

MAURICIO VELANDIA

ABOGADOS



Canal YouTube: Mauricio Velandia
Bogotá - Cartagena - Medellín

Comunicado No. 9

“CUESTIONES DE DERECHO ANTIMONOPOLIO EN EL SECTOR FINANCIERO”

Tuvimos la oportunidad de asistir al *Webinar* organizado por Concurrences y Morgan Lewis, en el cual se habló algunos temas del sector financiero relacionados con el derecho de la competencia, así como de fusiones no horizontales y de las nuevas tecnologías en el sector financiero. En este *Webinar*, que se desarrolló como un conversatorio, participaron como panelistas **Sarah Allen** (Grupo de trabajo antimonopolio de la Asociación Nacional de Fiscales Generales) y **Noah Joshua Phillips** (Comisionado en la Comisión Federal del Comercio de EEUU) y como moderador, **Richard Taffet** (Abogado senior en Morgan Lewis). A continuación se expondrán algunos de los temas que fueron tratados en el conversatorio.

Richard Taffet hizo mención de dos novedades del sector financiero, que pueden implicar cuestiones en el derecho antimonopolio. La primera es la dependencia cada vez mayor de nuevas soluciones tecnológicas en toda la cadena de valor de las transacciones del sector financiero; y la segunda, es la creciente actividad de fusiones no horizontales cuando una compañía establecida en un mercado trata de entrar en un mercado adyacente para reforzar su posición en el primer mercado o ganar cuota en el segundo mercado, complementándose en sus puntos fuertes. También resaltó que el control, la utilización y el acceso a los datos es un factor competitivo cada vez más importante en el sector financiero y que esto también ha sido objeto de comentarios en el ámbito de la competencia.

Adicionalmente, mencionó como ejemplo el aumento de las transacciones financieras sin contacto en tiempo real, que ha llevado a los bancos tradicionales a encontrar técnicas para prestar servicios en esas esferas, o a realizar actividades de adquisición mediante fusiones para adquirir recursos que puedan aportar los conocimientos especializados necesarios, lo cual puede plantear problemas de competencia.

Noah Joshua Phillips, respecto a las fusiones no horizontales comentó que no es algo nuevo en el derecho antimonopolio. En ese sentido, expresó que en una publicación recientes de las Directrices de fusión vertical se explicó como funcionan las transacciones no horizontales y que aunque su nombre refiera a fusiones verticales, se deja claro que también se aplican a las transacciones diagonales o

Bogotá: Carrera 11A N°94A-23/31 oficina 304 Tel: 3001703 Cel. 3196372499

Medellín: Carrera 39 No. 13 Sur-80 Interior 1104

Cartagena: Carrera 9 No. 22 - 724 I 403 - Edificio Boquilla Marina Club

[Http://www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com) - E-mail: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

MAURICIO VELANDIA

ABOGADOS



Canal YouTube: Mauricio Velandia
Bogotá - Cartagena - Medellín

conglomeradas, pero en áreas en las que se trata de empresas que no son competidoras. Noah Joshua añadió que la entrada en un nuevo mercado es algo positivo y que la preocupación está en las áreas en las que un agente del mercado puede perjudicar a sus competidores y dañar el proceso competitivo, limitando el acceso por completo o condicionando el acceso de tal manera que el campo de juego competitivo no esté nivelado.

Sarah Allen, por su parte, señaló sobre las Directrices de Fusión Vertical que fue algo positivo que hayan sido actualizadas y que se hayan tenido en cuenta los comentarios de los estados, sobre todo lo relativo a que en la definición del mercado se incluyeran los productos relacionados de mercados adyacentes verticalmente. Así mismo, respecto a la definición de los mercados resaltó que es útil para determinar el efecto anticompetitivo de que las compañías adopten conductas excluyentes o se fusionen para frustrar el proceso competitivo.

Richard Taffet preguntó a Noah Joshua Philips sobre la relevancia de la fuente de financiación para un análisis competitivo de una transacción, que si bien no fue planteado en las directrices de Fusión Vertical sí se encuentra en el Manual de Remedios de Fusiones.

Al respecto, Noah Joshua Philips respondió que lo que se quiere saber es que: 1) exista dinero, que exista financiación no sólo para comprar el activo, sino también para operarlo y 2) haya un nivel de seguridad en que el comprador tiene la intención de permanecer en el negocio, que sea capaz de operar el activo a ese nivel de competencia o uno mejor. De manera que, por eso resulta importante revisar el tema de la financiación.

Richard Taffet introdujo nuevamente el tema de la definición del mercado y su relación el avance de la tecnología en todos los sectores, incluyendo el financiera, para preguntarle a Sarah Allen cómo esos avances tecnológicos pueden tener impacto en el análisis de la definición del mercado.

Sarah Allen indicó que la definición del mercado es un medio para determinar el daño potencial de una fusión o de una conducta y que para hacer esa definición del mercado se utilizan instrumentos económicos como la elasticidad cruzada de la demanda o la prueba del monopolio hipotético, para determinar si una compañía está limitando a competidores reales o potenciales. En cuanto a la definición del mercado en el caso de las plataformas, se debe establecer si este se hace como un mercado de transacciones de doble vía, en la medida en que de eso dependerá de si el demandante debe probar el

Bogotá: Carrera 11A N°94A-23/31 oficina 304 Tel: 3001703 Cel. 3196372499

Medellín: Carrera 39 No. 13 Sur-80 Interior 1104

Cartagena: Carrera 9 No. 22 - 724 I 403 - Edificio Boquilla Marina Club

[Http://www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com) - E-mail: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

MAURICIO VELANDIA

ABOGADOS



Canal YouTube: Mauricio Velandia
Bogotá - Cartagena - Medellín

daño en todas las partes de la plataforma o en una de estas, lo que a su vez puede incrementar la carga probatoria del demandante y, en consecuencia, disuadir a los demandantes de iniciar un proceso.

Por otra parte, Sarah Allen señaló que muchos mercados digitales son mercados de precio cero, esto es, en los que los consumidores no pagan con dinero, lo cual tiene sentido en estos mercados, por el costo marginal casi nulo. No obstante, esos productos no son realmente gratuitos para el consumidor, porque requieren la atención de los consumidores a los anuncios, sus datos personales o su privacidad. De forma que, cuando se hace la definición del mercado y se definen los productos en mercados digitales no se puede observar solamente las características cuantitativas de los precios, sino cualitativas no relacionadas con el precio, para lo cual se debe incluir cualquier prueba razonablemente fiable y disponible, incluidas todas las relacionadas con la sustitución de clientes. Se debe mirar, entonces, a quien siguen los clientes ante un cambio, por ejemplo, en la calidad del producto o servicio.

Respectivamente, Noah Joshua Phillips indicó que no solo se mira el precio, pero que se debe tener cuidado cuando se determina el mercado en términos de los cambios en la calidad, e incluso cuando se habla de daño, para no dejarse llevar por las preferencias, esto es, lo que se preferiría ver, sino en ver realmente lo que se está mostrando.

Richard Taffet, sobre la capacidad de evaluar la competencia naciente, propuso un caso según el cual la empresa A, que es dominante en un mercado ascendente, adquiere la empresa B, un proveedor de un importante insumo competitivo para empresas en el mercado ascendente, los competidores de la empresa A. Digamos que pueden ser datos o cualquier otra cosa que sea importante a efectos de la competencia en el mercado ascendente. Respecto a este caso Richard Taffet formuló las siguientes preguntas: 1) ¿Cómo debe evaluarse el control de la empresa, dominante en las fases iniciales, sobre el importante insumo competitivo para determinar los posibles efectos anticompetitivos? y 2) ¿Debería exigirse que proporcione acceso a ese insumo a los competidores ascendentes o a los competidores potenciales?

Sobre lo anterior, Noah Joshua Phillips que la pregunta que frente a esa situación debía hacerse es si esa compañía tiene la capacidad para impedir el acceso al mercado o condicionar el mismo de forma tal que perjudique a la competencia. Así mismo, expresó que el hecho de que se trate de datos no cambia necesariamente todo el análisis y que los remedios deben revisarse de acuerdo a los hechos de cada caso, los cuales pueden ser estructurales o de comportamiento.

Bogotá: Carrera 11A N°94A-23/31 oficina 304 Tel: 3001703 Cel. 3196372499

Medellín: Carrera 39 No. 13 Sur-80 Interior 1104

Cartagena: Carrera 9 No. 22 - 724 I 403 - Edificio Boquilla Marina Club

[Http://www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com) - E-mail: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

MAURICIO VELANDIA

ABOGADOS



Canal YouTube: Mauricio Velandia
Bogotá - Cartagena - Medellín

Richard Taffet también se refirió a las adquisiciones asesinas, en las que una firma comporta un nuevo participante y roba su tecnología o compra una empresa y luego la cierra porque tiene planes de entrar al mercado por su cuenta. Frente a esto se cuestionó cómo se puede determinar realmente y qué herramientas se puede utilizar para definir si ese tipo de escenarios de lugar a efectos anticompetitivos.

Frente a esto, Sarah Allen manifestó que en una fusión regular es difícil predecir el futuro y que esa dificultad es mayor cuando se trata de una competencia naciente o potencial, porque es una especie de doble predicción. No obstante, dijo que para determinar algunos indicadores se puede recurrir a documentos de la empresa, a un historial de entrada con nuevos productos, al historial de adquisiciones de la empresa adquirente, así como revisar si son conocidos por adquirir nuevos competidores o nueva tecnología. Así mismo, expresó que esto no es nuevo, que siempre ha sido una manera de aplastar la competencia, sino que se está haciendo más frecuente en el mercado digital.

Richard Taffet se refirió a la posible modificación de la legislación antimonopolio que algunos senadores han planteado, en la medida en que esta no se ajusta a la realidad en determinados sectores, como el tecnológico a casos recientes en los que los tribunales al menos han sido bastante hostiles a las posiciones del gobierno que se basaban mucho en pruebas económicas o en la teoría económica, a veces sin pruebas, en los que no se le ha dado mucho peso al testimonio económico.

Sobre esto, Sarah Allen comentó que el problema es que los tribunales están obligados por su precedente y la forma en como lo interpretan, razón por la cual se puede necesitar una legislación que permita superar esto y hacer cambio significativos, pues de nada sirve que se acuda a los tribunales con pruebas económicas innovadoras y nuevas teorías del daño si los tribunales no las creen porque el precedente y la interpretación de este están de por medio.

Finalmente, Sarah Allen hizo alusión a la Fin-tech y a las aplicaciones que permiten pagar y retirar dinero tener una cuenta bancaria real, pues frente a esto ha habido manifestaciones que expresan que estas aplicaciones no están reguladas como lo están los bancos, pero Sarah señala que lo mismo ocurre en el caso de Uber, que no está regulado como los taxis y que lo que implica es un reto para que el derecho antimonopolio esté al día con muchas de estas industrias y que resulta interesante probar nuevas teorías.

Bogotá: Carrera 11A N°94A-23/31 oficina 304 Tel: 3001703 Cel. 3196372499

Medellín: Carrera 39 No. 13 Sur-80 Interior 1104

Cartagena: Carrera 9 No. 22 - 724 I 403 - Edificio Boquilla Marina Club

[Http://www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com) - E-mail: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com