LA COMPETENCIA EN EL SECTOR BANCARIO

Xavier Ginebra Serrabou¹

I. Función de las normas de competencia

Dos son las corrientes opuestas que atribuyen distinto valor a la política de competencia, entre las cuales giran todas las demás:

De un lado, la caracterización de la competencia como una garantía de la libertad de obrar de los operadores económicos (empresas y consumidores).

Para esta corriente de pensamiento, la competencia –concepto polimorfo que se resiste a una definición precisa– no sería originalmente, en una estimación jurídica, otra cosa que la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de la actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque ésta cause un perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado.

Así concebida, la competencia –traducción en términos jurídicos de la competencia económica– sería simultáneamente una suma de libertades y una estructura jurídica formal a la que habría que dotar de contenido.

En cuanto agregación de libertades y una estructura jurídica a la que habría que dotar de contenido.

En cuanto a agregación de libertades, sería tónica la distinción de la literatura jurídica especializada entre los elementos constructivos de la competencia y los criterios de competencia (de estructura, de comportamiento, de resultado). Mientras que los primeros sirven para determinar la existencia de competencia, y por consiguiente, también de un eventual ataque a ella, los segundos se aplican para cuantificar el grado de competencia en un mercado concreto. Para poder hablar en sentido estricto se hace inexcusable, entre otros requisitos, la posibilidad, de introducirse en un mercado en el que no se había operado con anterioridad (principio de mercado abierto), ha operado con anterioridad (principio de mercado abierto), sin que tal acceso se vea obstaculizado por barreras de

¹ El autor posee una Maestría en Derecho Corporativo en Europa, estudios de Maestría en Derecho Fiscal en la Universidad Panamericana, es Doctor en Derecho de la Competencia, autor de tres libros, fue Subdirector Jurídico de la Comisión Federal de Competencia y actualmente funge como Subdirector Jurídico Fiduciario en el Grupo Financiero BBVA Bancomer.

entrada artificiales, la posibilidad asimismo de que los operadores económicos ya instalados decidan libremente su política empresarial, atendiendo exclusivamente a datos tales como la situación del mercado, la relación costos-beneficios o el comportamiento de las otras empresas que operan dentro de un mismo sector de actividad (principio de autonomía de la actividad empresarial), la posibilidad finalmente de que los consumidores destinatarios finales del proceso productivo, opten libremente entre aquellos bienes y servicios que prefieran en atención a su precio, a su calidad o a otras circunstancias económicas, como por ejemplo, la financiación del producto que se desea adquirir o el servicio postventa que el vendedor ponga a disposición del cliente.

Como estrategia jurídica formal, la competencia, así definida, estaría en condiciones de satisfacer exigencias conceptuales mínimas. Nadie podría, en efecto, cuestionar la existencia de un marco de competencia, cuando concurren simultáneamente mercado, pluralidad de oferentes y aceptantes y una actitud antagonista entre ellos. Se trata, empero, de una noción que, por su amplitud, necesita si se quiere que sea operativa ser precisada. En ella pueden tener cabida, en efecto, orientaciones dispares e incluso antagónicas: tal sería la actitud de quienes creen que la competencia debería servir de escudo frente a la intromisión del Estado en la vida económica, pero no están dispuestos a que se reaccione del mismo modo frente a los competidores que operan en el mercado, o la de quienes consideran que la competencia puede y debe ser un instrumento de política económica en manos del Estado; la de quienes consideran como, por ejemplo, la Harvard School que el Estado no debe dejar de velar porque el mercado se aproxime lo más posible a la competencia perfecta formulada por los clásicos, aunque nunca se daría en la realidad y la de quienes, por el contrario, insisten como por ejemplo la Chicago School, en que, salvaguardados los intereses del consumidor, la acción del Estado en este terreno debe ser mínima, debería centrarse preferentemente en los actos colusorios distinguiendo entre las restricciones horizontales y verticales de la competencia, y no en las concentraciones de las empresas y observando el horizonte económico a largo plazo²

De otro lado, desde la otra perspectiva, desde una óptica populista, se le ha atribuido a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que, en una democracia, todos los ciudadanos tienen derecho a participar, a través de diversos medios, en el poder económico. Finalmente anclada en la tradición política norteamericana, que ha transmitido de generación en generación ciertos ideales del *american way of life*, ánimo de lucro, el individualismo, la autoayuda, la libre iniciativa y la libre competencia, implica un recelo histórico frente a los trusts, ante el temor conforme a la suspensión del que paga manda, de que sea el mundo económico (las mayores empresas del país) el que controle al Estado y no al revés, poniendo así en peligro la propia democracia políticamente rentable en un sistema en que por definición, esa interpretación de la competencia que favorecía a la mayoría del electorado ha tenido secuelas la política de no crecimiento de las grandes empresas (control de las concentraciones em-

2 FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Luis Alfonso, citados por GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la competencia*, Editorial Cárdenas Editor, México, 2001, pp. 1 a 3

presariales) y el reconocimiento estatal de las uniones de los económicamente más débiles (pequeños comerciantes, agricultores, trabajadores, consumidores) que, figurando como víctimas, apoyaron el surgimiento de los grandes monopolios, además de que vieron con simpatía y apoyaron el surgimiento de la legislación antimonopolística.³

II. La aplicación a los bancos de la Legislación Antimonopolios

Banca y antitrust en Estados Unidos

En los Estados Unidos, los bancos han mantenido históricamente una relación especial con el Derecho *antitrust*. Hasta bien entrada la década de los cuarenta existía el convencimiento de que las normas de competencia no eran aplicables al sector bancario debido, por una parte, al peculiar marco regulatorio en el que se desenvolvía su actividad, y por otra, a la importancia que se daba la idea de que la competencia entre entidades podía poner en riesgo la solvencia del sistema⁴

En primer lugar, las posibilidades de competencia entre las entidades de crédito han estado tradicionalmente condicionadas por la presencia de regulaciones sectoriales en materia de precios, establecimiento de sucursales, etc. Cuando existe una intensa regulación de la actividad bancaria (y es el caso de México) la competencia no constituye el único factor que determina la estructura de la competencia no constituye el único factor que determina la estructura del mercado y los parámetros de conducta de las empresas participantes. En el pasado, la regulación de un mercado se traducía en una tímida aplicación de la normativa antitrust, si bien con el paso del tiempo se fue consolidando la idea de que las normas de competencia debían aplicarse siempre, salvo que pusiesen en peligros expresos con la regulación.

Además, la normativa aplicable a la banca norteamericana somete a las entidades de crédito a la supervisión de diversas autoridades sectoriales. La subordinación a unas autoridades específicas, que incluso tenía ciertas facultades en materia de antitrust, también contribuyó a extender la idea de que la banca era un sector especial excluido del ámbito de aplicación de las normas de competencia.

El segundo factor que en esta primera etapa inducía a pensar que la banca quedaba al margen del Derecho *antitrust*, en la continua tensión que existía entre competencias de instituciones de crédito, de un lado, y mantenimiento de la solvencia de los bancos, de un lado, y mantenimiento de la solvencia y seguridad del sistema bancario en su conjunto, de otro. En efecto, existe la preocupación de que una competencia excesiva entre entidades pueda traducirse en créditos demasiado arriesgados o tipos de interés demasiado bajos, con el consiguiente riesgo de quiebra de las entidades de crédito. Dadas las peculiaridades del sistema bancario, la quiebra de un banco puede afectar a la credibilidad del conjunto del sistema y arrastrar a todos los demás. En esas condiciones, se veía

3 Ibidem, pp. 4 y 5.

4 GARCIA CHAPAPEIRO, Fernando, Competencia y actividad bancaria. Editorial la Ley, Madrid, 2003, p. 120

con recelo la implantación de una competencia efectiva entre bancos, si bien en la actualidad se estima que el riesgo que suponen los pánicos bancarios se puede afrontar mejor con una normativa cautelar que les obligue a conservar siempre un porcentaje de sus depósitos y a responder conjuntamente frente a posibles insolvencias mediante la creación de fondos de garantía de depósitos.

La Suprema Corte puso fin a esta situación en una sentencia de 1944 en la que, indirectamente, se declaraba que la actividad bancaria está sometida a los dictados de las normas de competencia. En concreto, en el caso *South-Eastern Underwriters Association*, el alto tribunal declaró que la actividad aseguradora debía considerarse comercio en el sentido de la *Sherman Act*, por lo que cabía concluir que las disposiciones del derecho *antitrust* resultaba aplicable a los seguros. La doctrina estimó, que, por extensión, las demás instituciones financieras que prestaban servicio en el mercado también debían someterse a la *Ley Sherman*.

A partir de la sentencia, el Departamento de Justicia comenzó a investigar los acuerdos de precios entre bancos y otras instituciones financieras. A pesar de estos esfuerzos iniciales, la doctrina señala que, hasta la década de los 60, la fijación de precios y el reparto de mercados seguía siendo una práctica habitual entre los bancos norteamericanos.

La confirmación definitiva de la aplicación del derecho de la competencia vino de la mano de la célebre sentencia *Philadelphia National Bank* de 1963, en la que la Corte declaró que el art. 7 de la *Clayton Act* resultaba aplicable a las concentraciones bancarias. Tres años antes, el Congreso había aprobado la *Bank Merger Act*, que establecía un sistema de control previo de varios órganos para aprobar las fusiones bancarias. En los años siguientes a su aprobación se plantearon numerosos conflictos entre las distintas Agencias, hasta el punto de que el Departamento de Justicia impugnó fusiones que habían sido aprobadas por las agencias bancarias. Tales controversias fueron zanjadas por esta sentencia, en la que el tribunal Supremo declaró que, pese a las reformas legislativas realizadas por el Congreso, la *Clayton Act* seguía siendo aplicable al sector bancario. Los autores coinciden en destacar la importancia que tuvo este pronunciamiento porque venía a afirmar categóricamente que el sector bancario estaba sometido a los dictados del derecho *antitrust*.

En definitiva, en la actualidad existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la actividad bancaria no goza de ninguna excepción en derecho *antitrust*. Sin embargo, aún hoy la aplicación del Derecho de la competencia, adolece de varias particularidades, que veremos a continuación:

En la actualidad, el enjuiciamiento *antitrust* de los bancos en Estados Unidos presenta dos importantes especialidades en materia de control de concentraciones y de prohibición de contratos vinculados (*tying contracts*).

Por lo que atañe al control de concentraciones, las normas bancarias estadounidenses imponen a las respectivas agencias bancarias la obligación de supervisar los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones de entidades de crédito. A diferencia de la *Sherman Act* y de la *Clayton Act*, las leyes bancarias permiten autorizar las fusiones anticompetitivas cuando los efectos anticompetitivos resulten claramente com-

pensados por los intereses y necesidades de la comunidad que la fusión protege y satisface. El Departamento de Justicia también puede intervenir para bloquear una fusión bancaria mediante la presentación de una demanda judicial ante un tribunal federal en los treinta días siguientes a su aprobación por parte de la autoridad bancaria.

El test aplicable a las fusiones bancarias según la normativa específica no difiere sustancialmente del previsto por el art. 7 de la Clayton Act, con la mencionada excepción relativa a los intereses y necesidades de la comunidad. A pesar de que existen diferencias entre las diferentes agencias, se mantienen los numerosos cauces de cooperación entre ellas, como lo demuestra la publicación conjunta por el Departamento de Justicia, la Reserva Federal y la OCC de unas Bank Merger Screening Guidelines en 1994.

En relación con la prohibición de contratos vinculados, los bancos también se encuentran sometidos a un régimen especial, dado que el art. 106 de la Bank Holding Company Act prohíbe a las entidades de crédito subordinar la prestación de un servicio a la aceptación por el cliente de otro producto o servicio adicional. La principal razón esgrimida para aprobar este precepto radica en la necesidad de controlar el poder excesivo de los bancos como consecuencia de la progresiva ampliación de las actividades permitidas a la banca.

Aunque una cláusula de este tipo también está prohibida por la legislación *antitrust*, en el caso de la banca dicha prohibición resulta más estricta, ya que no es necesario probar que la entidad tiene *market power* en el mercado del producto principal (*tying product*), ni tampoco que la cláusula pueda tener efectos negativos sobre el mercado del producto vinculado.⁵

El derecho de la competencia en la actividad bancaria de la Unión Europea

Como se ha señalado acertadamente, no hay razón por la que las entidades financieras deben excluirse del ámbito de aplicabilidad de las normas europeas sobre competencia.

1. Ni la gestión de servicios de interés económico general –que, en cuanto a tales empresas, no se les encomienda–. La regla general es la contraria

Las transferencias normales efectuadas por los institutos bancarios de los fondos de su clientela de un Estado miembro a otro, si constituyen operaciones que dependen de la misión propia, de los bancos en lo que concierne especialmente los movimientos internacionales de capitales, no basta sin embargo para hacer que se reconozca a estos institutos el carácter de empresa en el sentido del art. 86, ap. 2, TCE, a menos que pueda ser establecido que, efectuando esas transferencias, los mencionados institutos gestionen un servicio económico de interés general del que habrían sido encargados en virtud de un mandato del poder público (Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, 14 de julio de 1981, Gerhard Zuchner/Bayerrische Vereinsbank, AG 172/80)

⁵ *Ibidem*, pp. 124 y 125

2. Ni la intermediación en el tráfico internacional de capitales ni la cooperación entre los bancos centrales prevista por el art. 105.1 del Tratado de Roma (Sentencia citada)

Los arts. 101 y ss del TCE no tienden de ninguna manera a sustraer a los bancos de las reglas de competencia del mismo Tratado. Insertas en el título 11, capítulo 2, relativo a la "Balanza de Pagos", estas disposiciones se limitan a expresar la exigencia de una coordinación entre los Estados miembros en materia de política económica y prevén, a estos fines, una colaboración entre los servicios competentes de las administraciones nacionales y entre los bancos centrales de los Estados miembros, que permita alcanzar los objetivos del Tratado.

Su aplicación a las actividades bancarias fue declarada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el caso Zuchner:

"Un paralelismo de comportamiento en la percepción de una comisión bancaria uniforme sobre las transferencias de sumas de la misma importancia de un Estado miembro a otro efectuadas por los bancos, sobre los fondos de su clientela constituye una práctica concertada, prohibida por el art. 81, apartado 1, TCE, si se establece este paralelismo de comportamiento reúne los elementos de coordinación y de cooperación característicos de tal práctica y que ésta es de naturaleza que afecta de manera sensible las condiciones de competencia en el mercado de las prestaciones relativas a esas transferencias (Sentencia citada)".

Ejemplo: La aplicación de las mismas normas sobre competencia que a otras actividades económicas ha llevado a entender que no podía prohibirse su acuerdo sobre horas de apertura, compensación y domiciliación de pagos entre cuatro bancos de un mismo país, que poseían una cuota de mercado de sólo el 38% (Dec.Com. 30 de septiembre 1986, Irish's Banks Standing Committee, Diario Oficial de las Comunidades europeas L 295 de 18 de octubre de 1986).

Cuatro ideas debe, con todo, retenerse a este respecto. En primer lugar, la posibilidad de que se confíe a institutos crediticios la gestión de servicios económicos de interés general y de que, por consiguiente, se sometan a las normas de la competencia, pero sólo en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos encomendada (art. 86, ap. 2 TCE). En segundo lugar la –al menos discutible– aplicabilidad de los arts 81 y 82 del Tratado a los comportamientos de la Banca adoptados, con la cooperación o la aprobación de las autoridades nacionales de vigilancia, control o inspección, para la consecución de los fines económicos de este sector en la medida en que los participantes carezcan de autonomía. En tercer lugar, la posibilidad de que, al amparo y en los términos del art. 81.3 del Tratado, se conceda por la Comisión una exención del art. 81.1 en aras de las exigencias económicas del sector. (...)

La decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1984. Eurocheques Uniformes, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 35 de 7 febrero de 1985, concedió por primera vez una exención en este sector económico de la que se benefició el sistema de

pagos mediante eurocheque, que –creado en 1968– dio origen a un acuerdo, en vigor desde mayo de 1981, por el que se regulaba la utilización y compensación internacionales de estos instrumentos que alcanzó, en 1982, la cifra de quince millones de eurocheques uniformes librados en un Estado miembro distinto del motivo del establecimiento del Estado del establecimiento emitente.

Uno de los casos de mayor revuelo en el sector bancario fue la oposición del gobierno portugués a los acuerdos concluidos el 9 de junio entre el Banco Santander Central Hispano –el mayor banco español que opera en Portugal– y Banco Santander Negócios Portugal, y el Sr. Champalimaud –que controlaba cuatro bancos– y una compañía aseguradora, acuerdos en virtud de los cuales el BSCH obtendría el 40% del holding del grupo de la persona física, y éste, el 1.6 de las acciones del BSCH. El Ministro de Finanzas portugués, sin avisar a la Comisión, se opuso a la operación, primero a través de una resolución de fecha 18 de junio de 1999, y segundo, mediante dos decisiones de dos de agosto de 1999, por las que se limitaban los derechos de voto de la mayoría de los accionistas de grupo Champalimaud. El principal argumento empleado por el Ministro de Finanzas luso, para justificar el veto a la alianza financiera hispano-lusa fue que los acuerdos en cuestión no garantizaban una gestión sana y prudente de la aseguradora del grupo portugués. La intervención del gobierno portugués demandó inmediatamente la atención de los medios financieros y jurídicos: pese a la competencia exclusiva de la Comisión para evaluar esta clase de concentraciones, un gobierno de un Estado miembro bloqueaba una operación de un calibre importante. La reacción de la Comisión fue rápida y enérgica. El 20 de julio de 1999, pidió al Estado portugués la suspensión de las medidas contrarias a los acuerdos relativos. Por un lado, a falta de una respuesta satisfactoria portuguesa, promovió contra el Estado portugués un procedimiento de infracción de su decisión de 20 de julio. Por otro lado, la Comisión siguió dos procedimientos: uno por incumplimiento de los servicios financieros en su vertiente comunitaria, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales y otro autorizando la operación. La decisión de la Comisión Antonio de Sommer Champalimaud/BSCH, declara la compatibilidad de la operación de concentración con el Mercado Común, visto que no creaba ni reforzaba ninguna posición dominante, ya que la cuota de ambos grupos en ningún caso superaba el 20% y que, aun autorizando la concentración, seguirían quedando en el mercado competidores con una dimensión considerable. La Comisión desestimó las razones oficiales portuguesas y consideró que el veto portugués era incompatible con el mercado común.

En noviembre de 1999, la Comisión aprobó los subsidios concedidas por Italia al Banco de Sicilia y a la Sicilcassa. Fue decisivo para ello que las ayudas respetasen las condiciones previstas en las líneas directrices de las ayudas de Estado al salvamento y reestructuración de las empresas en dificultad, que el banco de Sicilia fuese viable, se comprometiese a transmitir o cerrar 55 oficinas antes de que terminara el año 2000 y que el Gobierno Italiano se comprometiese a privatizar la sociedad matriz del banco di Sicilia no después de junio del 2000 mediante un procedimiento “abierto, transparente y no discriminatorio”.⁶

6 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, Mercado único y libre competencia en la Unión Europea, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 396 a 399

III. Condiciones para la existencia de competencia efectiva en un mercado

El enfoque más aceptable para lograr una precisión susceptible de aplicación práctica del concepto competencia, es a través de la exposición de los factores, esenciales y concomitantes, que hacen a ese tipo de conducta. Entre los primeros deben mencionarse los siguientes:

- i) Independencia de las partes que actúen en un mercado: La autonomía para fijar la estrategia competitiva ha sido señalada como uno de los elementos esenciales para la existencia de competencia efectiva en la Unión Europea, que puede ser bloqueado mediante acuerdos de voto o convenios restrictivos de licencia o de distribución.
- ii) Oportunidad de acceso al mercado: Puede observarse que esta faceta de la competencia es tutelada a través de las figuras que sancionan, en forma especial, la obstaculización de acceso al mercado de concurrentes potenciales, aunque su existencia hace desistir a potenciales competidores de entrar al mercado mientras existan estas barreras.
- iii) Libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes: este aspecto es tutelado a través de las normas que protegen a los otros dos factores precedentes, lo que le da un carácter relativamente subordinado, así como mediante reglas que se dirigen contra la negativa a operar con determinadas personas, las discriminaciones y la imposición de cláusulas atadas.

En cuanto a los factores, que si bien no necesariamente suponen la existencia de competencia, permiten una más completa evolución de las características de ésta, son los siguientes:

- (i) Estructura de la oferta y la demanda: Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que éstas actúen independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.
- (ii) Transparencia del mercado: Una mayor posibilidad de conocimiento de las distintas operaciones que tienen lugar en relación a determinado bien o servicio, así como de sus condiciones, permite, en general, un más intenso desarrollo de las fuerzas competitivas, especialmente a través de la facilidad que da para sustituir a un oferente o consumidor por otro, según la conveniencia de las partes.
- (iii) Incentivos para adoptar conductas competitivas: Si bien este aspecto es amplio y depende, en buena medida, de la actitud adoptada por el Estado ante diversos hechos económicos (innovaciones, quiebras, etc.), parte de los incentivos resultan de la estructura y conducta del mercado, incidiendo necesariamente en la incidencia que adoptarán las conductas competitivas. Así, cuando la demanda no

es elástica, serán menores los incentivos que tengan los diferentes oferentes para competir mediante reducciones de precios, si existen “relaciones de lealtad” entre productores finales y sus proveedores de materias primas, de poco les servirá a éstos reducir los precios como medio para penetrar en el correspondiente mercado; si existen gastos de publicidad muy intensos, se elevará el costo de ingreso a la correspondiente rama productiva y se podrá neutralizar cualquier intento de ampliación de la participación en el mercado por vía de precios o calidad; si un competidor controla la oferta de materias primas a ser utilizadas en determinada rama productiva, puede obstaculizar la concurrencia a través de precios que cobra por tales materias primas, aun sin incurrir en negativas de satisfacer pedidos concretos, etc. Por último, existen ciertos elementos que si bien no hacen a la esencia de la competencia, ni permiten determinar cuál es la intensidad de ésta, indican, con seguridad relativa, y con la necesidad de investigaciones adicionales, la forma en que se desarrolla la concurrencia en determinado mercado. Tales son los siguientes:

- (i) Variaciones en los precios ante las fluctuaciones de la demanda: En principio, la inflexibilidad de los precios, ante el cambio de condiciones de la demanda, sugiere un debilitamiento de las fuerzas competitivas. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en este caso, como en relación con los restantes indicativos, una conclusión más precisa requiere el estudio de factores adicionales. Cabe así recordar que en un mercado que actúa en condiciones de competencia perfecta puede también existir una relativa inflexibilidad de los precios, cuando la curva de los costos no es elástica en el trayecto correspondiente a la fluctuación experimentada por la demanda. Por el contrario, en un mercado altamente imperfecto pueden darse variaciones de precios relativamente intensas, porque las empresas que allí actúan pueden haber advertido que, aun fijando los precios en forma conjunta, la elasticidad de la demanda y la estructura de costos hacen conveniente el reaccionar con disminuciones de precios ante caídas sustanciales en la demanda.
- (ii) Discriminación de precios o de otras condiciones de contratación: La discriminación apuntada pone de manifiesto la existencia de distorsiones sustanciales en el mercado en que tiene lugar. En primer término, la presencia de discriminaciones demuestra que los compradores que son perjudicados por los mayores costos que le son impuestos, carecen de la posibilidad práctica de dirigirse a otras fuentes de abastecimiento que no practiquen en forma de fijación de precios, así como que los vendedores encuentran algún tipo de obstáculo (acuerdos, entendimientos, costumbres comerciales) que los llevan a preferir vender a un precio más bajo a determinados compradores que los que los compradores venden a un precio más bajo a determinados clientes que los que sus competidores cobran a los compra-

dores perjudicados. En segundo término, cuando la discriminación adopta carácter territorial, como es el caso, en particular, del dumping, donde se pone de manifiesto con toda la claridad que en el área que debe pagar mayores precios la competencia efectiva entre los oferentes se encuentra seriamente debilitada, particularmente en comparación con el país o región donde se vende en condiciones de dumping. Por último, cuando la discriminación de precios es una forma encubierta de lucha de precios, cabe inferir que existen obstáculos, formales o informales, a la actuación abiertamente competitiva de las empresas que allí operan

Las conductas discriminatorias sólo existen cuando la diferencia en las condiciones de los precios o en otras prestaciones pactadas entre las partes, no reflejan adecuadamente una diferencia de costos subyacente.

- (iii) Variaciones de precios: Si bien no puede sentarse la regla general aplicable a las distintas formas que adopten las fluctuaciones de precios, es evidente que éstas son el reflejo de las estructuras competitivas subyacentes y que, por lo tanto, juegan un papel fundamental en la determinación de la índole de éstas. Las dificultades que plantea el análisis de las variaciones de precios, desde el punto de vista de la competencia, se pone de manifiesto cuando se consideran los mercados en que tales variaciones tienden a producirse en forma uniforme por todas las empresas que en ellas operan, lo que puede deberse a razones tan diversas como la homogeneidad del producto en cuestión, el liderazgo de precios, la idea de la conveniencia de seguir una conducta uniforme respecto de las mencionadas variaciones y la existencia de alguna forma subyacente de concertación

Así, en el caso de productos totalmente homogéneos, será prácticamente imposible que los oferentes se aparten del precio uniforme del mercado imperante, pues en caso de hacerlo perderían su clientela a favor del resto de los oferentes, y en caso de disminuirlo atraerían al resto de la demanda, suponiendo que existen condiciones de mercado suficientemente transparentes, lo que no implica que las diferentes empresas no puedan influir sobre el precio de venta imperante pues, salvo en condiciones de competencia perfecta, pueden hacerlo actuando sobre las cantidades ofrecidas.

El liderazgo de precios puede deberse a razones muy variables, como ser la estructura de costos de las distintas empresas, la posición predominante tradicionalmente gozada por una de ellas, el temor de los distintos competidores de quedar descolocados en caso de ser los primeros en elevar los precios, etc. Respecto de los casos en que el liderazgo en precios sea consecuencia de la estructura de costos, si una empresa tiene costos inferiores a las demás puede forzar a éstas a mantener precios inferiores a los necesarios para obtener niveles adecuados de utilidades. Si aquélla procede unilateralmente a aumentar sus precios, es de suponer que los demás no vacilarán en seguirla, aun cuando no haya experimentado varia-

ción alguna en sus costos, ni exista entendimiento alguno entre las empresas del sector.

Resulta así necesario analizar la estructura del mercado en cuestión, la naturaleza del producto, el curso que han seguido los precios a lo largo de un periodo relativamente largo, entre otros elementos, a fin de apreciar los motivos suyacentes a las variaciones de precios.

- (iv) Curso de las inversiones y de las variaciones de capacidad productiva: Si en el sector analizado se encuentra que la expansión de la demanda y los aumentos de precios dan lugar a inversiones destinadas a aumentar la capacidad instalada, ello será indicativo de la existencia de fuerzas competitivas en el sector considerado. A igual conclusión cabe llegar, normalmente, en el caso de las inversiones destinadas a invertir en innovaciones, y en menor medida, de aquellas destinadas a reducir los costos o lanzar nuevos productos.

El menor carácter indicativo de la existencia de fuerzas competitivas que presentan las inversiones dirigidas a la reducción de costos o a la ampliación o a la ampliación del espectro productivo no supone emitir juicio alguno sobre su conveniencia, desde el punto de vista del sector en cuestión o de la sociedad en general. Desde el ángulo que nos ocupa en este apartado, puede observarse que la reducción de costos siempre tenderá a ser conveniente para el productor, aun en casos de total ausencia competitiva. Estas no hacen sino incentivar tal reducción, pues el retraso en llevarla a cabo puede acarrear el desplazamiento de la empresa del correspondiente mercado. En cuanto al lanzamiento de nuevos productos, es una conducta normal bajo cualquier tipo de estructura competitiva, pero puede haber sido incentivada, en ciertos casos, por la imposibilidad de expandir la producción en las ramas ya explotadas, debidos a los obstáculos que plantea la citada estructura.

Utilización de capacidad instalada: La falta de utilización de las instalaciones productivas existentes en cierto sector económico suele reflejar un debilitamiento de las fuerzas competitivas en ese sector. Cuando se produce una caída en la demanda, el exceso de capacidad instalada suele resultar de la negativa a disminuir los precios, o es, al menos, aumentado por esa política. Esta puede ser racional, desde el punto de vista de las empresas oferentes en conjunto, pero lo es menos desde el ángulo de la empresa individual, en tanto los precios excedan sus costos variables. El exceso de capacidad instalada, resultante de esa política de precios, también será en general contraria a los intereses de la sociedad, tanto desde el punto de una evaluación microeconómica del sistema productivo, como mediante el análisis macroeconómico de este tipo de conducta.

- (v) Nivel de utilidades: Dado que las utilidades constituyen el principal incentivo para el ingreso de nuevas empresas en determinados sectores y para la

expansión de la capacidad productiva, la existencia de un alto nivel de ganancias en relación al capital invertido y en forma relativamente constante, supondría la existencia de algún tipo de distorsión en el proceso competitivo, bajo ciertas condiciones que se verán seguidamente. El nivel relativamente alto de utilidades puede deberse a factores ajenos a la limitación de la concurrencia, como ser el nivel de riesgo del sector; la existencia de conocimientos técnicos, secretos o patentados, en poder de las empresas ya instaladas; los costos decrecientes experimentados por las empresas que operan en el sector, que sólo estarían al alcance de los nuevos competidores mediante el desplazamiento de aquellas, lo cual requeriría a su vez una guerra o disminución generalizada de precios que destruiría la rentabilidad del sector, y el hecho de tratarse de un sector en expansión, en el que el aumento de capacidad productiva no ha logrado dar alcance al crecimiento de la demanda, etc. En consecuencia, no bastará demostrar que el alto nivel de utilidades no ha dado lugar al ingreso de nuevas empresas o la expansión de las ya existentes, sino que será necesario investigar si no existen razones ajenas a los mercados de concurrencia, que haya ocasionado la situación indicada. Asimismo, puede ocurrir en un sector que exista un nivel normal de utilidades, estando la competencia en el mismo seriamente afectada, lo que ocurre, por ejemplo, cuando empresas que actúan en forma concertada limitan sus aumentos de precios para no atraer nuevos competidores al sector, o cuando es posible el acceso de nuevas empresas al mercado, lo cual reduce el nivel de utilidades, no existiendo, sin embargo, un comportamiento significativamente competitivo entre los oferentes y demandantes ya instalados.⁷

IV. La competencia en el sector bancario mexicano

1. El sistema financiero mexicano está compuesto por varias instituciones de crédito, cuatro de mucho más tamaño en comparación a los demás, por lo que en realidad podemos decir que estamos frente a un mercado oligopolístico.
2. Existe la figura del abuso colectivo del poder dominante por parte de varias empresas, que expresa o tácitamente se ponen de acuerdo para restringir la competencia. Esta se produce como resultado de una entente, que pueden pertenecer a un grupo de empresas (Grupo Carso) o no. Se trata de empresas que actúan juntas, como una entidad colectiva (STJCE 16 de marzo de 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports, S. A.*, *Compagnie Maritime Belge, S. A.*, y *Dafra-Lines A/S* comisión, Grimaldi y Cobelfret).
3. Habrá que responder qué es lo que convierte a una pluralidad de empresas en una entidad colectiva.

⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pp. 261 a 268.

4. La anterior vinculación económica puede tener su origen en un acuerdo, una decisión de asociaciones de empresas o una práctica concertada. (...)
5. Es necesario para ello que su aplicación tenga como consecuencia que las empresas afectadas estén concertadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado.
6. Si se quiere atribuir a la posición dominante colectiva un efecto útil, se entiende que habilita para aplicar la normativa antitrust a cada una de las empresas aisladamente.⁸

Es conveniente analizar si en el mercado bancario mexicano existe esa posición dominante colectiva –como le llama la doctrina europea–, ya que no se da la existencia de un banco con poder de fijar los precios o las demás condiciones de competencia sin verse afectados por esa decisión.

Y sobre ese particular, es muy llamativo que la Asociación Mexicana de Bancos de a conocer el límite máximo de créditos que otorgaría la Banca en 2003 (Declaraciones de Manuel Medina Mora en la Comisión Nacional Bancaria de 2003), a saber 176,000 millones de pesos. Si lo anterior fue verdad, existiría un cártel de producción y de posible reparto de mercados, sancionable por el art. 9 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Otra cuestionable práctica asumida por los bancos estriba en el cobro de elevadas comisiones por los servicios que prestan (operaciones de servicio o neutras en cuentas de orden). El 32% de los ingresos de los bancos provienen del cobro de comisiones, cifra más alta en la OCDE, según señaló en días recientes el Gobernador de Banco de México. El problema al que alude Ortiz es resuelto por los bancos argumentando que es el mercado el que fija el precio, a lo que yo añadiría si existiesen condiciones de competencia efectiva, según los parámetros señalados a lo largo del presente artículo, situación que no se da pues parece que se dan conductas paralelas entre las instituciones de crédito para el cobro de comisiones, lo que implicaría un acuerdo de fijación de precios sancionable por el art. 9 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

Por otro lado, la existencia de ganancias persistentes, sin venir correspondidas a un mayor volumen de operación de servicio de banca y crédito, ya que por ello se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el obligado a cubrir el principal, y en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados (art. 2 de la Ley de Instituciones de Crédito).

La captación de recursos del público en el mercado nacional, mediante esta actividad, el intermediario bancario se constituye en el sujeto pasivo deudor de una obligación crediticia, y el sujeto activo es indeterminado, pues se trata del público en general.

La colocación de recursos en el público son canalizados al público a plazos y a montos muy diversos a los que fueron captados. Con esta operación el banco se convier-

⁸ CALVO CARAVACA, Luis Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, op. cit., pp. 1062 y 1063

te en acreedor, ya sea directamente, ya sea por cuenta de terceros en una obligación crediticia. La misma se caracteriza en la ley como el acto que causa el pasivo de la obligación, un pasivo directo o contingente, en términos contables, provocando, por tanto, la necesidad jurídica para el propio sujeto pasivo de devolver esos recursos.

La intermediación: Los bancos son intermediarios en el crédito, porque utilizan en las operaciones activas, los mismos recursos que captan en las operaciones pasivas que realizan con el público en general.⁹

Los bancos no cumplen su papel principal, como señala De la Fuente, de ser intermediarios del crédito, de donde deben provenir la mayoría de las ganancias. Estas provienen del otorgamiento de crédito, del cobro elevado de comisiones y de la especulación en valores. Esto nos debe hacer pensar en un replanteamiento de la situación y papel de los bancos, ya que por un lado, no captan, porque ofrecen tasas irrisorias, y por la otra tampoco colocan. Una prueba de ello es que el otorgamiento de créditos para pequeñas y medianas empresas disminuyó un 2 al 3% en relación al año anterior justo el año pasado; no se colocaron los 176,000 millones que ofreció la banca, como una reina a la que se le va a pedir un favor para el pueblo.

Otro dato escandaloso es que la banca en 2003 incrementó sus ganancias en un 150%, cuando el país creció sólo al 1.2%, ganancias por cerca de 3,000 millones de dólares

A continuación haremos un análisis panorámico de la banca mexicana en 2003:

En el cuarto trimestre de 2003, la cartera total de crédito (CT) de la banca mexicana registró un incremento real de 0.72%, con un saldo de 987, 411 mdp. Este incremento se debió fundamentalmente a los Créditos Comerciales y al Consumo, los cuales aumentaron durante el trimestre 8,739 mdp y 10,651 mdp, respectivamente. Cabe señalar que los primeros no alcanzaban un crecimiento trimestral desde el 4T02, cuando tuvieron un incremento de 3.42% (11,002 mdp).

No obstante su crecimiento trimestral, la cartera de crédito total tuvo una disminución de 3.75%, equivalente a 38,496 mdp durante el año, caída que no se acentuó gracias a los créditos al consumo.

Los créditos al consumo registraron el mayor crecimiento dentro de la CT, incrementando su participación en 3.74pp. Al cierre de 2003, éstos constituyeron el 11.63% de la cartera total.

Con excepción de estos últimos los demás segmentos que conforman la CT, sufrieron disminuciones en el año. Destaca principalmente la cartera del IPAB, que experimentó una disminución del 15.04% (36,640 mdp), la cual representa el 95% de la caída de la CT. A su vez, estos créditos perdieron participación dentro de la CT en 2.79pp, por lo que al 4T03 representaron el 20.95% de ésta. Por su parte, los Créditos comerciales cayeron 4.82% (16085 mdp) constituyendo el 32% de la CT al cierre de 2003.

9 DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, Análisis y jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos, de la SHCP, Banxico, CNBV y ABM, tomo I, segunda edición, México, 2003, p. 11

Cartera vencida:

A partir del 2T02 la Cartera Vencida de la Banca Múltiple ha venido disminuyendo; ésta cayó 14.97% (5,477 mdp) en el trimestre, y 33.43% (15,624 mdp) en el año acumulando un saldo de 31,116 mdp al cierre de 2003. En 4T03 los movimientos de mayor impacto se dieron en las carteras vencidas de la vivienda y Comercial, con disminuciones en 3,779 y 1,777, respectivamente.

Como resultado de los cambios descritos tanto en la cartera de Crédito Total como en la vencida, el Índice de Morosidad (IMOR) del sistema pasó de 3.73% a 3.15% al 4T03, registrando un mínimo histórico desde 1991.

Captación de recursos:

Durante el 4T03 la captación total del sistema creció 5.83% (79,589 mdp) y 2.60% (36,549 mdp), registrando un saldo de 1,443,765 mdp. El principal movimiento de la estructura de captación se observó en los depósitos de exigibilidad Inmediata, que en el trimestre aumentaron el 15% (84,021 mdp).

Desde una perspectiva anual la composición de los recursos mejoró significativamente, al incrementarse la captación de fuentes de bajo costo y disminuir las más onerosas. Entre las primeras, los Depósitos de Exigibilidad Inmediata aumentaron su participación en la captación total del sistema a 44.23% (2.77 mayor que respecto a 2002). Adicionalmente se observó una reducción importante de los Préstamos Interbancarios, que perdieron 3.77%, con lo que su participación al 4T03 fue de cerca del 12%.

El cambio en la composición de la captación total, aunado a la caída de las tasas generales del mercado (la TIIE de fin de mes disminuyó 2.2555, colocándose en 6.28 al 4T03), que llevaron a reducir el costo de captación promedio total de la BM, que a finales de 2003 resultó de 3.3% (1.22 inferior al de 2002)

La participación total de los bancos a diciembre de 2003 fue:

Banco	Cartera total	Captación total
BBVA Bancomer	26.08	29.23
Banamex	18.29	19.96
Banorte	15.02	13.12
HSBC	11.66	1.83
Santander mexicano	6.66	6.78
Serfin	5.65	6.62
Scotiabank Inverlat	6.07	5.73
Inbursa	4.39	2.51

Estas cifras resultan especialmente interesantes si las comparamos con las de diciembre de 2002:

Banco	Cartera total	Captación total
BBVA Bancomer	25.08%	26.69
Banamex	19.24	23.91
Mercantil del Norte	15.46	13.28
HSBC	12.25	10.52
Santander Mexicano	6.85	6.76
Serfin	6.57	6.78
Scotiabank Inverlat	5.46	5.46
Inbursa	4.39	2.34

De los datos aportados, podemos sacar las siguientes consideraciones:

1. Los bancos siguen sin prestar dinero.
2. La captación se hace fundamentalmente a través de depósitos de disposición inmediata, que dificultan su préstamo a largo plazo. Hay que mejorar los instrumentos de captación de la banca.
3. No hay crédito a la producción, sino al consumo, lo cual no es tan malo (incentivando el consumo se incentiva la producción)
4. Se trata de un mercado bastante maduro en cuanto se refiere a participaciones de mercado, lo cual puede constituir un indicio de falta de competencia.

V. Conclusiones

Nosotros consideramos que una investigación de oficio de la Comisión Federal de Competencia, por fijación conjunta de precios, negativa de trato (negativa injustificada a tratar con el cliente), aunado a disposiciones generales que emita la SHCP o Banxico pueden fomentar la competencia en el sector, pues como ya señaló Vicente Fox "Sin crédito no hay desarrollo". Y el 32% del crédito ha provenido del gobierno. Los bancos no están cumpliendo la función social para la que fueron instituidos, por lo menos en México. Eso nos debe hacer pensar en una reestructuración de los mismos o el establecimiento de las reglas que forcen al banco a otorgar créditos y disminuyan su "monopolio" en el cobro de comisiones.

Como colofón señalamos las observaciones de Samuel Schmidt sobre la banca mexicana: "El sistema bancario mexicano era tan frágil a fin del siglo XX que una mezcla de inestabilidad con ambición desmedida le dio un golpe al país del que no se repondrá en muchos años.

No parece haber duda que uno de los factores que precipitó la gran crisis bancaria de los 90 fue que los beneficiarios de la privatización de los bancos eran personas sin experiencia bancaria y sin escrúpulos; veían a los bancos como máquinas de hacer dine-

ro y pensaban que debían amortizar su inversión en el menor tiempo posible, incluso con manejos que iban más allá de lo permisible legalmente.

Era tan poca la especialización profesional de los nuevos adquirentes de los bancos, que a sus dueños se les llamó peyorativamente como “neobanqueros”. Estos personajes carecían de la visión necesaria para crear una banca sólida que apoyara el desarrollo nacional; tampoco tenían los conocimientos sobre cómo operar bancos y finalmente carecían de la ética que requiere alguien a quien se le confía el manejo del dinero público. No sorprende la buena cantidad de escándalos bancarios que hemos resultado y la resultante huida de los banqueros que se prestaron a sí mismos sin garantías bancarias y, finalmente, la intervención del gobierno, pasándole la carga al país.”¹⁰

10 SCHMIDT, Samuel, Los grandes problemas nacionales, versión siglo XXI, Editorial Nuevo Siglo, pp. 160 y 161