

REGULACIÓN ECONÓMICA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO*

María Elena Grueso Rodríguez* *
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

El sector financiero, componente de la economía, tiene grupos con posición dominante donde, para evitar su abuso, el Estado interviene mediante órganos de control, aplicando la ley. Asimismo, se afirma que existe concentración y por ello, entonces, se restringe la entrada de otros a la función principal: la intermediación financiera. Así, es menester, según la normatividad y jurisprudencia vigente, establecer soluciones. Es decir, determinar si existe concentración y establecer si ello impide el ingreso de otros; al existir posición dominante, fijar si se abusa de ella y según esto, la conveniencia de asignar el control de la actividad financiera en la Superintendencia Financiera y, lo referido a la competencia y prácticas restrictivas, en la Superintendencia de Industria y Comercio.

Palabras clave: prácticas restrictivas, sector financiero, intervención del Estado, posición de dominio, concentración empresarial.

ABSTRACT

The financial area, element of the economy, has groups with a dominant position where, to end its abuse, the Government takes part by means of controlling bodies applying law. Moreover, it has been stated that concentration exists and because of that, the entrance of others is restricted to the main function: financial intermediation. This is why, it is necessary, to establish solutions according to the laws and the jurisprudence that are in force. In other words, it should be verified if there is any concentration of power and establish if this concentration prevents the entrance of others. It should also be determined if the existence of a dominant position is causing some type of abuse, and according to the results, determine the convenience of assigning control of the financial activities to the “Superintendencia Financiera” –Financial Regulator Entity– and the subject of the competence and restrictive practices, in the “Superintendencia de Industria y Comercio” –Industry and Commerce Regulator Entity–.

Recepción del artículo: 1 de julio de 2008. Aceptación del artículo: 11 de septiembre de 2008.

* Este artículo es producto de avance del proyecto de investigación titulado “Regulación Económica y Defensa de la Competencia” que se adelanta dentro de la línea de Investigación de Derecho Comercial y Financiero de la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogada Universidad Sergio Arboleda, especialista en Derecho Financiero y Derecho Comercial de la Universidad del Rosario y candidata a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. megrueso@hotmail.com.

Key words: restrictive practices, financial sector, government intervention, dominant position and business concentration.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, debido a la importancia del sector financiero en la economía, resulta interesante investigar en detalle, y en relación con la competencia, el ordenamiento jurídico existente para dicho sector. De suerte que en este trabajo se pretende aportar una visión completa y analítica del referido sector para con ello evaluar la eficiencia del marco legal existente para la protección y defensa de la competencia entre quienes lo conforman.

Existen en el ordenamiento jurídico colombiano disposiciones que pretenden regular la competencia y las prácticas restrictivas de la misma. Sin embargo, los procesos de fusión y adquisición que se han adelantado en los últimos años han ocasionado que el sector financiero se encuentre concentrado en pocos grupos económicos –*oligopolios*–. De manera que resulta pertinente, y es uno de los propósitos del trabajo, analizar la legislación existente en la materia, y establecer su eficacia en relación con los cambios que al respecto se han surtido y se surtirán en el campo financiero.

Esta investigación, de otra parte, busca otorgar una visión jurídica del sector financiero y de la regulación económica y la jurisprudencia vigente, para con ello establecer el comportamiento actual del sector financiero colombiano. Igualmente, definir si la regulación existente otorga verdaderas garantías a los usuarios o si, por el contrario, éstos se ven avocados a utilizar los servicios financieros en la forma en la cual se les oferta sin poder contar con diferentes oportunidades de escogencia o negociación.

Por último, se pretende analizar el fenómeno de la concentración del mercado existente en Colombia para establecer los efectos

que generen las prácticas restrictivas de la competencia o si, por el contrario, dicha concentración puede traducirse en eficiencia que genera menores costos de intermediación y un mejor servicio para los usuarios, tal como lo plantean los países desarrollados.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿El estar la actividad financiera concentrada en pocos y grandes grupos financieros implica que la posición dominante ejercida sirva para restringir la competencia de otros participantes en ésta?

METODOLOGÍA

Se utilizarán los métodos bibliográfico, descriptivo y explicativo por cuanto la investigación está orientada a estudiar la normatividad que regula el sector financiero colombiano desde sus inicios, hasta llegar a determinar la regulación –intervención por parte del Estado– y la situación actual de la banca. El estudio se llevará a cabo a través de la consulta directa de la doctrina existente, nacional e internacional, como de la jurisprudencia. Así mismo, se realizarán las consultas de otras fuentes, como revistas especializadas, circulares, videos, consulta de páginas web nacionales y extranjeras, en las cuales se aborde el tema propuesto.

Igualmente, se realizará el estudio de la posición de dominio en Colombia y otros países, abarcando el tema de las prácticas que son consideradas como abusivas de dicha posición y los controles que ejercen los estados para evitarlas. Posteriormente, se enfocará el estudio a la concentración del mercado para explicar, por ejemplo, cuándo se entiende que existe, sus ventajas y desventajas frente a la economía. Con este fin, se realizará un seguimiento pormenorizado de la situación actual del país respecto de las últimas fusiones y adquisiciones que se han realizado y cómo las mismas han impactado en la economía colombiana, para

ello se consultarán expertos colombianos en el tema.

De otra parte, se tiene previsto evaluar la eficiencia y efectividad del marco legal existente en Colombia sobre las reglas de la competencia y la protección del consumidor del sector financiero. Para ello es necesario realizar un recorrido al Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero– y a la normatividad extranjera existente.

El procedimiento utilizado es mediante la recolección, análisis y organización de datos, los cuales se desarrollan a continuación: la recolección, se refiere a la información que se logre obtener de la revisión de los textos legales adoptados por el Congreso de la República a través del Diario Oficial, así como de las providencias judiciales emanadas de las Altas Cortes y demás fuentes bibliográficas que sobre el tema se hayan escrito por diferentes autores nacionales y extranjeros.

El análisis, una vez recopilada la información necesaria e indispensable para el buen desarrollo de la investigación, consiste en lograr establecer la solución al problema planteado, es decir, establecer si en Colombia la concentración del sector financiero, a pesar de la intervención del Estado, impide la participación de otros en el mismo.

ESTADO DEL ARTE

Intervención del Estado en la regulación del sector financiero.

La doctrina y la jurisprudencia existente sobre la materia indican que con la expedición de la Constitución Política de 1991, se otorgaron al Congreso de la República las facultades de regulación en el tema financiero y, por lo tanto, se adoptó el Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero–. A través de éste se buscó sistematizar y compilar en una sola codificación la regulación de la actividad financiera. En efecto, el refe-

rido estatuto aborda temas tan fundamentales como la creación, fusión, absorción, adquisición, entre otros, de una entidad financiera; el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los establecimientos de crédito; las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor.

De igual forma, los tratadistas reconocen la importancia de la intervención del Estado en la economía toda vez que a través de ésta, a pesar de las diversas crisis acaecidas, el sector financiero no ha colapsado y gracias a la regulación y al control ejercido, existe confianza en el manejo de los recursos económicos por parte de los operadores del sector. Al estudiar la legislación colombiana sobre la materia, se debe iniciar con la Constitución Política de 1886, que en los artículos 31 y 32 establecía claramente la intervención del Estado, con el fin de racionalizar los recursos y evitar los monopolios. Posteriormente, al analizar la Carta Política de 1991, se evidencia en el artículo 333 que existe una protección directa a la libre competencia y a la libertad económica.

Por otra parte, en Colombia, por mandato constitucional (Artículo 189), el Presidente de la República es la suprema autoridad administrativa y, por lo tanto, ejerce funciones de inspección y vigilancia en diversos sectores, tales como el bursátil y financiero, entre otros. De suerte que existen órganos de control para cada una de dichas actividades como, por ejemplo, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio. Así las cosas, en relación con el control y promoción de la competencia y la estabilidad del sector financiero, dichas actividades se encuentran, en la actualidad en cabeza de la Superintendencia Financiera.

No obstante lo anterior, Troya (2006), siguiendo la posición de Planeación Nacional, ha recomendando a diversos países “*considerar la posibilidad de otorgar a las autoridades de competencia la posibilidad de controlar y promover la competencia en los mercados financieros, y dejar en manos de los reguladores financieros la*

“tarea de asegurar la estabilidad financiera del sector”, pues la aplicación de la ley de competencia por parte de la autoridad general de competencia, en su sentir, *“es una opción más conveniente que la aplicación de la ley de competencia por parte de un regulador sectorial específico o que la exención del sector de la ley general de competencia”*. En consecuencia, es importante identificar las ventajas y desventajas de establecer en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio lo relacionado con la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas de las entidades financieras y, lo referido a la estabilidad del sector a la Superintendencia Financiera.

En este sentido, se observa que para el caso colombiano la libertad económica sólo encuentra límite, mediante la ley cuando lo exija el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En la Ley 155 de 1959, entonces, se prohíbe como regla general toda práctica tendiente a limitar la libre competencia, y en los Decretos 1302 de 1964 y 2153 de 1992 se enuncian, entre otros aspectos, los acuerdos y actos anti-competitivos y los abusos de la posición dominante. La Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia y la División de Promoción de la Competencia, ejerce las funciones dispuestas en la referida normatividad (promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas). Los órganos judiciales, por su parte, tienen a su cargo lo relacionado con la competencia desleal (Ley 256 de 1996).

Es claro, entonces, que en Colombia como lo aconseja Troya, existe una diferencia entre el ente que ejerce control a la actividad financiera (Superintendencia Financiera) y aquel que regula los temas de prácticas restrictivas de la competencia del referido sector (Superintendencia de Industria y Comercio).

La intervención del Estado en el sector financiero pretende, de una parte, que los postulados económicos constitucionales sean

una realidad, que el ahorro del público esté protegido y conservar la confianza de éste en dicho sistema y, de otra parte, mantener la estabilidad de la moneda, democratizar el ahorro y proteger al usuario del sistema.

En este sentido, Zuleta (1991) manifiesta que aunque la intervención financiera es considerada como un “servicio público”, ello no le otorga al Estado la facultad de regular cualquier cosa, y los particulares no pueden ser irresponsables frente a los ahorros del público. El criterio de regulación del Estado debe buscar evitar que los errores del pasado se repitan, sin que esto se convierta en una supervisión tan estricta que restrinja el crecimiento y la rentabilidad del sector. Por tanto, el modelo de supervisión debe omitir la “banca sin controles”, pero también la “banca supercontrolada”. Es decir, que se debe propender por un término medio entre excesiva regulación o falta de la misma.

En legislaciones como la de Perú, a partir de la Constitución Política de 1993, el escenario en el que se desenvuelven las empresas se caracteriza por estar sustentado en la libertad que otorga el ordenamiento jurídico para desenvolverse dentro del mercado, que debido a su eficiencia u otros factores colaterales puede que llegue a conseguir una posición de dominio, que no puede castigarse, pues es la misma Carta Política la que incentiva la libre competencia entre los agentes económicos. De ahí que sería absurdo que, de un lado, se exija la mayor eficiencia a éstos a través del establecimiento de un sistema competitivo que selecciona sólo a los más eficientes; y, de otro, si su mayor eficiencia las conduce a una posición de dominio, se sancione esa posición prohibiendo su adquisición o mantenimiento por la sola virtud de la mayor eficiencia. Por ello, como ocurre en Colombia, no se sanciona la existencia de una posición dominante sino el abuso de la misma.

Como ya se dijo, en 1993 se implementó en Perú la libre competencia pero, al mismo tiempo, se realizó una ‘vigilancia y facilitación’ por parte del Estado. De esta ma-

nera se combate toda práctica que la limite y que constituya un abuso de posición de dominio o posición monopólica, siendo este hecho la reafirmación constitucional de la proyección en el mundo jurídico del entonces incipiente proceso de concienciación social en el Perú de la protección de la competencia. Dicha regulación pretendió otorgar una base constitucional sólida a un sistema normativo que ya establecía sanciones penales e incluso, administrativas.

En tal sentido, el actual Código Penal del Perú protege un bien jurídico que carecía de regulación penal. En ese contexto, la punición de conductas que contravienen uno de los pilares básicos sobre los cuales se asienta una sociedad democrática, cual es 'la competencia' económica entre los agentes de mercado, constituye un avance muy importante y un reconocimiento formal del rumbo tomado por la actual sociedad.

Ahora bien, como lo señala Bassols (2003), en el preámbulo de la Constitución Española de 1978 la competencia se proclama como principio rector de toda la economía de mercado y se constituye, en el plano de las libertades individuales, como la primera y más importante forma en la que se manifiesta la libertad de empresa.

De suerte que en el ordenamiento jurídico español, el Sistema de Defensa de la Competencia se articula sobre tres piezas básicas. La primera de ellas es la tipificación y, dado el caso, la imposición de sanciones por el Tribunal de los Acuerdos y Prácticas Restrictivas y Abusivas, distinguiendo al efecto entre las conductas prohibidas, autorizadas por ley, autorizadas singularmente por el Tribunal y las autorizadas por categorías (Real Decreto 378 de 2003).

La segunda pieza se centra en la emisión de informes sobre concentraciones económicas de empresas (fusión de dos o más empresas

anteriormente independientes, creación de una empresa en común y, en general, adquisición del control conjunto sobre una empresa), cuyo procedimiento y características de la preparación de los informes por el Servicio de Defensa de la Competencia ha sido regulado por el Real Decreto 1443 de 2001, con posibilidad de terminación convencional del procedimiento. Finalmente, la competencia del Tribunal, sin perjuicio de las atribuciones de las instancias comunitarias, analizará los criterios de concesión de ayudas públicas.

Posición de dominio y concentración empresarial

La lectura de la normatividad, como de la jurisprudencia y de la doctrina, permiten afirmar que la posición de dominio está permitida en Colombia al igual que en otras legislaciones. En efecto, en la Unión Europea, como en Colombia y en Perú, sólo se sanciona cuando se abusa de ella.

Las diversas legislaciones contemplan los casos en los cuales determinado sector o mercado abusa de su posición de dominio. En la normatividad colombiana¹ constituyen abuso de la posición de dominio conductas tales como: 1) precios predatorios; 2) discriminación vertical; 3) discriminación horizontal y 4) condicionar la contratación.

La intervención del Estado, respecto del sector financiero, se presenta en dos campos y pretende con ello: 1) la protección de los recursos captados del ahorro del público y 2) la defensa de la libre competencia. En el segundo campo, el de la libre competencia, que es el que interesa a la investigación, se encuentra lo que se ha denominado: abuso de la posición dominante. En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, el esquema permite la existencia de posiciones dominantes pero controladas, es decir, lo que es sancionable no es la existencia de la misma sino el abuso de ésta.

1 Cfr. Decreto 2153 de 1992, artículo 50.

De una parte, conforme al ordenamiento jurídico, se puede hablar de un ámbito objetivo de la posición dominante, entendido como aquel que ostenta una empresa dentro de determinado mercado y, por otra parte, de un ámbito subjetivo, aplicable en los servicios públicos domiciliarios y en el sector financiero, que responde a la posición de dominio que se tiene en relación con los usuarios de éstos.

El ámbito subjetivo, entonces, se materializa por los contratos de adhesión impuestos por el sector financiero a la mayoría de sus usuarios que no tienen capacidad económica de negociación y por ello el legislador, como medio de protección, prohíbe las cláusulas exorbitantes en los mismos. En el ámbito objetivo y teniendo presente que la posición de dominio no puede analizarse en abstracto sino en concreto, puede darse, por ejemplo, en las operaciones de concentración económica contemplada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Londoño, 2001).

Maturana (2003) indica que los elementos que configuran la posición de dominio son los siguientes: 1) estructura de mercado: si existe mayor concentración en la oferta y demanda, mayor es la posibilidad de que exista una empresa con posición de dominio. Se trata de una posición dominante no sólo en el caso del monopolio, sino también cuando el porcentaje de una empresa en el mercado sea desproporcionado en relación con los demás competidores; 2) comportamiento de los integrantes del mercado: se trata de observar el comportamiento de los competidores, si las empresas que constituyen un mercado toman decisiones diferentes a las que habrían tomando en condiciones de mercado totalmente competitivas, es un indicio de existencia de posición dominante; 3) resultado de la empresa: si una empresa obtiene utilidades significativamente superiores a las que obtienen las empresas competidoras y esto sea pertinente en el tiempo, es un sistema en el cual existen barreras de entrada en dicha indus-

tria, puesto que si hay tantas ganancias en ella, lo normal es que la reacción sea de interés por ingresar a ese mercado.

Sostiene Maturana (2003) que la adquisición de la posición dominante puede producirse por varias razones como, por ejemplo, si una empresa tiene capacidad para diferenciarse, también puede ser consecuencia de la integración vertical u horizontal de la empresa, estructuras que conllevan a una mayor concentración en el mercado. Por otra parte, Salamanca (2002) sostiene que uno de los criterios a tenerse en cuenta, con el fin de analizar si existe posición de dominio, es el estudio de las barreras de entrada en el mercado relevante en cuestión.

En este sentido, es claro que dada la regulación y especial protección que tiene el legislador sobre la actividad financiera en Colombia, existen limitantes en la Constitución y la Ley para la entrada al sector, es así como se establecieron unos límites de capital y solvencia para ser parte del mismo, dejando a las empresas pequeñas y con poco capital por fuera de dicho sector.

Al respecto, la profesora Korah (2000), una de las catedráticas más prestante en el tema de derecho comunitario europeo, al analizar el artículo 82 del Tratado CE sobre posición de dominio, considera que:

las normas de competencia no se están usando para permitir a las empresas eficientes crecer a costa de las ineficientes, sino para proteger a las pequeñas y medianas empresas a expensas de las eficientes o más grandes. Pienso que los intereses de los consumidores, y la economía en su conjunto, al impulsar el desarrollo de la eficiencia de empresas de cualquier tamaño, se están subordinando a los intereses de los negocios y comercios más pequeños.

Así mismo, Fernández y Caravaca (1995) mencionan que el Art. 86 TCEE formula la prohibición comunitaria del abuso de posición dominante.

Miranda (2005) expresa que el derecho de la competencia, llamado derecho antimonopolístico (en inglés *Antitrust Law*), se define como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público”. En este sentido, indica que en la práctica el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.

Al respecto, Moreno (2002) indica que la concentración empresarial está constituida por tres planos, a saber:

- a. El Positivo, aumento de capital, reservas, utilidades, excedentes de revaluación, desarrollo de grandes proyectos empresariales, ingreso a nuevos mercados de consumo, intercambio de ideas, aceleración de la producción, oportunidades de empleo, beneficios tributarios, investigación en temas especializados, elaboración de tareas conjuntas de manera coordinada o subordinada, cumplimiento de exigencias técnicas, permite tener socios estratégicos, acceder a mejores recursos financieros, evita las crisis patrimoniales, etc.
- b. El Difuso, no es sencillo determinar si su práctica empresarial afecta o no al mercado.
- c. El Negativo, el abuso de posición de dominio de mercado (monopolio, oligopolio, monopsonio / limita, restringe y distorsiona la competencia), evasión fiscal (afecta al Estado), el despido de trabajadores (afecta a la familia), fraude a los acreedores (Sistema financiero, bancario y económico), fraude en la Administración de la persona jurídica (deslizamiento patrimonial, ausencia de información, fraguar balances, etc.) perjudica a los inversionistas minoritarios.

En el caso colombiano, respecto del plano negativo de la concentración empresarial, en lo atinente a la existencia de monopolios u oligopolios, se puede estar presentando, dado el fenómeno de las fusiones de los bancos y lo que ha generado la concentración de las entidades financieras, en unos pocos y grandes grupos empresariales.

En este sentido, Fernández (1995) indica que el legislador y los entes de supervisión, con el fin de establecer si existe concentración y si la misma es negativa o positiva, deben analizar el entorno económico, el número de competidores, el grado de concentración, la regulación jurídica a la cual está sujeto, las cuotas de mercado que tiene o puede tener, las barreras de entrada al mercado, los efectos negativos al mercado, los acreedores, el estado, los trabajadores, el consumidor y los usuarios.

En consideración con lo anterior, Moreno (2002) señala que para referirse a las concentraciones empresariales,

se pone en práctica el antiguo (y muchas veces eficaz) axioma “la unión hace la fuerza”, de lo cual inferimos las siguientes preguntas en relación con la fuerza: ¿Fue concebida de manera lícita? ¿Generará bienestar o malestar al mercado, los inversionistas, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores, Estado, proveedores? ¿Oculta algo en sus libros, cuentas, productos, patrimonio, acciones, utilidades, reservas? ¿Cuánto tiempo va a durar? ¿Cuál es su finalidad? ¿Dónde va a operar? ¿Qué tipo de negociación es? Como señalaba William Shakespeare, “Es excelente tener la fuerza de un gigante, pero es tiránico usarla como un gigante”.

Algunos autores han definido la concentración como aquella situación en la que unos pocos controlan o dominan la mayor parte de un todo y a los medios por los cuales se ha obtenido ese control.

Reviste interés para el tema estudiado, lo escrito en diferentes artículos donde se ana-

lizan las diferentes adquisiciones y fusiones de la banca que han permitido la concentración del sector financiero en ciertos y grandes grupos económicos. Es así como en Colombia se está afianzando la figura de los grupos financieros, consolidándose de esta forma esquemas tales como la multibanca o banca de red.

La actividad financiera como servicio público y la libertad de empresa

La Corte Constitucional ha indicado que la actividad financiera por su propia naturaleza está catalogada como un servicio público², que independientemente de que la persona jurídica que lo preste sea pública, privada o mixta, la misma está actuando en desarrollo de la autorización que el Estado le otorgue para tal fin. Así las cosas, la Corte en Sentencia SU 157 – 1999, M.P. Eduardo Cifuentes, afirmó que para el caso de la actividad financiera la autonomía de la voluntad privada está sometida a límites que le han sido impuestos por el Estado y la Ley, en la búsqueda de la protección del ahorro del público.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de junio 12 de 1969 M.P. Hernando Toro Agudelo, y el Consejo de Estado por Sentencia del 7 de julio de 1989, Sección Cuarta, C.P. Consuelo Sarria Olcos, han reconocido el carácter de Servicio Público a la actividad financiera, carácter que le otorga una serie de derechos y obligaciones que buscan la protección de los derechos de los usuarios.

Barrero y Lizcano (2000) afirman que a partir de la crisis de los 80 se generó una evolución al sistema financiero, viéndose fortalecidas medidas y directrices que buscaban la liberación del esquema financiero a través de un contexto más libre, competitivo y transparente, con el fin de lograr la efectividad de los lineamientos económicos y gene-

rar más medidas de liberación al sector, todo ello a través del fortalecimiento del esquema de supervisión y control de las entidades financieras a través de órganos de control especializados y medidas coercitivas para mejorar la confianza del público en el sector financiero.

Posteriormente y como consecuencia de la crisis del sistema financiero colombiano de 1999, se establecieron medidas de control sobre las entidades financieras para evitar crisis futuras, lo que se tradujo en mayor control para el funcionamiento y creación de nuevos bancos. Al respecto, Barrero (2000) indicó que la existencia de políticas muy flexibles para otorgar la autorización de creación de entidades nuevas puede traducirse en vulnerabilidad del sistema financiero, en contraposición a la teoría que indica que la privatización e incremento de la competencia dentro del sistema es recomendable. Se pueden citar como ejemplos: el proceso de privatización de la banca chilena en los años 70 (Edwards, 1995), en Polonia a comienzos de los años 90 y en Rusia (Goldstein y Turner, 1996), que ocasionaron el deterioro al ingresar al sector entidades no capacitadas, o no interesadas, en controlar los riesgos y no lo suficientemente sólidas.

Ahora bien, respecto a la libertad de empresa Díez (2001) resalta dos cuestiones fundamentales. En primer término que la libertad de empresa como principio no es absoluta, pues se encuentra sometida a múltiples limitaciones, derivadas de la protección de otros intereses, que ocupan un lugar de mayor importancia al derecho individual a la libre iniciativa económica. En segundo lugar, manifiesta que los poderes públicos tienen la obligación de mantener la competencia económica en el mercado.

De lo anotado anteriormente, surge entonces el interrogante de si el sector financiero puede ser un mercado competitivo, dadas la

regulación y supervisión a las cuales se encuentra sometido. Al respecto cabe indicar que es de conocimiento público que los mercados logran mayor eficiencia y mejores beneficios para los consumidores, por ejemplo en el tema de costo y prestación de servicios, en el esquema de una regulación competitiva. No obstante, dicho marco competitivo tiene limitación cuando se quiere aplicar al caso del sector financiero. Es claro que las entidades financieras por su naturaleza y el manejo de los recursos del público se ven expuestas a una gran variedad de riesgos; es así que cuando una entidad bancaria otorga un crédito se ve expuesta a que el mismo no sea pagado por el deudor. Igualmente están expuestas, en uno u otro modo, a que los ahorradores retiren su dinero y al riesgo de liquidez en función del tipo de derechos de pago que hayan vendido a los titulares de estos derechos. Asimismo, las entidades financieras están sometidas a un posible riesgo de financiación, derivado de la venta de valores o la emisión de tipos de garantías de crédito. De la misma forma, existe en el sistema financiero el riesgo de pánico bancario, en el entendido que los ahorros del público, representados en depósito (operación pasiva), son redimibles en el momento en que son solicitados por el cliente, constituyéndose por ende la mayoría de los activos de los bancos por préstamos, los cuales son menos líquidos. Lo expuesto se traduce en el problema de que si todos los ahorradores solicitasen al tiempo su dinero, las entidades financieras a pesar de ser solicitadas y solventes, se verían en problemas para enfrentar dicha situación y podrían llegar a la imposibilidad de responder a los depositantes de los bancos. Algún banco podría encontrar refinanciación en el mercado financiero, pero el problema persistiría seriamente en casos de baja liquidez en el mercado si el problema afectase al grueso del sector bancario (Biggar y Heimler 2005).

Adicional a los riesgos mencionados, el sector financiero se ve afectado por diversos fallos de mercado, los cuales se conocen como aquellas situaciones en las que los

mercados existentes se alejan del ideal de competitividad. En este mismo sentido, el sector se ve afectado por las llamadas barreras de entrada. Como se ha señalado a lo largo del trabajo, la estricta supervisión y regulación existente sobre el sistema financiero entorpece la entrada de entidades financieras potenciales. Para Claessens (2003).

la entrada ha sido limitada, en parte, debido a las barreras regulatorias. Por desgracia, esas no son las únicas barreras de entrada con las que el sector puede tropezar, por ejemplo, hay redes de distribución y otras infraestructuras esenciales que pueden ser susceptibles a la monopolización. La existencia de costes de cambio y de costes elevados fijos y costes hundidos constituye otra barrera de entrada. Otra cuestión que debe considerarse es si los productos se pueden "comoditizar" fácilmente.

No obstante, es necesario indicar que el caso de los países en desarrollo es muy diferente al que se vive en la actualidad en los países desarrollados, dado que en estos últimos la competencia entre entidades financieras es mayor, pues el mercado es más competitivo, toda vez que las entidades financieras constantemente se encuentran amenazadas con la entrada de nuevos competidores al mercado sean nacionales o extranjeros, teniendo en cuenta que la entrada, previo cumplimiento de unos requisitos, se encuentra permitida y el proceso de autorización de funcionamiento es totalmente transparente. Esta amenaza de entrada no siempre se encuentra en los países en vía de desarrollo, donde en la mayoría de oportunidades se limita la entrada por medio de las barreras regulatorias, principalmente para las entidades financieras foráneas. Los países en vía de desarrollo se diferencian de los desarrollados, en muchos casos, en que los procesos de salida para los bancos y otras instituciones financieras son débiles, lo que ocasiona sistemas financieros con entidades financieras débiles e insuficiencia de capital y competencia desleal. Por lo tanto, los países en vía de desarrollo

propenden a tener sistemas financieros concentrados y dominados principalmente por bancos.

Como lo señalaron Cornett y Saunders (1999):

Conforme vamos acercándonos a finales de siglo, las transformaciones tan significativas de las barreras regulatorias, de la tecnología, y de las innovaciones financieras podrían hacer que una sola empresa de servicios financieros pueda ofrecer de nuevo una amplia gama de servicios financieros. Además de debilitarse las barreras entre los sectores industriales tradicionales, la competencia se está globalizando.

En este sentido, en los últimos años, los sistemas financieros latinoamericanos han pasado por un fuerte proceso de consolidación, el cual ha estado acompañado por un gran aumento en la concentración empresarial y en la mayoría de los casos, por una internacionalización (Yeyati y Micco, 2003). A partir del año 1994 y hasta el 2000, en Latinoamérica la participación de los bancos extranjeros se ha duplicado, mientras que la concentración en el mercado bancario es relativamente elevada en comparación con los estándares de la U.E. y los EE.UU.

CONCLUSIONES

1. Dada la evolución y modificaciones que el sector financiero ha experimentado en la última década en el ámbito mundial, la aplicación de la ley de competencia a través de la autoridad de competencia es una mejor opción que la aplicación de la misma por parte de un regulador sectorial específico.
2. En su labor por controlar e incentivar la competencia en el sector financiero, la autoridad que regula la competencia debe hacer uso de los instrumentos y herramientas reiteradas de análisis de la competencia, toda vez que la experiencia ha demostrado que dicha autoridad posee una gran experiencia y destreza.
3. Así mismo, en consideración con las lecturas efectuadas, puede afirmarse que para una Nación es de suma importancia la existencia de una regulación clara y expresa en materia de abuso de la posición dominante, mediante la cual se establezca adecuadamente las conductas que deben ser sancionadas para evitar la ocurrencia de actos abusivos que terminan, en últimas, atentando contra la economía de una nación.
4. Efectuado el análisis de las concentraciones bancarias, la conclusión es que la autoridad de competencia debe, entre otras funciones, investigar si la concentración empresarial crea un ambiente que facilita el ejercicio de poder de mercado, unilateral o colateral, y el regulador bancario debe analizar si la concentración supone una amenaza para la estabilidad y solidez del sistema bancario.
5. Existe doctrina donde se ve la concentración económica como un beneficio, pues se entiende que ésta se traduce en mayor eficiencia del mercado, lo cual debe acarrear menores costos operativos. Por otra parte, hay quienes lo ven como una práctica donde son pocos los que manejan el mercado a su manera, debiendo el usuario conformarse con las condiciones que el sector otorga conforme a las políticas que establece el Estado, debido a su actividad reguladora.
6. Respecto de la Posición de Dominio la legislación colombiana no la reprime per se, incluso es considerada por algunos autores como beneficiosa para la economía, toda vez que puede ayudar a desarrollar economías de escala que traen consigo beneficios para los consumidores. No obstante, está plenamente justificada su regulación, con el fin de evitar que por el uso de la misma se ocasionen desviaciones que vayan en contra de la libre competencia.

REFERENCIAS

- BARRERO, S. y LIZCANO, L. (2000), *La naturaleza de las contravenciones del régimen financiero*, Pontificia Universidad Javeriana – Departamento de Derecho Económico.
- BASSOLS, M. (2003), *La Constitución como Marco de la Legislación Económica*, Universidad de Alcalá de Henares.
- BIGGAR, D. y HEIMLER, A. (2005), “An increasing role for competition in the regulation of banks”. *Antitrust Enforcement in Regulated sectors – Subgroup 1*, ICN. Bonn.
- CLAESSENS, S.; DOBOS, G; KLINGEBIEL, D. y LAEVEN, L. (2003), “The Growing Importance of Networks in Finance and Its Effects on Competition”. *Financial and Economic Networks*. Anna Nagurney (eds.).
- CORNETT, M. y SAUNDERS, A. (1999), *Fundamentals of the Financial Institutions Management*. Singapore. Mc Graw-Hill International Editions, Finance Series.
- Corte Constitucional – Sentencia T 443 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional – Sentencia SU 157 de 1999, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.
- DÍEZ, E. (2001), “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, en *Gaceta Jurídica de la competencia y de la Unión Europea*, No. 213, mayo / junio 2001, pp. 11 a 34.
- DÍEZ DE CASTRO, E., GALÁN, J., (1998), *Práctica de la Franquicia*, Mc Graw-Hill.
- FERNÁNDEZ DE LA GRANADA, L. y CALVO, L., (1995), *Derecho Mercantil Internacional – Estudio sobre el derecho comunitario y del comercio internacional*. Madrid.
- LONDOÑO D. (2001), *La Posición de Dominio en el Mercado Financiero Colombiano: Una Visión crítica al Sistema a la luz de las normas internacionales* – Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana. Consultada el 12.10.2008 de la página: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis10.pdf>
- MATURANA, P. (2003), *Apuntes de Derecho de la Competencia*. Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- MÉNDEZ - MORENO, A. (2002), *Lecciones de derecho financiero y tributario*, 2ª. Edición.
- MIRANDA, A. (2005), “Fundamentos Económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, en *Revista de derecho a la competencia*. Vol. 2, No. 2.
- SALAMANCA, M. (2007), *Barreras de Entrada*.
- TROYA, M. (2006), *La política de competencia en el sector financiero de América Latina*.
- YEYATI, E.; LEVY, y MICCO, A. (2003), “Banking competition in Latin America”, en *First Meeting of the Latin American Competition Forum*.
- ZULETA, L. (1991), *La Intervención del Estado en el Sector Financiero*.