

Colegio de Abogados de La Matanza

PONENCIA

Comisión: Temas Bancarios.

Autor: Eduardo A. BARREIRA DELFINO

LAVALLE 1425, piso 7º - (1048) Ciudad de Buenos Aires.

Tel. 4371 – 3919.

Correo electrónico: bdelfino@tccabogados.com.ar

Tema:

LA ACTIVIDAD BANCARIA NO ES SERVICIO PUBLICO

Conceptuar a la actividad financiera como servicio público no asegura el acceso al crédito institucional para los distintos sectores de la comunidad. Lo verdaderamente importante es diagramar un sistema financiero abierto, eficiente, competitivo y de reducido costo operativo, para apuntalar el desarrollo económico y el progreso social de todos los sectores de la población, sin distinciones.

La estructura y la visión reguladora de una ley de bancos y entidades o instituciones financieras, tiene la tentación de conceptuar a la actividad bancaria y financiera como una actividad concebida como “**servicio público**” o una actividad de “**interés público**”, como esquema más eficiente y orientado a satisfacer las necesidades transaccionales de ahorro y crédito de todos los habitantes de un país y así contribuir a su desarrollo económico y social.

La raíz jus-filosófica de uno y otro modelo son sustancialmente diferentes.

Bajo la primer óptica, procede interrogarse sobre: ¿qué se entiende por servicio público?, analizado ello desde el ángulo técnico jurídico objetivo y no como simple recurso “*verborum*”, que suele ser muy utilizado cuando se trata de difundir una campaña de contenido puramente subjetivo, mediático y simpático para la audiencia, como estrategia para lograr la aquiescencia de los potenciales destinatarios de la iniciativa.

Sobre este interrogante, debe reconocerse que no existe una conceptualización unívoca sobre que es un servicio público, ya que dentro del derecho administrativo reviste un sinnúmero de matices, generalmente inducidos por posicionamientos simplistas, políticos o ideológicos, que esfuman la posibilidad de una identificación conceptual que sea pacíficamente abordada por la doctrina y la jurisprudencia.

Recuérdese que la noción de servicio público nació en Francia, siendo caracterizado como una actividad de determinado tipo realizada por la Administración y ese concepto sirvió para la construcción del derecho administrativo fundacional, en el sentido que la relación con el servicio público

era lo que justificaba la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo y la naturaleza administrativa que se endilgaba a los convenios suscriptos con la Administración.¹

La noción de servicio público, fue aplicándose para regular determinadas actividades privadas y ese proceso fue configurando un régimen especial para ciertos tipos de actividad contingentes con políticas económicas, generalmente mutables por predominancias (y alternancias), de índole política e ideológica.

Ello explica que la concepción de servicio público sea *sensible* a las mutaciones, apareciendo, desapareciendo o reapareciendo, conforme se presente ese régimen jurídico en cada contexto político-económico que se analice.²

Y ello obedece a que frecuentemente el calificativo de servicio público es utilizado por aquellos que recurren a una retórica repetitiva pero vacía de contenido, a fin de difundir el concepto como un símbolo de soberanía nacional, para poder justificar la ampliación de la actividad estatal en el mercado financiero, bajo el pretexto de representar una palanca imprescindible para superar el subdesarrollo, aunque generalmente solo se persigue satisfacer intereses personales o sectoriales y en detrimento de la comunidad.

Así resulta la paradoja de que esa línea de pensamiento, tienda a producir similares o idénticos resultados, atrofias y frustraciones en el desarrollo nacional, que los modelos de pensamiento neoliberal. Pareciera que son funcionales entre sí como si fueran socios (voluntarios o involuntarios) del estancamiento. La historia de nuestro país así lo testimonia.

Por el contrario, la idea del interés público subyacente en la prestación de la actividad bancaria, conlleva hacia una mayor competitividad de las instituciones autorizara a intermediar en la oferta y demanda de recursos financieros por las responsabilidades jurídicas y económicas que asumen y por la sujeción al control permanente del Estado.

Lo cierto es que la doctrina delineó dos posiciones bien diferenciadas sobre la naturaleza de la actividad tipificada como intermediación financiera. Por un lado, se encuentran quienes consideran que se trata de una actividad comprensiva de un servicio público, que solo puede ser ejercida o concedida por el Estado; por el otro, quienes sostienen que se trata de una actividad de iniciativa privada, que debe ser autorizada por el Estado y quedar sometida al control permanente del mismo por estar destinada a satisfacer necesidades económicas y sociales de los integrantes de la comunidad.

Los primeros descreen de la potencialidad de la actividad particular y de las fuerzas mercado. Los segundos creen en ellas y reconocen la importancia del Estado como factor de orientación y supervisión de la actividad.

¹ SALOMONI, Jorge L. "Teoría general de los servicios públicos", AD HOC, Buenos Aires – Año 1997; COMADIRA, Julio R. "El derecho administrativo como régimen exorbitante", RAP, Buenos Aires – Año 2004; PEREZ HUALDE, Alejandro "El concesionario de servicios privatizados", DEPALMA, Buenos Aires – Año 1997.

² MUÑOZ SANCHEZ, Santiago "Servicio público y mercado", CIVITAS, Madrid – Año 1998.

Ante el servicio público, el mal funcionamiento de las instituciones crediticias, resultan de difícil o imposible sustitución. En cambio, bajo la noción de interés público, las entidades autorizadas ineficientes pueden experimentar la revocación de la autorización para funcionar y ser sustituidas o absorbidas por otras instituciones eficientes.

Postura del servicio público.

La primera de las posturas enunciadas, parte de la premisa que el servicio de intermediación en el ahorro y el crédito del público, constituye una actividad que debe calificarse como servicio público en atención a su trascendencia para la comunidad; consecuentemente, que debe ser ejercida por el propio Estado o, en su caso, bajo concesión o delegación del Estado.

Ello determina la especificidad de las regulaciones aplicables a la actividad, que ponen en evidencia la excepcionalidad de tan particular intermediación, circunstancia que la coloca en la posición de operar con un control cualitativo y cuantitativo de los recursos que las entidades financieras captan, administran y prestan.

Tal circunstancia, lleva a que los funcionarios públicos reemplacen en la práctica a los directores y gerentes profesionales en la administración y conducción de los negocios financieros.

Postura del interés público.

La segunda postura mencionada, considera que la intermediación financiera es una actividad que pueden y deben realizar los particulares, en función del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, pero que tal actividad se encuentra sujeta a las limitaciones establecidas en la ley y en las normas reglamentarias pertinentes, de modo de permitir que la autoridad de aplicación y regulación de la actividad, pueda ejercer la supervisión, la fiscalización y el contralor del mercado financiero, de manera preventiva y eficientemente, dictando decisiones de conformidad con la ley, que limitan el ejercicio de los derechos, a través del denominado manejo del poder de policía administrativo.

El interés público o general comprometido, justifica la limitación de la ejecución libremente de la actividad por los particulares y, consecuentemente, la necesidad de éstos de obtener autorización para prestar el servicio financiero.

Ahora bien, la prestación actual del servicio financiero a cargo de particulares, no es realizada por monopolios, carteles, trust o grupos bancarios dominantes - nacionales o internacionales - que impidan o dificulten el ejercicio de la decisión soberana de las autoridades estatales en materia de crédito y financiamiento. Más aún, los tres bancos públicos más importantes (Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires), comprenden aproximadamente la mitad de la totalidad de los depósitos del sistema financiero, por lo que la capacidad prestable de la banca pública resulta significativa.

¿Qué es un servicio público?

En función de los antecedentes habidos en la materia y a fin de precisar lo más objetivamente posible un concepto de servicio público, se puede caracterizar como aquella actividad esencialmente técnica y organizada, de contenido económico o social, cuya titularidad corresponde al Estado, la cual puede ser prestada directamente por este último (servicio público propio) o indirectamente, a través de los particulares (servicio público impropio).

Tal caracterización, inexorablemente, debe comprender la prestación de una actividad esencial y vital para la colectividad, con el fin de cumplir cometidos de bienestar y proyección social. Por tal motivo, es deber ineludible del Estado garantizar la prestación de tal tipo de actividad.

Por lo tanto, la actividad sometible a ese régimen jurídico especial que la califica como servicio público, debe responder a un interés general absoluto, que debe procurar la satisfacción de una necesidad colectiva también absoluta, es decir, que abarque a todos los habitantes de la Nación, provincia o municipio, sin diferenciaciones ni exclusiones de ninguna índole, en razón de concebirse que nadie puede ser privado de tal servicio, bajo ninguna circunstancia (justicia, salud, agua potable, energía, transporte de pasajeros, alumbrado público, recolección de residuos, etc.).

Tal caracterología de por sí “*erga omnes*”, conlleva y explica que los servicios públicos deban prestarse de manera:

- Obligatoria;
- Permanente;
- Uniforme;
- Regular;
- Continua; y
- Sin propósito de ganancia o lucro.

“La intermediación financiera no reviste tales caracteres”.

Siguiendo lo expuesto, resulta evidente que el servicio de la intermediación financiera **no es para todos** los habitantes del país, sino solo para aquellos que por su actividad generan recursos, lo que les permite contar con capacidad de ahorro para invertir (unidades económicas superavitarias) o con capacidad de pago para endeudarse (unidades económicas deficitarias). Recuérdese que toda persona física o jurídica, desde la óptica de su comportamiento económico, reviste carácter “*bicéfalo*” en la administración de su patrimonio, en tanto su aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones.

El sistema financiero internacional, así ha interpretado el fenómeno de la intermediación financiera, por ser la única manera eficiente de proteger a los ahorristas que invierten en los mercados institucionalizados y permiten canalizar la asistencia crediticia. Es por esa razón, que las autoridades de supervisión bancaria y financiera, vienen dictando principios y recomendaciones prudenciales de comportamiento –que si bien son facultativas, la mayoría de los países los incorporaron en sus legislaciones

positivas- con el especial objetivo de resguardar la liquidez y la solvencia de las entidades financieras a la par de tutelar el buen funcionamiento de los mercados financieros.

Para aquellos habitantes que no pueden calificar como sujetos de crédito, será el Estado quien debe aportar la solución mediante el otorgamiento de subsidios o asistencias reintegrables o no reintegrables, para permitirles satisfacer necesidades de dinero para consumo, vivienda, educación o salud, sin necesidad de fondear los recursos utilizables con los depósitos de los ahorristas.

Recuérdese que entre las causas que originaron la denominada crisis “*sub prime*” en los Estados Unidos y que luego adquirió ribetes internacionales, de tal magnitud, que llevó a los líderes mundiales a discutir la necesidad de diseñar y sentar las bases de un nuevo sistema financiero nacional, se menciona a la laxitud en el ejercicio de los controles prudenciales por parte de los reguladores estatales. Ello posibilitó el otorgamiento de líneas de financiamiento a quienes, en realidad, no calificaban como sujetos de crédito, sembrando la formación de la famosa “*burbuja*”.

Esto nos indica categóricamente que el análisis del riesgo crediticio deviene en trascendental para el buen funcionamiento del mercado financiero y para la debida protección sistémica de los ahorristas, de modo tal que –objetivamente– cualquiera no puede tener acceso al crédito sino solamente aquéllos que acrediten poder afrontar sus compromisos, para evitar que el circuito de la intermediación financiera (depósito – préstamo – pago del préstamo – restitución del depósito) no se vea desnaturalizado y viciado en su dinámica.

En la hipótesis de considerar como servicio público a la actividad financiera, ello lleva a plantearse algunos interrogantes:

- a) ¿la situación actual realmente va a mejorar o es un simple acto de voluntarismo?
- b) ¿el otorgamiento de crédito para cualquier solicitante se torna obligatorio?
- c) ¿dicha obligatoriedad, conlleva eximir a las entidades financieras de evaluar el riesgo crediticio y la capacidad de pago de cada solicitante?
- d) ¿ante la incertidumbre sobre las posibilidades de pago de quien recibe el préstamo, es necesario solicitar el conforme de los ahorristas para que se otorguen las asistencias financieras en esas condiciones? (no debe olvidarse que la morosidad es el cáncer del sistema y el enemigo del ahorrista).
- e) ¿la eventual morosidad no exige que se modifiquen los códigos e instituciones procesales para permitir que el recupero de los préstamos incumplidos sea lo más rápido e íntegro posible, de modo de reponer la capacidad prestable y permitir satisfacer las necesidades crediticias de la comunidad?
- f) ¿las limitaciones de las tasas de interés activas no incidirían en la reducción de las tasas de interés pasivas, desalentando las imposiciones?
- g) ¿el volumen potencial de los depósitos de ahorro, ante ese panorama, no podrían derivar hacia afuera del sistema financiero e, incluso, del país?

- i) ¿la liquidez y la solvencia de las entidades financieras no corre el riesgo de resentirse, al mermar los depósitos canalizables en préstamos?
- j) ¿el Estado estaría en condiciones presupuestarias de afrontar la garantía estatal de los depósitos de los ahorristas, en caso de entidades que tuvieran que cerrar y ser liquidadas?
- k) ¿la garantía estatal de los depósitos puede facilitar la transformación de los ahorros captados marginalmente o en negro, en imposiciones blanqueadas ilícitamente para que luego deba soportarlas el Estado?

Evidentemente, el riesgo sistémico se vería seriamente comprometido.

Si comparamos los datos oficiales del año 1975 (servicio público) con el año 2010 (servicio privado de interés público), veremos con sorpresa que los volúmenes de depósitos de ahorro y de préstamos acordados, la cantidad de cuentas corrientes/cajas de ahorro operativas y la número de tarjetas de crédito/débito en funcionamiento, son tremendamente superiores en el 2010, lo cual significa que el sistema actual ha sido beneficioso para la sociedad, por ofrecer mayores posibilidades de acceso al crédito y a los servicios financieros por parte de sus integrantes.

Los problemas socio-económicos de la sociedad no se solucionan con voluntarismo ni calificativos altisonantes. El sistema financiero será eficiente, en la medida que la inflación sea estable y bien administrada y las entidades financieras autorizadas a funcionar, sean verdaderos administradores crediticios (servicio de interés público) y no meros mandatarios (servicio público).

En este sentido, las reformas introducidas por la Ley 26.739, a la Carta Orgánica del BCRA, diluyen la naturaleza jurídica de la actividad financiera.