase consagradas desde la Ley 45 de 1990 e incluidas en el EOSF en el inciso 3° del artículo 98. Con éstas, aquellas personas que se vean perjudicadas por prácticas restrictivas de la competencia o con conductas que tiendan a establecer una competencia desleal, pueden buscar que se determine la responsabilidad civil de la entidad financiera y lograr así una indemnización de perjuicios. Para tal efecto, la misma norma dispone que dicha acción se tramitará a través de un proceso ordinario, pero con observancia de las reglas previstas en los numerales 3° a 7° y 9° a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor).

3.3.2.2 Ámbito Objetivo. La posición dominante frente al mercado es la posición general definida como la capacidad para determinar las condiciones del mercado, tal y como se vio en el capítulo primero de este trabajo. Sin embargo, tampoco es posible sostener un argumento tan concluyente como el planteado por el doctor Carlos Esteban Jaramillo Scholss. Como se ha reiterado a todo lo largo de este trabajo, la posición de dominio no se puede entender en abstracto sino en concreto, es decir en un momento específico y dentro de un mercado relevante correctamente determinado, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica.

Uno de esos momentos puede ser precisamente cuando se pretende realizar alguna de las operaciones de concentración económica contemplada en el EOSF y que debe ser aprobada por la Superintendencia Bancaria En

posición dominante, es clara en afirmar que se trata de una presunción de hecho que por lo

consecuencia, es necesario entender cómo es que dicha entidad analiza las solicitudes de fusión en torno a la posición dominante que pueda llegar a tener la entidad nueva o absorbente.

3.4 MERCADO RELEVANTE

Dada la insistencia que se ha hecho sobre la necesidad de concretar el mercado relevante, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica, a continuación me permito presentar algunas consideraciones sobre cada uno de estos mercados.

3.4.1 Mercado Relevante de Producto

En mi opinión, y como lo demuestra el recuento histórico y normativo realizado sobre la estructura del sistema financiero y su clasificación actual, es necesario entender que por lo menos al interior del mercado de los establecimientos de crédito, no es posible dividir el mercado relevante por clase de entidad. Adicionalmente, como se ha afirmado de manera reiterada, en virtud del principio de liberalización en las operaciones y productos financieros autorizados, salvo por la cuenta corriente, el leasing y la prohibición para las corporaciones financieras de otorgar tarjetas de crédito,

tanto admite prueba en contrario.

no existen restricciones adicionales para que cualquier establecimiento de crédito ofrezca los demás servicios financieros existentes.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco es posible afirmar que dada la liberalización de los servicios financieros, la totalidad del mercado de los establecimientos de crédito constituye un mercado relevante, que un segundo mercado lo constituyen las sociedades de servicios financieros y así sucesivamente.

En consecuencia, vale la pena traer a colación la ya mencionada Decisión de la Comisión sobre la integración en la Comunidad Económica Europea entre el Banco Santander y Banesto¹²¹. Esta división me parece bastante acertada toda vez que en cada uno de los subsectores allí mencionados, se compite por una especie de cliente diferente con necesidades diferentes. En efecto, dicha división permite diferenciar entre los diversos usuarios por los que se está compitiendo. De esta manera, se logra igualmente incluir en cada subsector los diversos productos que satisfacen las necesidades del usuario que se ubica en cada uno de ellos.

En adición a los tres subsectores mencionados, creo conveniente resaltar para el caso colombiano un sector muy particular cual es el referente al

sistema pensional, es decir las administradoras de los fondos de pensiones y cesantías. Se trata de un sector muy particular que cada día adquiere más relevancia y crece más, dada la naturaleza y origen de los recursos que administra. En efecto, si se tratara por ejemplo de una integración entre instituciones financieras, que entre los servicios prestados cubren la necesidad de ahorro, valdría la pena incluir como parte del mercado relevante de producto los fondos de pensiones voluntarias ya que éstos también satisfacen esta necesidad.

Por su parte, en el sector asegurador por ejemplo, el mercado relevante se podría clasificar de acuerdo a los diferentes ramos de seguros.

En fin, los anteriores son simples ejemplos, lo importante es tener un criterio unificado en cuanto a cuáles son los elementos de juicio utilizados por la autoridad competente para determinar cada mercado en particular. Por lo anterior, me permití formular ante la Superintendencia Bancaria una consulta mediante la cual se buscaba obtener de dicha entidad, respuestas concretas en cuanto a la posición oficial de la misma sobre interrogantes como el anterior.¹²¹ Una de las preguntas presentadas a consideración de la

¹²¹ Como se mencionó en el punto 2.2.4.3 en ese caso, la Comisión divide el mercado relevante en (i) banca al por menor; (ii) banca de negocios y (iii) mercados financieros y de capitales.

¹²² La consulta se respondió mediante concepto número 200085528 – 0 del 14 de diciembre de 2000, el cual se adjunta a este trabajo como Anexo I. Las preguntas realizadas junto con

Superintendencia Bancaria en dicha consulta fue:

“B. En relación con el concepto de mercados correspondientes mencionado en el literal d) del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

- i) Como entiende y determina la Superintendencia Bancaria el concepto de mercado relevante al interior del sistema financiero;*
- ii) Considera la Superintendencia Bancaria que dentro de la variedad de servicios financieros prestados por las distintas entidades financieras existen servicios sustitutos que puedan considerarse como integrantes del mismo mercado relevante?”*

En este tema, la Superintendencia sostuvo que:

“Así, según el carácter de la respectiva institución, el mercado relevante podrá determinarse analizando entre otros aspectos las actividades propias de la entidad, los segmentos de la población y los sectores económicos que atiende o puede atender, las características de los productos y servicios que presta, la sustituibilidad de los mismos, los hábitos y tendencias de consumo, su ámbito de influencia, las condiciones de oferta y demanda, etc.

Teniendo en cuenta los criterios aquí planteados, sería interesante ver como las Resoluciones por medio de las cuales se han autorizado las diversas integraciones presentadas durante los últimos años desarrollan tales criterios. Infortunadamente tales Resoluciones no profundizan en estos aspectos. Por su parte las actas donde se plasman las consideraciones que al respecto hace el Consejo Asesor al Superintendente son un documento reservado, al que no se pudo tener acceso al momento de realizar las

las consideraciones de la Superintendencia así como mis apreciaciones sobre las mismas, se irán planteando en continuación en la medida en que se vayan mencionando los temas objeto de la consulta.

investigaciones propias de este trabajo.¹²³

3.4.2 Mercado Geográficamente Relevante

En cuanto al mercado geográficamente relevante, en principio se puede decir que la dimensión geográfica es nacional. Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar que desde el punto de vista de posibilidades de ahorro por ejemplo, existen ciertas instituciones financieras del exterior que pueden estar compitiendo con las instituciones nacionales, teniendo en cuenta que el ahorro en divisas tiene un factor adicional como es la protección contra la devaluación. Por el lado de las necesidades de crédito, la situación también puede ser analizada frente a entidades de carácter extranjero. En efecto, teniendo en cuenta que hoy por hoy el depósito por endeudamiento externo se encuentra en 0%¹²⁴, hay muchas compañías que salen a buscar facilidades de crédito en el exterior. De todas maneras, lo más seguro es que respecto de una operación de integración económica entre instituciones nacionales, los efectos sólo se verán al interior del territorio nacional.

3.5 GRUPO EMPRESARIAL

¹²³ Artículo 334 EOSF, numeral 1° Parágrafo 3° (Adicionado por el artículo 39 de la Ley 510 de 1999.

Dada la estructura general de nuestro sistema financiero, es igualmente importante tener en cuenta las normas sobre control plasmadas en el Código de Comercio y que fueran modificadas por la ley 222 de 1995. El artículo 260 del estatuto mercantil, modificado por el artículo 26 de la mencionada Ley, describe el concepto de subordinación, sea ésta directa, caso en el cual se trata de filiales, o indirecta, en cuyo caso se está hablando de subsidiarias. Por su parte, el artículo 261, modificado igualmente por ley 222 de 1995, artículo 27, establece una serie de presupuestos objetivos bajo los cuales se entenderá que hay subordinación.

Uno de estos presupuestos objetivos es el “denominado control interno o de participación patrimonial en el caso en que ‘más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas’...”¹²⁵ Para los propósitos del este trabajo, el literal c) del artículo 119 del EOSF establece que:

“c) La participación en el capital **no podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones suscritas**, ya sea directamente o con el concurso de otras sociedades vinculadas a la matriz, salvo que se trate de aquellas que se organicen como almacenes generales de depósito, un cuyo caso tal participación puede ser inferior.”

Como se puede observar, el EOSF exige la existencia del presupuesto de subordinación, denominado de participación patrimonial tal y como lo define la ley 222 de 1995.

Si a la condición de subordinación o control se le añade que entre matriz y subordinadas

¹²⁴ Al respecto Véase la Resolución Externa 8 de 2000, dictada por la Junta Directiva del Banco de la República, Artículo 83.

¹²⁵ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No. 30 de noviembre 26 de 1997, Criterios Generales para la aplicación del régimen legal de las matrices, subordinadas, situaciones de control y grupos empresariales. p. 12.

existe unidad de propósito y dirección, estamos enfrente de lo que la misma Ley 222 de 1995 denomina *Grupo Empresarial*. Para este efecto, el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, entiende que existe unidad de propósito y dirección cuando las actividades de todas las sociedades persiguen la consecución de un mismo objetivo, determinado por sociedad matriz en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social de cada una de las sociedades que conforman el grupo. De acuerdo con la experiencia de la Superintendencia de Sociedades los siguientes son algunos de los aspectos que se deben examinar para llegar a una conclusión sobre la existencia de unidad de propósito y dirección entre una sociedad matriz y sus controladas: (i) Objeto social semejante o complementario; (ii) Composición accionaria estructurada con la participación de los mismos accionistas; (iii) Administración de las sociedades (Junta Directiva y/o Representación Legal) a cargo de las mismas personas naturales o jurídicas.¹²⁶

Sea a través de un banco o de una corporación financiera, inclusive a través de una compañía de seguros (si incluimos el sector asegurador), o a través de una sociedad *Holding*, es claro que al presentarse un conglomerado financiero en donde hay inversiones en las distintas instituciones financieras, se presenta una situación de subordinación. Adicionalmente, creo que es bastante evidente, por lo menos en el caso de los grupos económicos más reconocidos al interior del sistema financiero colombiano, que no sólo existe la subordinación sino que además se presentan la mayoría de las circunstancias de hecho, que permiten concluir la existencia la unidad de propósito y dirección. Por lo anterior, es perfectamente posible concluir que los llamados conglomerados financieros no son nada más que grupos empresariales al interior del sector financiero.

En conclusión, podemos decir que a pesar de que un banco no puede prestar directamente

¹²⁶ Op. Cit. Superintendencia de Sociedades P. 14.

los servicios de una sociedad fiduciaria, como si lo podía hacer en 1923, abriendo al público una sección fiduciaria, si lo puede hacer de manera indirecta participando en el capital de una sociedad fiduciaria y ejerciendo el control sobre ella. Por ello, se puede llegar a concluir que la estructura actual del sistema financiero es de banca múltiple en su expresión desarrollada de Grupos Financieros.

Dada esta situación, la tercera pregunta de la consulta radicada ante la Superintendencia Bancaria fue la siguiente:

“C. Teniendo en cuenta que la norma anteriormente citada establece que la posición dominante se puede detentar ya sea directamente como matriz o indirectamente por medio de sus filiales, en caso que la entidad nueva o absorbente pertenezca a un denominado “Grupo Financiero”, tiene en cuenta la Superintendencia Bancaria la participación en el mercado relevante de todo el grupo financiero o solo la de la entidad nueva o absorbente?”

Sobre este particular, vale la pena empezar con la opinión que al respecto tiene Javier Fernández Riva: “Solo muy recientemente las entidades financieras que hacen parte de grupos económicos, han comenzado a esforzarse por operar dentro de líneas corporativas, y ciertamente no con el ánimo de explotar un poder de mercado sino con la esperanza de aprovechar las famosas sinergias y de alcanzar algunos ahorros de costos de información. El que tales entidades lleguen a adoptar una línea común respecto a los clientes, para restarles opciones más desfavorables por los depósitos, es descabellado: se requiere demasiada candidez para creer que realmente tienen esa capacidad. Estoy seguro que, si

cualquier grupo intentara obrar de esa manera, lo único que obtendría sería una reducción de su participación en el mercado”.¹²⁷

Al respecto se debe decir que, independientemente de la posibilidad de abusar de la posición dominante que llegaren a ejercer los grupos financieros, es necesario en primer término establecer si tienen una posición de dominio y para ello es necesario, entre otras cosas, determinar cual es la participación que tienen en el mercado. Respecto de la última afirmación de Javier Fernández Riva, me parece que la conclusión de ello sería que no existe, en el momento, un grupo financiero que tenga una posición de dominio y que por lo tanto si quisiera determinar condiciones del mercado, como imponer condiciones desfavorables para los créditos, obviamente perdería participación en el mismo. Sin embargo, el hecho que los grupos financieros existentes no tengan una posición de dominio, o no abusen de la posición dominante que puedan llegar a tener, no significa que no actúen como grupo, es decir bajo una unidad de propósito y dirección. Entre otras razones porque una de las consecuencias, no sólo legales sino lógicas de la situación de subordinación, es la unidad de propósito y dirección que se genera entre la sociedad matriz y las filiales.

En torno a este punto, la Superintendencia presenta las siguientes conclusiones:

“Según la citada disposición se entiende que la posibilidad de objetar la fusión se concreta cuando resulta probable, en virtud de dicha integración, el ejercicio de los actos que se pretende evitar, es decir, la determinación de precios inequitativos, la limitación de servicios o impedir, restringir

¹²⁷ Citado por CRIALES, Luis Fernando, Op. Cit. P. 26.

o falsear la libre competencia, ya sea directamente por la matriz o por medio de sus filiales.

De tal forma, el cabal cumplimiento de la norma exige que este organismo determine si la institución resultante (ya sea matriz o filial) como parte de una organización empresarial puede incurrir en prácticas como las censuradas y no se tomen las medidas suficientes para prevenirlas, asunto que impone, naturalmente, la necesidad de establecer la influencia de dicho grupo en el mercado respectivo. (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, en relación con el segundo aparte del literal d) del numeral 2 del citado artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual ninguna de las hipótesis previstas en el mismo se configura cuando la *entidad absorbente o nueva* atienda menos del 25% de los mercados correspondientes, entendemos:

- Conforme a la regla inicial de la misma disposición, el abuso de la posición dominante puede involucrar a la matriz y las filiales, razón por la cual el objeto del precepto sólo se atiende estimando la influencia de éstas en el mercado respectivo.

A pesar de lo anterior, la Superintendencia termina diciendo que:

- No obstante lo anterior, la normativa es clara al señalar que los citados eventos no se configuran cuando la *entidad resultante* atienda menos del 25% de los mercados correspondientes. De tal forma, en caso de presentarse tal presupuesto no procedería la objeción de la fusión por la razón expuesta.” (Negrilla fuera de texto)

En otras palabras, a pesar de la influencia que el grupo financiero respectivo pueda tener en el mercado relevante, si la entidad resultante por si sola atiende menos del 25% del respectivo mercado, la operación no será objetada. No comparto esta interpretación exegética de la norma ya que como lo dije anteriormente, la unidad de propósito y dirección es una consecuencia lógica de la existencia de un grupo económico, circunstancia que afecta la detentación o no de una posición de dominio, especialmente desde el punto de vista objetivo, es decir una posición de dominio en el mercado.

Así por ejemplo, al interior de la Comunidad Económica Europea, para efectos del cálculo del volumen de negocios, se tiene en cuenta la participación del mercado del grupo económico y no establece la existencia de una posición de dominio exclusivamente en la participación porcentual en el mercado de la entidad resultante. La respuesta de la Superintendencia revela cómo, establecer la existencia de posiciones de dominio sobre la base de porcentajes de participación en el mercado, es antitécnico.

Así las cosas, la facultad del Superintendente de Bancario de objetar una operación de integración entre entidades financieras, se debería dar sobre la base de posibilidades de generar efectos adversos a la libre competencia, lo cual se determinará con base en los estudios que para el efecto debe realizar la autoridad competente.

3.6 RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO

Tal y como se vio en la sección sobre coexistencia de los principios

orientadores de la participación en el sector financiero y las normas relativas a la competencia, para la Superintendencia es clara su obligación en torno a velar porque no se presenten abusos por parte de entidades financieras que puedan detentar una posición de dominio. Igualmente, el EOSF es claro en que es competencia de la Superintendencia autorizar las operaciones de integración realizadas entre instituciones sometidas a su control y vigilancia. Sin embargo, como veremos a continuación, el tema del control de tales operaciones, como mecanismo para evitar que se produzca una indebida restricción a la libre competencia, no está claramente reglamentado para el caso particular del sistema financiero.

En efecto, en el capítulo del EOSF sobre “fusiones de instituciones financieras o aseguradoras vigiladas”, aplicable a la adquisición y a la cesión de activos, pasivos y contratos, no se regula este aspecto. Por su parte la Superintendencia no se ha manifestado sobre el particular de manera concreta. Es así como en respuesta a una consulta en la que se solicita información sobre las fusiones de instituciones financieras, en lo referente a requisitos legales, técnicos y todos los requisitos para que estas fusiones puedan lograrse con éxito, la Superintendencia responde que las normas que regulan la fusión de instituciones financieras son los artículos 55 a 62 de

EOSF y las normas de Código de Comercio.¹²⁸ Sin embargo, en estas normas existen graves vacíos tales como: (i) la manera como la Superintendencia estudia dichas operaciones con el fin de determinar si la entidad nueva o absorbente detentaría o no una posición de dominio; (ii) los factores que utiliza la Superintendencia para determinar la cuota de mercado que atiende dicha entidad; (iii) sí al contabilizar dichas cuotas de mercado se tiene o no en cuenta la participación del conglomerado financiero al que pertenezca la entidad en cuestión, cuando a ello hay lugar; (iv) la manera como se debe determinar el mercado relevante tanto en su dimensión de producto como geográfico y la información que, sobre estos aspectos, deben suministrar las entidades que participan de la operación; (v) los productos o servicios que la Superintendencia considera como sustitutos, con el fin de poder llegar a concluir que existen suficientes alternativas de servicios para el usuario; y en general los demás aspectos que a lo largo de este trabajo se han resaltado como necesarios para determinar la existencia de una posición de dominio.

3.7 CUOTAS DE MERCADO

En cuanto a los datos sobre mercados, porcentajes de participación y demás información de tipo económico, la Superintendencia se valdrá de la

¹²⁸ Concepto número 199835447-0, Superintendencia Bancaria

información que periódicamente deben suministrar las instituciones vigiladas. Sin embargo, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, las instituciones interesadas en adelantar una operación de integración deberían saber bajo qué elementos se mide participación en el mercado. Esto le da fundamento a la siguiente pregunta:

“A. En caso de darse una integración, cuáles son los factores que utiliza la Superintendencia Bancaria para medir la participación de la entidad nueva o absorbente en los mercados en que participa? En otras palabras, en términos de qué (activos, pasivos, patrimonio, otras cuentas del balance etc.) se mide la participación en el mercado?”

Como se vio en el capítulo sobre aspectos preliminares, es necesario establecer un parámetro para medir la participación en el mercado de las entidades participantes en la operación de integración. Es así como en el régimen general, la Superintendencia de Industria y Comercio suma las participaciones en las ventas de los últimos 12 meses tanto de quienes intervienen en la operación, como de los demás competidores. En este orden de ideas, es posible sostener que, en la materia que nos ocupa, existen varias cuentas que podrían revelar de manera fidedigna la participación porcentual en los diferentes mercados. Así por ejemplo, se podría hablar de la cartera de los establecimientos de crédito y a su vez, subdividirla en

cartera comercial, de consumo e hipotecaria, entre otras, Por otro lado, se podrían medir las participaciones en captaciones y subdividir esta cuenta en algunas de las principales subcuentas que la componen como cuentas corrientes, cuentas de ahorro, CDT. El mismo ejercicio se podría desarrollar para las demás clases de instituciones financieras como las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, las sociedades fiduciarias e inclusive las sociedades aseguradoras¹²⁹. Lo importante aquí es conocer cual es el parámetro utilizado por la Superintendencia Bancaria. En la respuesta a este interrogante, la Superintendencia, luego de presentar algunas consideraciones doctrinarias en torno a la importancia de la determinación del mercado relevante y al concepto de la intercambiabilidad de los productos o servicios, sostuvo:

“ .. Establecido el mercado correspondiente, la participación de la institución resultante se determinará atendiendo la influencia o magnitud de ésta frente a las actividades particulares mediante el empleo de distintos criterios.

Por ejemplo, esta Superintendencia ha considerado, en fusiones de establecimientos bancarios, la participación de la entidad resultante o absorbente en el total de la cartera de créditos de los establecimientos de crédito y del sistema bancario, servicio por excelencia de tales instituciones.

Para contar con un indicador del nivel de concurrencia se ha estimado además el porcentaje de la cartera de créditos en cada segmento,

¹²⁹ El Anexo número II presenta algunas tablas que reflejan la participación porcentual de las diferentes entidades bajo diversos parámetros. Nótese como si se estuviese hablando estrictamente de participaciones porcentuales, existen casos en donde hay posiciones de dominio.

comparación que igualmente se efectúa contra el consolidado de todo el sistema financiero.

Así mismo se han considerado los activos y pasivos de la entidad resultante contra los del sector de las instituciones de su misma naturaleza (bancos, corporaciones, compañías, etc.) e igualmente contra los de la totalidad del sistema financiero (depósitos y exigibilidades, igualmente segmentados).”

Como se puede observar, esta respuesta revela la aplicación de criterios diferentes para cada operación de integración que ha estudiado la entidad. Nuevamente se nota la falta que hace poder ver cómo es que se han hecho estos análisis en casos concretos, sin que por ello se revele información confidencial de las instituciones participantes en las diversas operaciones.

CONCLUSIONES

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ACTUAL FRENTE A LAS NECESIDADES DEL MERCADO Y LA REGULACIÓN INTERNACIONAL - VISIÓN CRÍTICA DEL AUTOR.

Como lo mencioné en la introducción, al desarrollar un Trabajo de Grado es necesario abordar un problema que se esté presentando en la actualidad, y no simplemente un tema del amplio mundo del derecho. El problema que se ha pretendido abordar es el relacionado con la posición dominante en el sistema financiero colombiano y el control de las operaciones de integración económica que se presentan en el mismo. En mi opinión, es posible afirmar que el asunto tratado es un problema, dada la falta de unos criterios unificados y conocidos al interior de la entidad competente de la vigilancia y control del sector financiero, en relación con la manera de determinar o no la existencia de posiciones dominantes en el sector, y la manera como la misma ejerce el control de las operaciones de integración económica que se presentan en el mismo.

Por otro lado, es importante resaltar como en ciertos momentos, el fomento de la competencia y el desarrollo del derecho constitucional a la libre competencia, cede ante la importancia de preservar otro principio constitucional, cual es el de la protección de los dineros captados del ahorro del público.

En relación con este problema, de acuerdo a los planteamientos esbozados, y sin perjuicio de las conclusiones preliminares que sobre aspectos puntuales se iban presentando en cada capítulo, me permito hacer los siguientes comentarios a título de conclusiones generales,

con el fin de realizar un análisis final del problema abordado y presentar una visión crítica del mismo:

1. Lo primero que hay que decir es que la posición dominante que pueda tener una empresa en el sector en que participa, debe ser determinada de manera concreta. En efecto, y en especial en lo que respecta al ámbito objetivo del concepto de posición de dominio, no es posible hacer afirmaciones en abstracto, sobre existencia de posiciones de dominio evidentes e incontroversiales, sin antes haber desarrollado un estudio a conciencia sobre el mercado relevante tanto en su dimensión geográfica como en la de los productos o servicios.

Una vez determinado de manera concreta el mercado relevante, un factor de importancia es el relacionado con las cuotas de mercado que la empresa en cuestión detenta en el mismo. Sin embargo, estas cuotas de mercado no pueden ser vistas como cifras absolutas y definidoras de tal posición, sino que por el contrario, deben ser analizadas de manera relativa. De esta manera, se hace necesaria una comparación con las cuotas de mercado de los demás participantes. Igualmente, es imperativo analizar otros aspectos que afectan la importancia de dichas cuotas, como por ejemplo la existencia de barreras de entrada y salida del sector, el número de competidores que participan en el mismo, la posibilidad de mantener estas cuotas en el tiempo y en fin, factores que pueden aumentar o disminuir la relatividad de un porcentaje de participación visto de manera individual.

De otro lado, es importante resaltar que la utilización de cuotas de mercado porcentuales,

como umbral para decidir si se objeta o no una integración económica o para concluir de ello la existencia de posiciones de dominio, es técnicamente incorrecto. Como se vio en el aparte sobre los aspectos generales del control de las operaciones de integración, el umbral a partir del cual surge la competencia, para ejercer el control sobre estas operaciones se debe fundamentar en el tamaño de la empresa en cuestión, medido no en términos porcentuales, sino en términos económicos (i.e. capital, patrimonio, activos, volumen de negocios etc.) Por su parte, las cuotas porcentuales de participación, deben ser utilizadas en el estudio que sobre la concentración adelanta la autoridad competente como uno de los varios factores reveladores de posiciones de dominio.

Adicionalmente, es claro que un factor porcentual, por si solo, no puede ser entendido como el límite entre la posibilidad o no de abusar de una eventual posición de dominio.

En consecuencia, yo sería partidario de reformar el literal d) del artículo 58 del EOSF, con el fin de mejorarlo en tres aspectos primordiales:

- a) Establecer un factor de tipo económico como umbral para que la Superintendencia sea competente o no para objetar una integración económica, desde el punto de vista de la competencia en el sector.
- b) Eliminar la facultad de objeción con base en cifras porcentuales, que no sabemos como son calculadas y darle la facultad a la Superintendencia de objetar integraciones cuando ellas generen aspectos adversos a la competencia, que no sean solucionables de otra manera.
- c) Otorgarle a la Superintendencia herramientas e instrumentos para lograr que, ante

una operación que presente problemas en materia de competencia, pueda ser llevada adelante mediante la exigencia de venta de los activos que generen los problemas, exigencia de garantías y compromisos a las instituciones participantes, entre otras.

2. De acuerdo con lo planteado en el capítulo primero de este Trabajo, las operaciones de concentración económica son uno de los medios más eficientes para lograr llegar a detentar posiciones de dominio en el mercado en que se participa. Adicionalmente, como se vio la conformación de grupos económicos es uno de los llamados criterios de conducta que la jurisprudencia comunitaria europea ha identificado como mecanismos idóneos para la obtención de posiciones de dominio. Así, las adquisiciones de empresas, las fusiones y en general las operaciones de integración económica son el mecanismo ideal para la creación de estos grupos y a través de ellos obtener posiciones de dominio en el mercado.

Y es que, como se dijo en reiteradas oportunidades, hoy por hoy las integraciones económicas no son mal vistas *per se*. Por el contrario, en derecho comparado, las más importantes legislaciones no castigan la existencia de posiciones dominantes sino el abuso que de éstas se haga. Esta fue precisamente, la posición adoptada por el constituyente de 1991. En este orden de ideas, de la manera como la autoridad competente estudie las solicitudes de integraciones económicas, depende que ellas sean la fuente de posiciones de dominio de tal dimensión que faciliten el abuso de las mismas. Lo anterior porque si de un estudio realizado de manera profunda se concluye que se van a generar situaciones adversas para la competencia, es necesario exigirle a la entidad nueva o absorbente que elimine dichas circunstancias, que se comprometa a no abusar de la posición que detenta y en general le impone a la autoridad competente la obligación de ejercer una mayor vigilancia sobre dicha empresa.

3. Aunque en la actualidad es no se puede afirmar con absoluta convicción que en nuestro sistema existen entidades con posiciones de dominio evidentes, si es muy claro que las operaciones de integración económicas que se han presentado o se seguirán presentando, han generado mayores participaciones en el mercado de las distintas instituciones financieras, mas si se tiene en cuenta la participación de los más importantes grupos económicos existentes al interior del sector.

En consecuencia, se hace necesario darle un mayor desarrollo a la norma objeto de estudio en este Trabajo, con el fin de dotar a la Superintendencia Bancaria de mayores y mejores instrumentos que le permitan ejercer ese control sobre las integraciones que se presentan en el sector. En efecto, en la investigación adelantada para este Trabajo, detecté un gran vacío en este campo. Por tal razón, y en ejercicio del derecho de petición consagrado en la Constitución de 1991, formulé una consulta a la Superintendencia Bancaria con el fin de obtener de la autoridad competente un respuesta oficial en torno a los más importantes aspectos que se habían desarrollado a lo largo del mismo. Sin embargo, la respuesta dada por la Superintendencia no hizo más que confirmar que en el sector financiero existen grandes lagunas en torno a la manera como se determinan los mercados relevantes; los productos o servicios que la Superintendencia considera lo suficientemente intercambiables como para conformar un mismo mercado; la contabilización o no de las cuotas de mercado que el grupo financiero tenga respecto del mercado en el que se esté presentando la integración y en general la manera como se ejerce el control de las operaciones de integración que se presentan en el mismo.

Lo anterior, aunado a que las consideraciones que sobre la materia hace el consejo asesor del Superintendente, son documentos de carácter reservado

y no le permiten a las partes interesadas en desarrollar una operación de esta naturaleza, conocer los criterios que deben tener en cuenta para lograr el perfeccionamiento de la operación que pretenden adelantar. Y es que como se vio en el capítulo de derecho comparado, el conocimiento previo por parte del público, de los criterios utilizados y de la información estudiada por parte de las autoridades competentes, así como el fomento de reuniones previas, hacen de estas operaciones, procedimientos no sólo más eficientes, sino que se logra beneficiar mejor la competencia.

De todo lo anterior es dable concluir finalmente que, en lo que respecta la determinación de posiciones de dominio y al control de las operaciones de integración económica que se presentan en el sector financiero, nuestro sistema requiere de un mayor desarrollo. Para estos efectos, con el fin de promover la competencia en el sector y sin dejar de un lado la necesaria protección de los dineros captados del ahorro del público, es conveniente mirar legislaciones más avanzadas en la materia, con el propósito de extraer de ellas los aspectos más relevantes y adaptarlos a nuestro entorno y al nivel de desarrollo de nuestra economía. Lo anterior, sin cometer el grave error de copiar directamente, sin hacer previamente las adaptaciones del caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID S. Juan Jorge y GARCIA L. Nelson Gerardo, Derecho de la Competencia: Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indebido de Información Privilegiada. Bogotá: Ed. Temis, 1998
- ARCHILA, Emilio José. Apuntes Sobre Integraciones Empresariales y Competencia, En: Estudios de Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993.
- _____. Evitar la Posición Dominante previene su Abuso, Boletín Informático “El Supervisor”, Publicación del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, No. 4, 1998.
- BELLAMY, Christopher; CHILD, Graham y PICAÑOL, Enric. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Ed. Cívitas, 1992.
- CLAVIJO, Sergio; Hacia la Multibanca en Colombia: Retos y ‘Retazos’ Financieros, Documento preparado con ocasión de la Convención de la Asobancaria, junio 8-9 de Bogotá, 2000.
- CONCHA DELGADO, Santiago. El Abuso de la Posición Dominante en la Ley de Servicio Públicos Domiciliarios. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III, Colección Seminarios No. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas. Bogotá: Ed. Javegraf, 1996.
- CRIALES, Luis Fernando. El abuso de la Posición Dominante en el Sector Financiero, En: Boletín Jurídico Financiero No. 930.
- FONT GALAN, Juan Ignacio. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Madrid: Tecnos, 1987.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Bogotá: Ed. Temis, 7ª edición, 1987.
- GOMEZ LEYVA, Delio. De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica; Cámara de Comercio; 1998, p. 169.
- JARAMILLO, Carlos E. (1996), El abuso de la Posición dominante en la actividad financiera. Montevideo XV Congreso latinoamericano de Derecho Bancario.

LONDOÑO HOYOS Fernando. Estructura Funcional del Sistema Financiero, En: Revista Cámara de Comercio No. 8, 1984, p. 36.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Sistemas Financieros en América Latina, Biblioteca FELABÁN. Felaban, 1994.

_____. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano- Bogotá: Editorial Legis, 2000.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Seminario sobre Promoción de la Competencia e Integraciones Económicas. Universidad de los Andes y Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, 1993.

_____. Anotaciones sobre derecho antimonopolístico en los Estados Unidos. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III, Compilación sobre Derecho de la Competencia, Colección Seminarios No. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas. Bogotá: Ed. Javegraf. 1999.

_____. Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC, Colección Seminario No. 5, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas. Bogotá: Ed. Javegraf, 1996.

_____. El derecho de la competencia en Colombia. Revista de Derecho Económico en Colombia No. 9, 1989.

_____. Régimen General de la Competencia Seminario sobre la Aplicación de la Política de la Competencia a Nivel Internacional y su Desarrollo en el Ámbito Nacional. En: Revista Universitas No. No. 95, Diciembre de 1998.

_____. El Derecho de la Competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Colección Seminarios No. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, Ed. Javegraf. Bogotá 1998.

MIRANDA S., Luis María. Las concentraciones económicas: derecho europeo y español. Distribuciones de la Ley, Madrid 1994.

NARVÁEZ García, José Ignacio. Organización y Reestructuración de Sociedades en el Sector Financiero.

NEALE, A.D., El Contenido político de la Legislación Antitrust, En: Monopolio y Competencia (textos escogidos). Madrid: Biblioteca Tecnos de ciencia económicas, 1974.

PERILLA CASTRO, Carlos Andrés. Capitales mínimos de los establecimientos de crédito. Su impacto en la seguridad y la competencia del sistema financiero y en la democratización del crédito. Revista Universitas No. 99, Junio de 2000, Págs. 71 – 151.

RASMILIC DEPOLO, Radoslov. Control de Operaciones de Concentración y Derecho de la Competencia, En: Derecho de la Competencia, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El navegante Editores, Bogotá 1998.

REICH, Norbert. Mercado y Derecho, Ed. Ariel S.A., Barcelona 1985.

REYES Villamizar, Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

_____. Grupos de Sociedades, Subordinadas, Fusiones, Concentraciones, Compra de Activos, En: Derecho de la Competencia, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá: El navegante Editores, 1998.

ROSTOW, E.V. La evolución de las Leyes sobre Monopolio y la Competencia, En: Monopolio y Competencia (textos escogidos), Biblioteca Tecnos de ciencias económicas. Madrid, 1974.

SUESCÚN Melo, Jorge; Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia y el Abuso de la Posición Dominante, En: Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo, T. II, Cámara de Comercio y Universidad de Los Andes, 1996

USTÁRIZ, Luis Humberto. Conglomerados Financieros: La orientación de la ley Colombiana, Esquema de Regulación y una propuesta de Supervisión En: Revista Universitas No. 95, diciembre de 1998.

VÉLEZ, Luis Guillermo. Los objetivos de las normas antimonopolísticas. Planteamientos para un debate. Revista de Derecho Privado NE 10.

VELILLA, Marco. Una Aproximación al Concepto de Abuso de Posición Dominante, En: Derecho de la Competencia, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El navegante Editores, Bogotá 1998.

WESTON, Howard. *Merger Enforcement Guidelines, Competition Act. Ed. Consumer and Corporate Affairs, Canada, 1991.*

Concepto 00087897 del 22 de enero de 2001, Superintendencia de Industria y Comercio.

Concepto número 00023410 del 27 de abril de 2000, Superintendencia de Industria y Comercio.

Concepto No. 00023410 del 27 de Abril de 2000, Superintendencia de Sociedades.

Concepto número 199835447-0, Superintendencia Bancaria.

Concepto número 199809381.0, Superintendencia Bancaria.

Concepto No. 200085528-0 del 14 de diciembre de 2000, Superintendencia de Sociedades.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

I. FEDERAL TRADE COMMISSION: www.ftc.gov

1. Testimony of the Federal Trade Commission Presented by William J. Bear, Director Bureau of Competition Concerning: *The Effects of Consolidation on the State of Competition in the Financial Services*, Before the Committee on the Judiciary United States House of Representatives, June 3, 1998.
2. *The Evolution of U.S. Merger Law*, Prepared Remarks of Debra A. Valetine, Assistant Director for International Antitrust, Federal Trade Commission, INDECOPI Conference, August 13, 1996.
3. Section 7 of the Clayton Act. TITLE 15 - COMMERCE AND TRADE CHAPTER 1 - MONOPOLIES AND COMBINATIONS IN RESTRAINT OF TRADE. 18a. Premerger notification and waiting period. (with the January 25, 2001 amendments)
4. *Efficiencies in Defense of Mergers: 18 Months after*. Remarks by Robert Pitofsky, Chairman Federal Trade Commission George Mason Law Review Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency Washington, D.C., October 16, 1998.

II. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE: www.usdoj.gov

1. 1992 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (With April 8, 1997, Revisions to Section 4 on Efficiencies.
2. *"Mega-Mergers" In the Banking Industry*, Address by Robert Kramer, Chief Litigation II Section, Antitrust Division U.S. Department of Justice, Before the American bar Association Antitrust Section, Washington D.C., April 14 1999.
3. Statement of John M. Nannes, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division U.S. Department of Justice, Before the Committee on the Judiciary United States House of Representatives, concerning: *Mergers in the Financial Services Industry*, Washington D.C., June 3, 1998.
4. *Bank Mergers and Antitrust*, Addressed by Constance K. Robinson, Director of Operations Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Before the Association of the Bar of the City of New York, September 30, 1996.
5. *Consolidation in the Banking Industry: An Antitrust Perspective* Address by Anthony V. Nanni, Chief Litigation I Section, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Before the Federal Reserve bank of Chicago, 32nd Annual Conference on bank Structure and Competition, Chicago, May 2, 1996.
6. *Antitrust and Banking* Address by Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. department of Justice, before the Comptroller of the Currency's Conference on Antitrust and Banking, Washington D.C., November 16, 1995.

7. Antitrust Assessment of Bank mergers, Address by Robert E. Litan, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, before the Antitrust Section of the ABA, April 6, 1994.

III. FEDERAL RESERVE BOARD OF GOVERNORS:

www.federalreserve.gov

1. Federal Reserve Board of Governors, Staff Papers, 174 Bank Mergers and Banking Structure in the United States, 1980-98, Stephen A. Rhoades August 2000.
2. Federal Reserve Board of Governors, Staff Papers 169 Bank Mergers and Industrywide Structure, 1980–94 Stephen A. Rhoades *Staff*, Board of Governors
3. *Divestiture as an Antitrust Remedy In Bank Mergers* by Jim Burke, Senior Economist, Division of Research and Statistics, Board of Governors of the Federal Reserve System, Washington, D. C. 20551. I. Introduction Utilization of divestiture as an antitrust remedy.

IV. COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA: www.europa.eu.int

1. *EU Competition Policy in the Banking Sector* speech by Commissioner Van Miert to the foreign bankers in the Belgian Bankers' Association, Brussels, September 22, 1998.
2. Comunicación de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento CCE 4.064, Diario Oficial No. 013 de 31.12.1994, Pág. 5
3. Comunicación de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre la definición de Mercado Relevante en causa a los fines del derecho comunitario en materia de competencia. Diario oficial C- 372 de 09.12.1997
4. Comunicación de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre el cálculo de cifras de negocio de conformidad con el Reglamento No. 4064 del Consejo, Diario Oficial No. C-66 de 02.03.1998.
5. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea del 25 de Marzo de 1957, Artículos 85 y 86.
6. Primera Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea sobre la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y Administrativas referentes a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio. Diario Oficial No. L 322 del 17.12.1977 Pág. 30
7. Segunda Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea sobre la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y Administrativas referentes a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio. Diario Oficial No. L 386 del 30.12.1989. Pág. 1

8. Séptima Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a las cuentas Consolidadas. Diario oficial No. L 193 de 18.07.1983 Pág. 1

9. Reglamento CEE No. 4.064 de 1989 Relativo al control de las operaciones de concentración económica Diario Oficial No. L 395 de 30.12.1989 Pág.1 Incluyendo el Anexo 1: Formulario CO.

10. Reglamento CEE No. 1310 del 30 de Junio de 1997 Diario Oficial No. L 180 de 09.07.1997. Pág.1

11. Decisión de la Comisión de 28.05.1993 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común) asunto no IV M.341 DEUTSCHE BANK / BANCO DE MADRID) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, Diario Oficial N° C 175 de 26/06/1993

12. Decisión de la Comisión de 13.06.1994 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nov M.455 – BANCO SANTANDER / BANESTO) sobre la base del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo Diario Oficial N° 30/06/1994.

13. Decisión de la comisión de 17.07.1995 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto IV/M.596 – Mitsubishi Bank / Bank of Tokio) sobre la base del Reglamento (CEE) .4064/89 del Consejo Diario oficial C 198, 02.08.1995.

14. Decisión de la comisión de 23.06.1998 por la cual se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto IV/M.1184 – Travelers / Citicorp) sobre la base del Reglamento (CEE) .4064/89 del Consejo Diario oficial C 394, 17.12.1998 P. 0020.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

_____. Sentencia C - 560 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C - 252 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T - 240 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T - 261 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C - 535 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T – 375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación, Octubre 19 de 1994, Expediente No. 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 3972

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 18 de agosto de 1995. Expediente No. 7057.

III. NORMATIVIDAD

1. Ley 45 de 1923
2. Ley 155 de 1959.
3. Ley 45 de 1990 y Exposición de Motivos.
4. Ley 35 de 1993 y Exposición de Motivos.
5. Código de Comercio Colombiano – Decreto 410 de 1971
6. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993.
7. Ley 510 de 1999
8. Ley 222 de 1995
9. Ley 142 de 1994
10. Decreto 2153 de 1993.
11. Decreto 1302 de 1964
12. Circular 02 de 2000, Superintendencia de Sociedades
13. Circular 05 de 2000, Superintendencia de Industria y Comercio
14. Circular Externa No. 007 de 1996 (y modificaciones), Superintendencia Bancaria.
15. Circular Externa No. 30 de noviembre 26 de 1997, Criterios Generales para la aplicación del régimen legal de las matrices, subordinadas, situaciones de control y grupos empresariales, Superintendencia de Sociedades.
16. Resolución Externa 08 de 2000, Junta Directiva del Banco de la República.

8200

Doctor

DANIEL LONDOÑO PINZON

SILVA & PIÑEROS

Abogados

Carrera 9 No. 74-08 Oficina 210

Bogotá, D.C.

Referencia: 2000085528-0
115 Consultas
39 Respuesta final
Sin anexos

Cordial saludo:

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad bajo el número indicado, mediante la cual formula las siguientes consultas relativas a lo establecido en el literal d) y el parágrafo segundo del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

1. *“En caso de darse una integración cuáles son los factores que utiliza la Superintendencia Bancaria para medir la participación de una entidad nueva o absorbente en los mercados en que participe? En otras palabras, en `términos de que` (activos, pasivos, patrimonio, otras cuentas del balance, etc.) se mide la participación en el mercado?”.*

2. *“En relación con el concepto de `mercados correspondientes` mencionado en el literal d) del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:*

“(i) Cómo entiende y determina la Superintendencia Bancaria el concepto de mercado relevante al interior del sector financiero;

“(ii) Considera la Superintendencia Bancaria que dentro de la variedad de servicios financieros prestados por las distintas entidades financieras existen servicios sustitutos que puedan considerarse como integrantes del mismo mercado relevante?”.

En relación con las inquietudes presentadas en su escrito resulta oportuno señalar inicialmente que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición en la modalidad de formulación de consultas *“tiene por objeto obtener un parecer, un dictamen o una opinión sobre determinada temática por parte de las autoridades competentes. Se trata sin lugar a dudas de una labor eminentemente pedagógica a cargo de las entidades públicas, la cual busca ilustrar a los particulares sobre temas propios de su órbita de competencia, sin que la respuesta que se emita obligue o sea de imperativo cumplimiento para sus destinatarios”*¹³⁰.

Sobre el particular ha expresado el Consejo de Estado: *“El artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, dentro del derecho de petición incluye el de formulación de consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo y en relación con las respuestas establece que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*¹³¹.

Las anteriores precisiones son obvias pero resultan necesarias a propósito de su solicitud, toda vez que si bien el concepto jurídico que emita esta autoridad sirve de criterio auxiliar o medio ilustrativo sobre determinado tema, no tiene la vocación de entrar a definir materias que eventualmente pueden ser conocidas en casos particulares por otras instancias de esta Superintendencia las cuales, en ejercicio de sus competencias, adoptarán las decisiones respectivas.

Puntualizado lo anterior, citemos lo establecido en los apartes del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en los que enmarca su consulta:

Artículo 58.- Facultad de Objeción.

“(…)

“2. Causales. El Superintendente Bancario sólo podrá objetar la fusión por las siguientes razones:

“(…)

“d) Cuando, como resultado de la fusión, la entidad absorbente o nueva pueda mantener o determinar precios inequitativos, limitar servicios, o impedir, restringir o falsear la libre competencia en los mercados en que participe, ya sea como matriz o por medio de sus filiales, y, a su juicio, no se tomen las medidas necesarias y suficientes para prevenirlo. Se entenderá que ninguna de

¹³⁰ Superintendencia Bancaria, concepto No. 1999029601-6 del 15 de octubre de 1999.

¹³¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de mayo 6 de 1994, M. P. Dr. Yesid Rojas Serrano.

las hipótesis previstas en esta letra se configura cuando la entidad absorbente o nueva atiende menos del 25% de los mercados correspondientes (...)

“(…)

“Parágrafo 2º- Para los efectos del artículo 4º. de la Ley 155 de 1959, se entenderá que el Superintendente Bancario ejerce la función allí prevista en relación con la fusión mediante las atribuciones que se le otorgan en este artículo”.

Dicha normativa, contemplada en el régimen de fusión de entidades financieras y aseguradoras, establece una facultad del Superintendente Bancario de objetar una integración cuando dicho proceso, lejos de generar consecuencias benéficas para los usuarios del sistema, tienda a afectar la competencia vulnerando las posibilidades de escogencia y los derechos de los consumidores.

Sobre el punto ha señalado la doctrina: *“...algunos grados de concentración en determinado momento pueden llegar a asfixiar la competencia, en especial cuando disminuye gravemente el número de competidores y en consecuencia se restringen las posibilidades de elección del consumidor, e igualmente cuando el proceso de concentración empresarial en sí mismo no genera realmente mayor eficiencia sino que es utilizado simplemente como mecanismo agresivo para el reforzamiento o la expansión del poder económico en los mercados frente a los demás participantes (...)”*¹³².

Disposiciones como la comentada han adquirido en épocas recientes especial relevancia considerando, para el caso colombiano, la tendencia a la concentración en los sectores financiero y asegurador. En relación con este tema se ha expresado: *“La conclusión de este estudio aunada a las de otros permiten inferir que efectivamente después de las reformas de la década de los noventa, el sistema financiero colombiano presenta una nueva estructura oligopolística, caracterizada ya no por pseudomonopolios creados artificialmente por las regulaciones legales, sino por la conformación fáctica de unos cuantos conglomerados producto de la depuración natural realizada por la libre dinámica del mercado.*

*“Esta concentración en el sistema financiero colombiano no debe sorprender, pues la tendencia en todos los sistemas financieros del mundo se ha orientado a la conformación de grandes unidades”*¹³³.

¹³² Almonacid Sierra Juan Jorge y García Lozada Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Legis Editores S.A., primera edición, 1998, página 37.

¹³³ Ibídem, página 217. Se cita una investigación adelantada por el diario La República.

La concentración empresarial, que en algunos casos es un fenómeno natural, reflejo de circunstancias del mercado y la economía, no resulta por sí misma censurable; lo que pretenden reprochar disposiciones como la comentada es el abuso de la posición de dominio que conduce, por ejemplo, al establecimiento inequitativo de precios en los mercados financiero o asegurador, o manipularlos en provecho propio, o condicionar a clientes y usuarios el otorgamiento de servicios a los productos o garantías con la misma empresa o vinculadas.

Ahora, en punto a sus inquietudes se advierte que para establecer en qué porcentaje participa una institución en un mercado es necesario en primer término determinar, naturalmente, cuál es el mercado respectivo, observándose que los citados preceptos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no señalan los factores que debe considerar esta autoridad para establecer los mercados en que la entidad resultante o absorbente participe.

Se aprecia por lo tanto que disposiciones como la comentada no restringen o limitan a ciertos aspectos la determinación del mercado correspondiente y, más bien, reconociendo la dinámica del sector y el carácter cambiante de los mercados financieros dejan tal consideración a esta autoridad, según cada caso particular.

Respecto de la determinación del mercado correspondiente o “relevante” mencionemos que es una de las tareas más complejas en la aplicación de las disposiciones sobre competencia, así se cuente con ciertos criterios para su fijación, ya sea material o geográfica. Sobre la primera se ha manifestado por ejemplo: *“Desde el punto de vista material, se debe establecer cuáles son los productos que conforman el mercado de que se trata. Pero la delimitación apropiada del mercado del producto nunca es una tarea fácil, y la Corte Europea de Justicia en momentos ha definido el mercado relevante muy ampliamente, y en momentos muy estrechamente”* ¹³⁴.

Gustavo Saldarriaga Lopera señala: “El `mercado relevante de producto´ comprende todos los productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles. Partiendo de esta definición, la delimitación del mercado requiere de un análisis complejo basado en criterios intrínsecos y extrínsecos. Los primeros aluden a las características físicas del producto, el precio y el uso. Los segundos aluden a las condiciones de competencia desde el punto de vista de la demanda y de la oferta.

¹³⁴ Ibídem, pág. 134.

*“No es posible establecer cuál de los criterios es el más importante puesto que para la definición de mercado relevante pueden influir varios de ellos. Para ciertos casos, el criterio más utilizado es el de las características técnicas o físicas de los productos. Para otros, son los factores externos tales como las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado”*¹³⁵.

El especialista Marco Velilla anota en relación con lo que denomina “el mercado objeto de dominación”: *“El análisis del mercado. La definición del mercado relevante tiene un significado esencial. Esto es así debido a que una posición dominante no puede existir en abstracto.*

“La finalidad de prohibir la posición dominante ha sido entendida por la mayor parte de legislaciones que la consagran como el deseo de mantener una estructura competitiva de mercado, razón por la cual se hace necesario analizar con mucho cuidado el mercado de los productos y de los servicios de que se trate, y su evolución. Esta última se vincula a determinar a través de un cierto número de datos técnicos, económicos y comerciales, la extensión del mercado y de los segmentos en que puede dividirse en función de los productos, los usuarios, las categorías de compradores, y las formas de comercialización. De esta manera se establece si existen fuertes regresiones o fuertes expansiones del mercado, previo estudio de las empresas que intervienen en cada uno de los segmentos.

*“Elementos de la definición de mercado. Los elementos de la definición de un mercado son la naturaleza del producto o del servicio, la dimensión de la zona cubierta y la diversidad de sus clientelas”*¹³⁶.

En punto a la determinación del mercado bancario resulta oportuno citar lo expresado por Fernando Pombo en la conferencia *“La competencia en el sector financiero”* presentada en el Seminario Internacional Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional, en marzo de 1998: *“Con el ánimo de acotar lo más posible la noción de ‘servicios financieros’ al objeto de realizar un enfoque preciso de la misma dentro del campo de la competencia, comenzaremos esta exposición señalando que esta engloba una serie de actividades que son realizadas tanto por entidades financieras como no financieras en los sectores de banca y seguros.*

“(…)

¹³⁵ Derecho de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Bibliotheca Millennio, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, pág. 86.

¹³⁶ *Ibíd*em, pág. 187.

“Efectivamente, en este campo, los servicios se podrían clasificar según distintos criterios: la naturaleza de los servicios, el tipo de clientes o el tipo de proveedores. Por su parte, en ámbito comunitario, podemos observar como en el Reglamento de Concentraciones 4064/89, la Comisión distingue entre tres tipos de servicios: banca comercial (para clientes privados), banca de empresas (para empresas e instituciones gubernamentales), y actividades relacionadas con los mercados financieros (por ejemplo: negociar con valores y derivados y gestión de activos).

“(…)

“La definición del mercado relevante tiene un significado esencial. Esto es así debido a que una posición dominante no puede existir en abstracto, tiene que estar relacionada con el suministro de determinadas mercancías y servicios. Podríamos definir mercado de producto relevante aquel que engloba toda clase de productos y/o servicios que pueden ser intercambiados o substituidos por el consumidor de acuerdo con la naturaleza del producto, características, precios o usos.

“En el ámbito financiero que nos ocupa, la Decisión Banco de Santander / Banesto dividió el sector bancario en tres subsectores: banca comercial, banca de empresas y el sector financiero y de capital”¹³⁷.

Los comentarios transcritos conducen a otro aspecto que se debe considerar, relativo a la *sustituibilidad* de ciertos productos y servicios, materia fundamental para la determinación del mercado relevante, para el caso el de las instituciones financieras, tema al que se refiere una de sus inquietudes.

Sobre el particular es claro que el desarrollo de la misma competencia y ante todo de las tecnologías aplicables a los negocios de dichas instituciones ha supuesto la introducción de productos o servicios que si bien no son *idénticos* pueden eventualmente satisfacer el mismo interés del consumidor, ya sea como depósitos, inversiones, créditos, etc.

En relación con este punto se ha señalado: “Además se debe tener en cuenta que productos físicamente diferentes pueden pertenecer a un mismo mercado cuando dichos productos pueden sustituirse recíprocamente de acuerdo con la demanda. En este sentido el concepto que es muy importante para definir el mercado relevante del producto es el de la intercambiabilidad entre productos. Si dos productos son

¹³⁷ Memorias Seminario Internacional. Superintendencia de Industria y Comercio, 1998, pág. 189.

razonablemente intercambiables, es decir, si es probable que el comprador pueda escoger entre dos productos diferentes, tomando por criterio su respectivo precio y calidad, los dos productos probablemente serán considerados como parte del mismo mercado. Si, por otro lado, es improbable para el comprador escoger uno de los productos (sic) en vez de otro, no obstante las mayores ventajas del precio y/o términos de calidad, no se considerará que los dos productos forman parte del mismo mercado”¹³⁸.

Entendemos por lo tanto que la *intercambiabilidad* es un criterio que puede ser considerado por este organismo en la determinación del mercado relevante toda vez que, según se expresó, la evolución de la actividad financiera ya no supone distinguir únicamente entre aquellos servicios que eran propios de la banca tradicional de forma tal que el sector exige un especial análisis, dado el alto grado de homogeneidad en las operaciones, productos y servicios.

Por lo anterior, la aplicación práctica de preceptos como el contenido en el artículo 58 del Estatuto Orgánico exigirá la consideración, medición y cuantificación de distintas variables, con el propósito de precisar el mercado que la respectiva institución ofrece y atiende, asunto que esta Superintendencia deberá estimar en cada caso concreto.

Así, según el carácter de la respectiva institución, el mercado relevante podrá determinarse analizando entre otros aspectos las actividades propias de la entidad, los segmentos de la población y los sectores económicos que atiende o puede atender, las características de los productos y servicios que presta, la sustituibilidad de los mismos, los hábitos y tendencias de consumo, su ámbito de influencia, las condiciones de oferta y demanda, etc.

Establecido el mercado correspondiente, la participación de la institución resultante se determinará atendiendo la influencia o magnitud de ésta frente a las actividades particulares mediante el empleo de distintos criterios.

Por ejemplo, esta Superintendencia ha considerado, en fusiones de establecimientos bancarios, la participación de la entidad resultante o absorbente en el total de la cartera de créditos de los establecimientos de crédito y del sistema bancario, servicio por excelencia de tales instituciones.

¹³⁸ Almonacid Sierra Juan Jorge y García Lozada Nelson Gerardo. Op. Cit., pág. 135.

Para contar con un indicador del nivel de concurrencia se ha estimado además el porcentaje de la cartera de créditos en cada segmento, comparación que igualmente se efectúa contra el consolidado de todo el sistema financiero.

Así mismo se han considerado los activos y pasivos de la entidad resultante contra los del sector de las instituciones de su misma naturaleza (bancos, corporaciones, compañías, etc.) e igualmente contra los de la totalidad del sistema financiero (depósitos y exigibilidades, igualmente segmentados).

3. *“Teniendo en cuenta que la norma anteriormente citada establece que la posición dominante se puede detentar ya sea directamente como matriz o indirectamente por medio de sus filiales, en caso que la entidad nueva o absorbente pertenezca a un denominado ‘Grupo Financiero’, tiene en cuenta la Superintendencia Bancaria la participación en el mercado relevante de todo el grupo financiero o solo la de la entidad nueva o absorbente?”.*

El literal d) del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, siguiendo la tendencia de otros esquemas normativos, no define la posición dominante en los mercados financiero y asegurador sino que previene ciertos eventos que pueden derivar en el abuso de ésta.

Según la citada disposición se entiende que la posibilidad de objetar la fusión se concreta cuando resulta probable, en virtud de dicha integración, el ejercicio de los actos que se pretende evitar, es decir, la determinación de precios inequitativos, la limitación de servicios o impedir, restringir o falsear la libre competencia, ya sea directamente por la matriz o por medio de sus filiales.

De tal forma, el cabal cumplimiento de la norma exige que este organismo determine si la institución resultante (ya sea matriz o filial) como parte de una organización empresarial puede incurrir en prácticas como las censuradas y no se tomen las medidas suficientes para prevenirlas, asunto que impone, naturalmente, la necesidad de establecer la influencia de dicho grupo en el mercado respectivo.

Por lo anterior, en relación con el segundo aparte del literal d) del numeral 2 del citado artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual ninguna de las hipótesis previstas en el mismo se configura cuando la *entidad absorbente o nueva* atienda menos del 25% de los mercados correspondientes, entendemos:

- Conforme a la regla inicial de la misma disposición, el abuso de la posición dominante puede involucrar a la matriz y las filiales, razón por la cual el objeto del precepto sólo se atiende estimando la influencia de éstas en el mercado respectivo.

- No obstante lo anterior, la normativa es clara al señalar que los citados eventos no se configuran cuando la *entidad resultante* atienda menos del 25% de los mercados correspondientes. De tal forma, en caso de presentarse tal presupuesto no procedería la objeción de la fusión por la razón expuesta.

En estos términos atendemos su consulta, con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ROY GONZALO RIOS CHACON

Subdirector de Regulación y Consulta

LONDOPOSIDOM

Anexos en EXCEL

Asegurador

Sector Asegurador SEC

Crédito

Establecimiento de Crédito

Financieros

Pensional

Sistema Pensional

