

Caracterología institucional de la intermediación financiera

Por

Eduardo Barreira Delfino

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los mercados financieros. 2.1. Sobre el mercado monetario. 2.2. Sobre el mercado de capitales. 2.3. Sincronización funcional y efecto sistémico. 3. Carácter sistémico de la actividad financiera. 4. Naturaleza de las normas reguladoras. 4.1. Sobre las normas de estructura. 4.2. Sobre las normas de coyuntura. 5. Tipificación de la intermediación financiera. 5.1. Centralización y descentralización de los depósitos. 5.2. Concepto de actividad financiera. 6. ¿La intermediación financiera es servicio público o es de interés público? 7. Principios de legalidad y razonabilidad. 8. Corolario.

1. Introducción

El art. 1° de la Ley 21.526 de Entidades Financieras textualmente establece:

“Quedan comprendidas en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”.

Tal prescripción data de hace más de tres décadas, sin embargo conviene precisar jurídicamente los alcances del concepto de “intermediación financiera”, para evitar algunas confusiones o distorsiones que en la práctica suelen incurrirse.

Ello habrá de reafirmar tal concepción, principalmente teniendo en cuenta que, conforme es de público y notorio, han trascendido tres proyectos de reforma de la citada ley que tienen entrada parlamentaria y se encuentran bajo análisis de comisiones, los cuales en este aspecto, siguen los mismos lineamientos de la norma referida precedentemente¹. Es decir, la concepción de la actividad

¹ Proyecto Heller: “Art. 3°. Se denominan entidades financieras y quedan comprendidas en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas jurídicas, sean estas privadas o públicas -estatales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”.

Proyecto Pinedo: “Art. 2°. Actividad financiera. Definición. La actividad financiera es el servicio///

financiera que amerita quedar comprendidas en la ley de la materia, por parte de quienes la realicen es la misma.

2. Los mercados financieros

Una realidad indubitable permite comprobar que los gobiernos, empresas e individuos, sin importar su tamaño y envergadura, se movilizan al compás de los mercados financieros.

La dinámica de la economía real y los circuitos de la producción, la comercialización, el consumo y la inversión, presentan altibajos temporales en la fluidez de los flujos de cobros y pagos que se generan continuamente. Ello conduce a la necesidad de mecanismos que posibiliten la transferencia de recursos de sujetos económicos con superávit de liquidez hacia sujetos económicos con déficit de liquidez.

Tal objetivo puede lograrse en una economía centralizada, a través del Estado, lo que no es aconsejable, puesto que la historia contemporánea demuestra el fracaso de estos modelos, por quedar subordinados a las discrecionalidades funcionales e intereses políticos partidarios o personales de los gobernantes y autoridades de turno (entorno que se ve más agravado en los países latinoamericanos).

Pero en una economía de mercado, esa función de acercamiento la desarrollan agentes especializados autorizados para actuar en los mercados que integran el sistema financiero, quienes actúan bajo regulaciones y supervisiones del Estado que tiene la misión de prevenir desequilibrios, disfunciones o malas conductas de tales operadores, a fin de cuidar el ahorro de los ciudadanos y permitir satisfacer las necesidades de financiación de todos los sectores de la sociedad.

Surge así la trascendencia de la existencia de un sistema financiero, donde se posibilita el comportamiento de las variables del ahorro y la inversión, a la par que se facilitan los pagos e intercambios en el sistema económico, para lo cual su funcionamiento integral y de conjunto debe ser eficiente en la asignación de los recursos, lo que requiere equilibrio en la gestión de la intermediación financiera sin perturbaciones o turbulencias en los flujos de los recursos transables.

///de interés público consistente en la intermediación de recursos financieros prestables realizado por las entidades autorizadas a tal efecto de acuerdo con las disposiciones de esta ley". Proyecto Milman: "Art. 2°. Quedan comprendidas en esta Ley las personas o entidades privadas o públicas -oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros".

Téngase presente que los mercados financieros cumplen tres funciones trascendentes:

- Intermediar y/o contactar a intermediarios y agentes especializados con los sujetos económicos superavitarios y deficitarios.
- Pautar la fijación del precio de los activos financieros, en función de los tipos y tasas de interés que se vayan formando.
- Proporcionar liquidez a los activos financieros pasibles de transacción.

Por su parte, las instituciones o agentes autorizados para intermediar (mercado de dinero) o contactar (mercado de capitales), permiten resolver a los gobiernos, empresas e individuos: los costos de transacción operativos, el descalce temporal entre horizontes de inversión y de repago y las asimetrías de información².

Resulta innegable, entonces, la responsabilidad que tienen los Estados en la organización y supervisión del funcionamiento de los sistemas financieros, en resguardo de la confianza del público con miras a inducir la colocación de sus ahorros para su canalización hacia el financiamiento de la economía en general.

Esta responsabilidad se traduce en el dictado de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de acceso a la actividad bancaria y financiera institucionalizada de las entidades o agentes financieros, las que competirán entre sí y administrarán los recursos del público como en lo atinente a la vigilancia y control del comportamiento operativo de los mismos, para prevenir distorsiones de la competencia o irregularidades que pongan en riesgo el sistema en su integridad.

La normativa reguladora no solo se limita al ámbito jurisdiccional de cada Estado sino que también trasciende las fronteras nacionales, por vía de acuerdos, convenios o tratados con otros países, conforme sean las características de la intervinculación existente y el encuadre jurídico pertinente (Normas de Basilea, directivas bancarias de la Unión Europea, etc.). Más aún, la responsabilidad normativa apuntada también subsiste en los casos en que los Estados admitan y permitan que los propios agentes bancarios y financieros dicten determinadas reglas dentro del ámbito de su propia actividad (proceso denominado como autorregulación).

² Basaluzzo, Gabriel, Los mercados financieros. En: *Colección Master en Negocios-Finanzas*, VI-93, Buenos Aires, AGEA, 2009.

Abordando la problemática normativa, el Estado asume el rol asignado institucionalmente e interviene mediante el dictado de leyes, disposiciones y normas que regulan la actividad financiera institucionalizada como así también la de los agentes que la desarrollan, las que en conjunto constituyen lo que se denomina el “*derecho bancario y financiero*”.

En este orden de ideas, el sistema financiero institucionalizado se encuentra integrado por dos segmentos bien diferenciados, en cuanto a su estructura, normativa, funcionalidad, agentes operativos e instrumentos financieros se refiere, a saber:

- El mercado monetario (*money market*).
- El mercado de capitales (*capital market*).

2.1. Sobre el mercado monetario

Este mercado, también conocido como mercado de dinero o crédito o bancario, es el encargado de atraer, administrar y canalizar las ofertas y demandas de recursos financieros, con destino al financiamiento del consumo de las personas físicas y al financiamiento del capital de giro o de trabajo de las empresas.

Así es factible observar un doble ámbito de financiamiento, en un proceso de bifurcación cada vez más notorio, el de la “*banca individual, personal o de consumo*” y el de la “*banca comercial, empresarial o corporativa*”, bifurcación que no puede pasar inadvertida desde la óptica de la vinculación con la clientela de uno y otro sector y, en particular, desde la defensa del cliente bancario o consumidor financiero, tutela de raigambre constitucional a partir de la reforma introducida a la Carta Magna en el año 1994 (art. 42° de la Constitución Nacional).

En el mercado monetario, los plazos de financiamiento, en sus diversas modalidades, generalmente abarcan las asistencias de corto y mediano plazo (salvo las líneas de préstamos hipotecarios que, por naturaleza, son de largo plazo).

La captación, administración y canalización de los recursos financieros queda bajo la responsabilidad operativa de las entidades financieras -bancarias y no bancarias- habilitadas para tal función institucional por la autoridad de aplicación del régimen legal pertinente.

Esta autoridad de aplicación en el país es el Banco Central de la República Argentina (Ley 24.144), quien tiene asignadas bajo su órbita cuatro funciones prioritarias, a saber:

- La de preservar el valor de la moneda, a cuyos efectos debe velar por la eficiente administración de sus reservas;
- La de regulador monetario, para poder ejercer el mandato constitucional de tutor del valor de la moneda;
- La de supervisor del buen funcionamiento del mercado y de sus agentes habilitados; y
- La de ejecutar la política cambiaria, diseñada por el Congreso de la Nación.

2.2. Sobre el mercado de capitales

Este otro mercado, también conocido como mercado de inversión o de valores o bursátil, es el que posibilita la movilidad de recursos financieros con destino al financiamiento de los proyectos de inversión o de capitalización de las empresas. Incluso posibilita el diseño de estrategias y productos financieros de carácter transnacional.

Los plazos de financiamiento tienden al mediano y largo plazo. La movilización de los recursos financieros se materializa a través de las bolsas y mercado de valores, agentes y sociedades de bolsa, extrabursátiles y de los fondos comunes de inversión debidamente autorizados para desarrollar la actividad, por la autoridad de aplicación del régimen legal aplicable.

Esta autoridad de aplicación en el país es la Comisión Nacional de Valores (Ley 17.811), quien tiene a su cargo diversas funciones esenciales, como ser:

- Autorizar la oferta pública de títulos valores.
- Supervisar el buen funcionamiento del mercado y de sus agentes.
- Tutelar la transparencia operativa y evitar la manipulación de información financiera.
- Asesorar técnicamente al Poder Ejecutivo Nacional en materia de bolsas y mercados de valores.

2.3. Sincronización funcional y efecto sistémico

Señalados en grandes líneas los perfiles de ambos mercados, procederé a resaltar que los mismos deben funcionar de manera sincronizada e interdependiente, de modo que los flujos de fondos circulen en forma continua, ordenada

y recíprocamente entre ellos, de modo de garantizar la liquidez sistémica y, consecuentemente, asegurar que el funcionamiento del sistema financiero cumpla su rol institucional de “*megainstrumento*” de canalización y distribución de los recursos financieros, a fin de hacer factible el financiamiento de las diversas actividades y segmentos que conforman la dinámica socioeconómica de la Nación.

Tal intervencionalidad exige que, tanto uno como el otro mercado, tengan un grado de desarrollo razonablemente similar o equivalente, ponderado en función del volumen de los recursos financieros transables como de la cantidad de personas que acceden e interactúan en ambos mercados. La falta de sincronización o el disímil desarrollo entre los mercados, conspira contra el buen funcionamiento integral del sistema financiero y constriñe la fluidez de las expectativas sociales de financiamiento, en todos sus niveles.

Esta interrelación puede darse por medio de operaciones y servicios financieros que se desarrollan en los dos mercados. Cuanto más variada sea la gama de operaciones e instrumentos disponibles en uno y otro ámbito, más fluida será la interacción y la circulación de los recursos financieros, facilitándose el acceso a todos los sectores sociales.

A título ilustrativo, me atrevo a resaltar la trascendencia del “*underwriting*” y de la “*securitización*” o titulización, ambas catalogadas como operaciones o técnicas de financiación moderna o sofisticada.

Mediante el *underwriting* se logra canalizar recursos existentes en el mercado monetario para financiar las emisiones de títulos valores de empresas públicas o privadas (acciones, obligaciones negociables o bonos), para su ulterior suscripción y colocación entre inversores del mercado de capitales. Los bancos comerciales y de inversión, se considera que son los agentes autorizados para realizar este tipo de operaciones de financiamiento (art. 21 y 22 de la Ley 21.526), en virtud de sus estructuras de capital, patrimonio y apoyo logístico.

Por su parte, a través de la titulización se persigue el fraccionamiento de créditos originados en el mercado monetario y la representación de las fracciones obtenidas mediante títulos valores o valores negociables (de deuda o de participación), emitidos en serie, de igual importe y condiciones de emisión, suscripción y amortización, para su colocación en el mercado de capitales (por oferta pública o privada), de modo de posibilitar la recuperación de la capacidad de prestación financiera del acreedor (originario-cedente) y permitirle reciclar el proceso de financiamiento a través del otorgamiento de nuevos créditos, para su ulterior titulización y así sucesivamente, o bien, facilitarle la recuperación de liquidez y capacidad de giro financiero o de inversión.

El tránsito de los recursos financieros de un mercado a otro y viceversa tiene lugar bajo riesgos diferentes para los agentes habilitados para operar. En el mercado monetario, las entidades financieras tienen a su cargo la *"intermediación"* en la oferta y demanda de recursos financieros.

Desde la óptica jurídica el término *"intermediación"* no puede interpretarse conforme la concepción tradicional del Derecho Comercial, respecto del acercamiento que hace una persona para que dos partes ajenas celebren un negocio determinado.

La intermediación financiera va más allá de la concepción mercantilista, puesto que las entidades financieras toman el dinero del público por sí y para sí, para luego prestar ese dinero, también por sí y para sí; de modo tal que asumen inexorablemente el riesgo de la restitución de los depósitos captados al momento de su respectivo vencimiento, como así también el riesgo de la morosidad emergente de los préstamos no abonados a la época de su respectivo vencimiento contractual.

En la intermediación comercial hay un solo negocio: el celebrado entre las partes acercadas por el intermediario (por ejemplo, compraventa inmobiliaria). El intermediario no integra el negocio; simplemente acerca a las partes negociantes y, por ende, queda afuera de la relación principal nacida con la concreción del negocio.

En la intermediación financiera hay dos negocios (independientes jurídicamente aunque interdependientes económicamente):

- Por un lado, el celebrado entre el ahorrista y la entidad financiera (depósito).
- Por el otro, el realizado entre la entidad financiera y el prestatario (préstamo).

El intermediario financiero está involucrado inexcusablemente en uno y otro negocio. Es parte integrante de cada una de las relaciones principales originadas y, por consiguiente, debe responder en uno y otro caso, según por ley corresponda.

El eje principal de las transacciones financieras es la propia entidad financiera, atento su doble función de captación y colocación de recursos financieros del público en general.

Por el contrario, en el mercado de capitales, los agentes habilitados tienen a su cargo la *"mediación"* entre quienes necesitan recursos financieros para

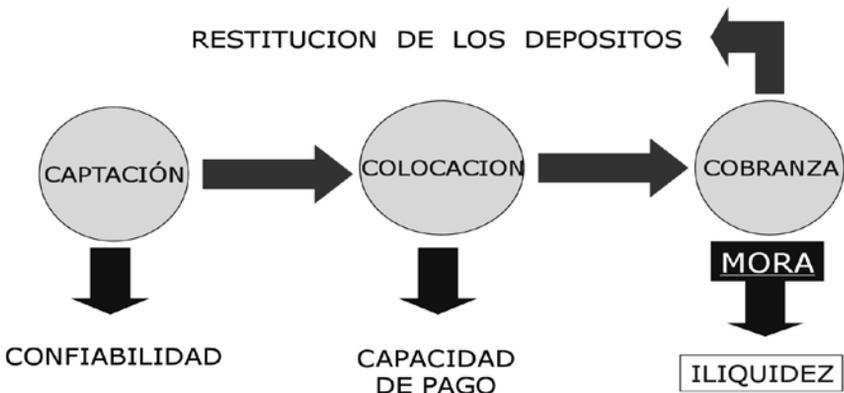
utilizar (sujeto deficitario) con quienes poseen recursos financieros para invertir (sujeto superavitario).

En función de ello, informan, asesoran y acercan a tomadores y colocadores de fondos, sin insertarse en la transacción financiera resultante. En este contexto, quien interconecta a inversor y tomador, no asume los riesgos puntualizados en el caso de las entidades financieras, dado que no toman ni prestan recursos financieros por sí y para sí; pero contraen otros riesgos, como ser, el de "volatilidad" por las bruscas oscilaciones de valor que pueden experimentar los títulos o activos financieros que coticen o se negocien y el de "transparencia", por la forma de actuación y la calidad de información que desplieguen ante emisores, inversores y reguladores.

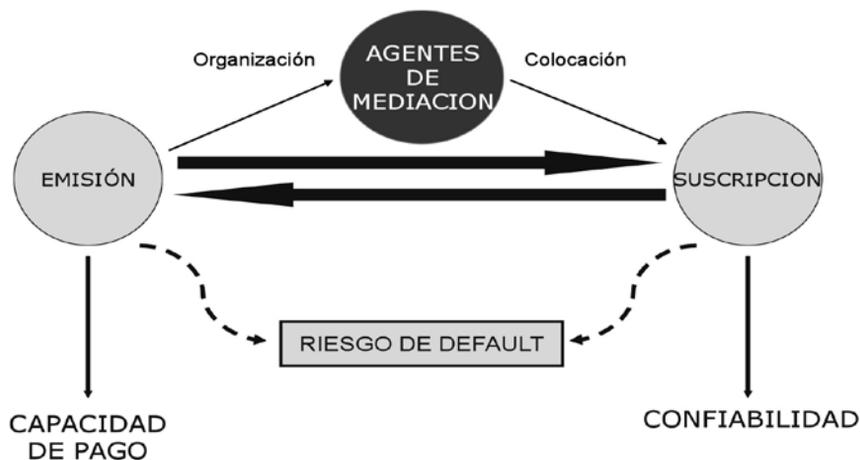
Así como la "morosidad" es la principal preocupación que deben prevenir las entidades financieras, el "default" es la principal preocupación que deben ponderar las bolsas y mercados de valores y los fondos comunes de inversión.

Descripto sintéticamente la estructura y conformación del sistema financiero nacional -integrado por el mercado monetario y el mercado de capitales- procede resaltar la noción de sistema como concepción fundamental para entender e interpretar el andamiaje jurídico regulador de la actividad en general y de cada una de la multiplicidad de relaciones jurídicas que se constituyen, transforman y extinguen todos los días, condicionando en su conjunto la salud y el porvenir del sistema financiero en su integridad.

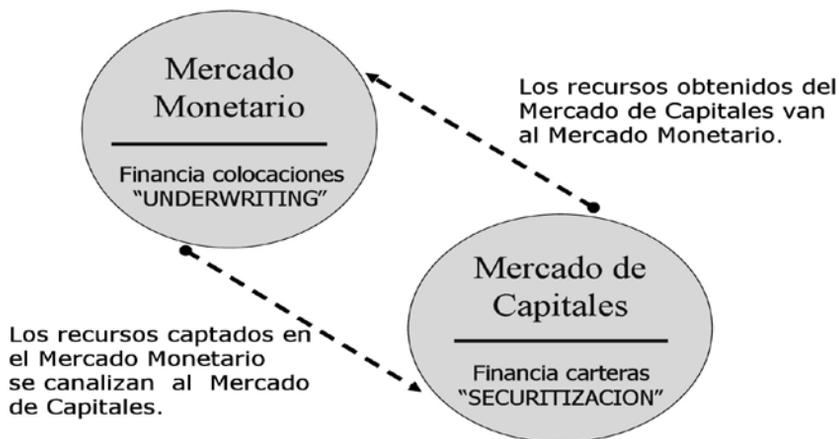
La intermediación financiera.



La mediación financiera.



Vinculación entre ambos mercados.



3. Carácter sistémico de la actividad financiera

A título preliminar del tema bajo análisis, considero primordial definir si la actividad bancaria institucionalizada es una especie de actividad mercantil y, por ende, encuadrada dentro del ámbito del Derecho Comercial. O bien, si dicha actividad exorbita tales límites, y presenta perfiles y particularidades propios que exceden los lineamientos reguladores que ofrece el Derecho Comercial.

En mi opinión, la actividad bancaria avanza más allá del Derecho Comercial, en virtud de resultar insuficiente como continente regulador del funcionamiento como de la operatoria de las entidades financieras y de la autoridad de aplicación en cuanto a los alcances y trascendidos -tanto en la órbita pública como en la privada- de los intereses comprometidos, todos ellos inexorablemente vinculados y condicionados entre sí.

Surge así como factor que tipifica la actividad bancaria, el carácter sistémico de la misma, al que defino como el conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que diariamente se constituyen, transforman o extinguen en el seno del mercado monetario y que se encuentran sujetas a los términos y condiciones pactados expresamente entre las partes (regulación directa), pero también a las disposiciones normativas dictadas por la autoridad de aplicación (regulación indirecta), de modo tal, que cada operación o relación jurídica no puede evaluarse ni interpretarse aisladamente sino como parte integrante del conjunto de ellas, única manera de concebir el funcionamiento del sistema financiero si se pretende un sistema competitivo y eficiente y un acceso irrestricto a los servicios financieros por los sectores del consumo y de la producción de bienes y servicios.

Esto significa que la suerte de cada operación bancaria o el funcionamiento de cada entidad financiera, no puede considerarse y tratarse de modo autista sino inmerso en el conjunto de unas y otras, en atención a la indubitable repercusión o resonancia que cada situación tiene y trasciende en todos los restantes intervinientes de la dinámica del mercado. Ello es así, por estar en presencia de un "sistema".

La existencia de un sistema implica que el ámbito donde se desarrollan las operaciones bancarias y financieras y se movilizan los recursos inherentes, no solo es cambiante y dinámico sino, además, interconectado en su integridad, de modo tal que, todas las partes intervinientes que ingresan y operan en el sistema son *interdependientes* y están sujetas -inexorablemente- a influencias de unas y otras.

El concepto de sistema trasladado al mercado monetario es vital, pues proporciona un marco de referencia que permite analizar, condicionar, inducir e interpretar las conductas y los problemas de comportamiento de la organización

monetaria, entendida como organización de los flujos de recursos financieros derivados de la oferta y demanda pulsada por colocadores y tomadores de fondos.

Adquiere relevancia así, la idea de "*intereses mutuos*" que impregna al sistema, en el sentido de que la organización monetaria necesita a las personas y estas también necesitan de aquella.

Si no existieren estos intereses mutuos, no tendría sentido crear, regular y supervisar la oferta y demanda de recursos financieros e impulsar la sincronización de las conductas de prestamistas y prestatarios en procura de la fluidez y seguridad de las transacciones dinerarias.

Ese interés mutuo institucional, permite generar metas superiores a través de la integración de los esfuerzos y los recursos de las entidades financieras y de sus respectivas clientelas.

Así, el sistema involucra un sinnúmero de variables de comportamiento que se encuentran directa o indirectamente entrelazadas, por lo que cualquier acto individual, no solo surte efectos respecto de a quién va dirigido sino que también repercute y ejerce influencia más allá de sus límites y entornos naturales.

Ello significa que toda toma de decisión trasciende la situación inmediata y surte efectos, también, en el sistema global.

La actividad bancaria y financiera regulada por la Ley 21.526, debe entenderse como que configura un sistema, puesto que encierra un conjunto complejo de relaciones humanas que interactúan en diversas formas.

Esos comportamientos tienen repercusiones directas o indirectas en los demás. Si bien tales repercusiones pueden ser relevantes o insignificantes, todos los que intervienen en el sistema son mutuamente interdependientes. Por ello, los integrantes de un sistema (cualquier sea su rol), deben tener plena conciencia de su entorno de actuación y de su influencia en los otros miembros del sistema.

En esta tesitura, adquiere trascendencia el "*equilibrio*" del sistema, que se da cuando existe un balance dinámico funcional entre sus partes interdependientes. Este equilibrio es dinámico (día a día) y no estático, pues el sistema registra movimientos constantes, cambiables y multidireccionales.

El movimiento continuo del sistema, dentro de una razonable proyección uniforme es saludable. Lo preocupante es el riesgo de alteración de esa uniformidad.

Los cambios permanentes que motorizan ese movimiento continuo pueden ser funcionales (favorables para el sistema) o disfuncionales (desfavorables para el sistema). En este sentido, los cambios disfuncionales menores que ocurren en un sistema se absorben por medio de ajustes internos y se restablece el equilibrio. Por el contrario, los cambios disfuncionales relevantes pueden afectar el equilibrio del sistema, resintiendo su funcionamiento normal, lo que impone el restablecimiento de un nuevo equilibrio.

El ordenamiento legal que regula la actividad bancaria y financiera debe comprenderse e interpretarse en su aplicabilidad, bajo la óptica de la tutela del equilibrio funcional de un sistema (conjunto de entidades, clientes y autoridades que interactúan).

Como todo *"sistema"*, el bancario también tiene sus *"reglas de juego"*, a las cuales deben ajustarse todas aquellas personas que ingresen al mismo, sea como intermediario financiero, inversor o tomador de recursos; sea del sector privado como del público. Consecuentemente el ingreso implica el acatamiento de tales reglas (presentes o futuras) y la asimilación de sus consecuencias (favorables o desfavorables).

En este orden de ideas, la morosidad de los prestatarios, no solo afecta la liquidez y solvencia de la entidad financiera prestamista sino que también se traslada al resto del sistema, ya sea mediante alzas de las tasas de interés, comisiones o aranceles o de mayores requisitos para acceder al crédito o nuevas exigencias técnicas dictadas por la autoridad de control, que repercuten directamente y condicionan las políticas de crédito de las entidades.

De modo tal, que los efectos singulares de cada crédito moroso inexorablemente se trasladan al sistema y generan efectos colectivos, que inciden en todos los que interactúan en el mercado monetario.

En esta concepción de actividad bancaria y financiera *"sistémica"*, convergen intereses públicos y privados, por lo que el Derecho Comercial resulta insuficiente para regular y dirimir las complejas relaciones jurídicas que se generan y se influyen, recíprocamente, con la particularidad de que siempre se encuentra *"flotando"* como finalidad última, la tutela del bienestar general.

En razón de ello, la normativa reguladora de la actividad bancaria reviste en toda su dimensión ontológica un intenso interés público, en atención a que las entidades financieras tienen una singular importancia en la economía moderna y nacional, por cuanto ellas son depositarias del crédito público que crea confianza del ahorrista o inversor y, a la vez, prestadoras del dinero acumulado a empresas y particulares para ayudar a su desarrollo económico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente, que la legislación reguladora y ordenadora de la actividad bancaria y financiera, responde a razones de bien público y de necesario gobierno y que su base normativa se encuentra en la propia Constitución Nacional.

No quedan dudas, pues, de que la actividad bancaria y financiera institucionalizada reviste carácter sistémico y que la normativa reguladora de la misma, trasciende los límites naturales del Derecho Comercial, tanto en lo atinente al rol asignado a las entidades financieras y su vinculación con la autoridad rectora del sistema financiero, como a las relaciones que generen con la clientela en el desarrollo de las operaciones.

En este contexto, es importante el diseño y la existencia de un macro escenario propicio, que necesitan imprescindiblemente los sujetos públicos y privados para la realización y proyección de sus actividades económicas. Allí se advierte el rol de un banco central, en su misión de tutor del valor de la moneda y de supervisor del funcionamiento del sistema financiero, para encarrilar la actividad económica y arbitrar la colisión de intereses que se suscitan habitualmente entre las personas.

4. Naturaleza de las normas reguladoras

Desde el punto de vista normativo, el conjunto de leyes, decretos y disposiciones reglamentarias que tiene por finalidad regular la actividad bancaria y financiera como la conducta de los agentes habilitados para desarrollarla institucionalmente, puede dividirse en dos categorías bien definidas y diferenciadas, a saber:

- *Normas de estructura*: denominadas así porque la situación normada tiende a revestir cierto grado de estabilidad y perdurabilidad necesaria para brindar seguridad jurídica y, consecuentemente, abordan aspectos sustanciales de las operaciones bancarias.
- *Normas de coyuntura*: denominadas así porque la situación normada tiende a reflejar su transitoriedad y posible mutabilidad, razón por la cual, tratan aspectos técnicos operativos.

Por su parte, tanto las normas de estructura como de coyuntura se subdividen en dos clases, según sea la preponderancia de Derecho Público o de Derecho Privado que reflejen sus respectivos contenidos y alcances reguladores.

Las primeras, o sea las normas preponderantemente públicas, regulan las relaciones entre las autoridades públicas, y las entidades y agentes tanto bancarios como financieros habilitados.

Las segundas, es decir las normas preponderantemente privadas, regulan las relaciones entre las entidades y agentes bancarios y financieros autorizados con sus clientes, y las operaciones que se realizan entre ellos. Normas de estructura de Derecho Público.

La jurisprudencia ha convalidado esta diferenciación, ya que en diversas oportunidades ha sostenido que en el Derecho Bancario cabe la distinción entre las normas que afectan a la actividad bancaria, es decir, a los bancos como personas jurídicas y las normas que afectan a las operaciones que el banco realiza. Las primeras corresponden al Derecho Público Administrativo y las últimas al Derecho Privado e integran el Derecho Contractual Bancario.

4.1. Sobre las normas de estructura

Las normas de estructura son leyes, tanto en lo formal (dictadas o ratificadas por el Poder Legislativo) como en lo material (revisten carácter coercitivo para poder imponer la conducta deseada y contemplan sanciones o responsabilidades para los supuestos de incumplimiento). En atención a su origen, la responsabilidad por el mérito, oportunidad o conveniencia de la norma dictada y los resultados obtenidos, recae sobre los legisladores. Estas normas deben considerarse intrínsecamente perdurables, es decir, que tienen que perdurar en el tiempo, por lo menos durante un lapso razonable en función de la finalidad perseguida con su sanción, atento que resulta imprescindible que las instituciones creadas y reguladas se consoliden en el seno de la sociedad, tanto en su conocimiento como en su acatamiento, de modo de generar seguridad jurídica y, consecuentemente, confiabilidad en la funcionalidad del sistema financiero y de sus instrumentos operativos.

Las normas de estructura deben caracterizarse por su estatismo, siendo modificables solo cuando circunstancias objetivamente evaluadas así lo indiquen o hagan aconsejable y, por supuesto, mediante los procedimientos constitucionales que conllevan al debate y al consenso (sesiones parlamentarias). Por tratarse de leyes en sentido cabal, son atacables solo por vía judicial, sea por inconstitucionalidad o por nulidad.

Las normas de estructura concernientes a la faz pública de la actividad bancaria y financiera, tienen por finalidad delinear y conformar la organización, el funcionamiento y la operatividad del sistema financiero, así como las relaciones jurídicas y responsabilidades entre el Estado y las autoridades de aplicación de los regímenes legales correspondientes a cada mercado con las entidades y agentes habilitados a desempeñarse en los mismos, como prestadores de los servicios financieros.

Las normas de estructura que gobiernan el ámbito privado de la actividad bancaria y financiera, tienen por finalidad dotar de un marco regulador mínimo

para las operaciones e instrumentos financieros utilizables por las entidades y agentes habilitados en sus relaciones operativas con los clientes y crear nuevos productos negociables, de modo de generar seguridad jurídica y confiabilidad en los mercados a la par que posibilitar la extensión de los servicios financieros a todos los niveles socioeconómicos.

En mérito a lo expuesto, fácil resulta deducir que, a diferencia de lo puntualizado en el ámbito público, en el plano de las relaciones entre las entidades y agentes habilitados y sus clientes, no han existido políticas de Estado encaminadas a regular estructuralmente los negocios financieros conforme el grado de importancia y desarrollo que los mismos han alcanzado. Ni siquiera se ha intentado sentar legislativamente un régimen básico y general de los contratos financieros, que comprenda: naturaleza jurídica, caracterología, objeto, causa, contenido económico, nulidad y responsabilidades individuales como sistémicas y, que en mérito a ello, distinga el tratamiento jurídico para la denominada banca comercial, corporativa o empresarial de la pertinente a la banca individual, personal o de consumo.

Los esquemas contractuales previstos en nuestro Códigos de fondo, están dirigidos a la regulación de las relaciones contractuales circunscriptas a las partes contratantes y basadas en el principio de la autonomía de la voluntad. Ergo, resultan marcos legales insuficientes para la tutela integral de la contratación bancaria y financiera, la que tiene lugar en forma masiva, con vocación de uniformidad normativa y dentro de un sistema, en el cual la suerte de cada operación que se celebre repercute inexorablemente en el conjunto de operaciones restantes y en el funcionamiento de los mercados, perturbando su armonía.

Desde otra óptica, las normas legales enunciadas tienden a regular los contratos de cambio, por lo que muchas de sus disposiciones no son adecuadas para reflejar y resolver los aspectos sustanciales que revisten los contratos de contenido financiero, cuya problemática no gira alrededor del perfeccionamiento y principio de ejecución de las prestaciones acordadas, sino en torno a la recuperación del capital invertido, su incidencia en la capacidad de financiamiento y el interés a percibirse, tanto en su componente técnico como redituable.

Obsérvese que la compraventa financiada encuadra un negocio financiero, donde la compraventa en sí ya quedó consumada, pues ha habido formalización del acuerdo, entrega de la cosa y pago del precio mediante el préstamo acordado, perfeccionándose como compraventa; solo queda pendiente el servicio financiero, precisamente por haber sido financiada la adquisición.

Afirmando la insuficiencia de los contratos tradicionales, Halperín pregona reiteradamente *“que el Derecho Comercial moderno persigue regular la economía de producción y distribución en masa y, por tanto, necesitada de*

contratos de adhesión y de contratos tipo, funciona en nuestro país de espaldas al Código, que hace decenios debió ser reemplazado, pues no satisface las necesidades mínimas de nuestra economía de transformación, acelerada en los últimos veinte años”.

Tal apotegma del ilustre maestro que data de más de cuatro décadas, hoy en día no puede estar más vigente y actualizado. Ante la señalada falta de legislación apropiada que recoja la identidad de los contratos bancarios y financieros, agravada en lo que a operatorias modernas se refiere, asumen real jerarquía como fuente del Derecho Bancario y Financiero, tanto los usos y costumbres ya consolidados en el sistema como los importados, que devienen de las nuevas técnicas o modalidades de financiación, que van adoptándose siguiendo el decurso de la dinámica de los mercados.

A ello debe agregarse la revalorización del contrato como manifestación del acuerdo de voluntad y como ley particular que ha de regular el negocio consumado (art. 1.197, Código Civil), principalmente en los supuestos de operaciones modernas o novedosas, cuya complejidad y tecnicismo exigen de cláusulas idóneas para reglar en cada caso, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que competen a cada parte. Nadie mejor que las partes mismas, para crear su propia ley y sus alcances.

4.2. Sobre las normas de coyuntura

Las normas de coyuntura no son leyes en sentido formal, puesto que emanan del Poder Ejecutivo Nacional o de las pertinentes autoridades de aplicación de la ley, en uso de facultades constitucionales o delegadas expresamente; pero sí son leyes en sentido material, dado que revisten carácter coercitivo para imponer la conducta deseada con la correspondiente sanción o el resarcimiento por daños, para el supuesto de incumplimiento. Consiguientemente, la responsabilidad por el mérito, conveniencia u oportunidad de la norma que resulte dictada, recae en las autoridades administrativas competentes en mérito a la delegación de facultades reglamentarias.

Estas normas deben considerarse intrínsecamente temporarias y, por lo tanto, susceptibles de ágil mutabilidad, para posibilitar la inmediata adopción de medidas o correcciones -preponderantemente técnicas o meramente operativas- tendientes a inducir o forzar conductas y comportamientos determinados en los mercados, sea de modo preventivo o persecutorio, con miras a fortalecer su funcionamiento o para sortear turbulencias derivadas de situaciones de iliquidez o de prácticas distorsionantes, irregulares o, incluso, delictivas que pudieren detectarse o verificarse, para salvaguarda del sistema.

Las normas de coyuntura deben caracterizarse por su dinamismo creativo, siendo modificables, toda vez que las autoridades de aplicación y contralor lo consideren

necesario o conveniente para la buena salud del sistema, razón que justifica la implementación de procedimientos simples y expeditivos (decisiones ejecutivas).

Las normas de coyuntura referidas al ámbito público de la actividad financiera tienen por finalidad establecer reglas técnicas, contables e informativas a las que deben sujetarse las entidades o sujetos autorizados para la prestación de los servicios financieros, de modo de orientar y canalizar los flujos de recursos a la par que ejercitar una eficaz supervisión prudencial y preventiva.

Las normas de coyuntura destinadas al ámbito privado de la actividad financiera, tienen por objetivo condicionar las operaciones que puedan celebrarse en el sistema, en consonancia con las políticas monetarias y de supervisión implementadas como así también brindar cobertura protectora para aquellos clientes que se encuentran en inferioridad de situación negociadora, en la tesitura de que debe evitarse el incumplimiento de los compromisos financieros en su conjunto en resguardo de la confiabilidad y el buen funcionamiento del sistema bancario.

A diferencia de lo que se advierte en las normas de estructura, donde el ámbito público y el ámbito privado se encuentran normativamente bien separados, las normas de coyuntura intervencional vinculan lo público y lo privado, puesto que en diversidad de casos una norma de coyuntura prevista para regular una situación institucional entre la autoridad de aplicación y las entidades bajo su contralor tiene alcances que penetran en la órbita de las relaciones contractuales entre esas entidades y sus clientes (ejemplo, las Comunicaciones OPAS).

El rol de las normas de coyuntura en el funcionamiento del sistema financiero deviene trascendente. La dinámica, la complejidad, el tecnicismo y las nuevas fronteras de la actividad financiera, imponen su regulación por vía de esta categoría de normas. Es por ello que esta fuera de discusión, no solo la existencia de organismos autárquicos para que asuman la conducción y el contralor del funcionamiento del mercado monetario (BCRA) y del mercado de capitales (CNV) sino también la delegación de facultades reglamentarias y sancionadoras, la que reviste carácter de exclusiva e indelegable.

Esta fuerte delegación normativa otorgada, tanto al BCRA (art. 1º, Ley 21.526) como a la CVN (art. 6º y 7º, Ley 17.811), se nutre en el reconocimiento de la especialidad y profesionalidad que requiere la actividad financiera, lo que conlleva inexorablemente a que la organización institucional del sistema financiero atribuya a los respectivos organismos de aplicación y contralor la facultad de dictar normas reguladoras específicas. Además, también tiene en cuenta la tutela del cliente consumidor bancario o financiero.

En esta faceta, el BCRA ha dictado diversas circulares tendientes a proporcionar dicha protección, entre otras, sobre la forma de declarar o publicitar

las tasas de interés; sobre creación del Servicio de Atención al Cliente; sobre suspensión o reversión de débitos automáticos; sobre conformidad previa para debitar comisiones y gastos; sobre estandarización de préstamos hipotecarios y préstamos prendarios; sobre requisitos de apertura y cierre de la cuenta corriente bancaria; sobre el régimen funcional de la cuenta corriente bancaria; sobre la Central de Cheques Rechazados; sobre funcionamiento de las cajas de ahorro; etc.

Obsérvese que el contenido de dichas disposiciones persigue dotar de mayor transparencia y seguridad a los términos y condiciones de contratación para el mejor funcionamiento de las operaciones y servicios, que pueden canalizarse a través de la cuenta corriente bancaria o la caja de ahorro, como así también dar cobertura a la determinación y formas de cálculo de los intereses y punitivos.

Más aún, en esa tesitura el Banco Central ha difundido el "*Régimen de Transparencia*" conjuntamente con la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, tendiente a posibilitar que el público acceda a información cuantitativa y cualitativa sobre cada uno de los productos financieros. El suministro de tal información es obligatorio para las entidades financieras comprendidas en la Ley 21.526 y la información recopilada debe actualizarse mensualmente.

Conforme el marco preliminar desarrollado precedentemente, es como entiendo que debe enfocarse, analizarse, interpretarse y aplicarse la Ley 21.526, por tratarse de un cuerpo normativo que tiende a regular de modo equilibrado, una dinámica operativa y masiva de indiscutible carácter sistémico, en la que convergen intereses públicos y privados, colectivos, difusos e individuales, tanto conciliables como convergentes y, a veces, incompatibles; circunstancias todas ellas, que condicionan el marco de las responsabilidades emergentes de la actividad.

5. Tipificación de la intermediación financiera

La normativa reguladora de la actividad financiera, parte de la descripción del fenómeno de la denominada "*intermediación financiera*" como pauta relevante para encasillar la actividad dentro o fuera de sus prescripciones. Este concepto resulta confundible desde la óptica estrictamente jurídica, pero, si se le adiciona el trasfondo económico, surge una pauta tipificante que permite diferenciar quiénes intermedian en los flujos de recursos financieros de manera institucional y quiénes pueden llegar a hacerlo en forma irregular, marginal o de hecho.

En función de lo expuesto, resulta imprescindible precisar que debe entenderse por intermediación financiera y por qué, entonces, debe requerirse autorización estatal para realizar la actividad de intermediación de modo institucional,

atento que ella comprende la facultad de captar los ahorros del público, administrarlos eficientemente y canalizarlos en líneas de asistencia financiera en beneficio de los distintos sectores económicos y sociales del país.

5.1. Centralización y descentralización de los depósitos

A título preliminar, resulta conveniente señalar que en el diseño macrofuncional de los ahorros y préstamos bancarios se conciben dos líneas de estructuración legal bien definidos, de perfiles bien definidos, a saber:

- Sistema de “centralización” de los depósitos bancarios, llamado también de nacionalización, por el cual los bancos reciben los depósitos del público por cuenta y orden del Estado (en nuestro país, el Banco Central), actuando como mandatarios estatales en el tratamiento de la clientela y percibiendo por ello una comisión a título remunerativo.
- Sistema de “descentralización” de los depósitos bancarios, donde los bancos reciben los depósitos del público en nombre y por cuenta propia y prestan esos recursos con sujeción a un régimen de encajes o efectivos mínimos, fijado por la autoridad monetaria (en nuestro caso el Banco Central), en ejercicio de sus funciones de regulador monetario y a los fines de administrar las derivaciones del efecto multiplicador monetario.

A partir del año 1935, época de la creación del Banco Central en nuestro país, el sistema de centralización de los depósitos bancarios rigió durante los períodos 1946-1957 (Decreto 11.554/1946) y 1973-1977 (Ley 20.520), respectivamente. Sus postulados principales pueden resumirse en los términos siguientes:

- a. Los depósitos que el público entregaba a los bancos, se registraban a nombre del Banco Central.
- b. El Banco Central tomaba a su cargo los gastos financieros o intereses y los gastos administrativos.
- c. Los depósitos contaban con garantía estatal.
- d. Los bancos depositarios tenían vedado disponer de esos depósitos; solo podían obtener esos recursos a través de operaciones de redescuentos acordados con el Banco Central.
- e. Los bancos quedaban facultados a realizar operaciones activas, afectando sus recursos propios.

- f. La remuneración de la actividad surgía de la diferencia entre el interés que los bancos pagaban por el redescuento recibido y el interés que cobraban por los préstamos otorgados, ambos a tasa regulada.
- g. El Estado asumía el control de la creación de dinero, no existiendo políticas de encajes, por lo que no se aplicaba la relación técnica de equilibrio entre los depósitos y los préstamos, particularidad propia de un régimen de encajes.

Por el contrario, el sistema de descentralización rigió en los períodos 1935-1946 (Leyes 12.155 y 12.156), 1957-1973 (Decretos-leyes 13.125/1957 y Ley 13.127) y desde 1976 hasta el presente (Leyes 21.495 y 21.526). Las particularidades de este sistema pueden sintetizarse así:

- a. Los depósitos que el público entrega a los bancos se registran a nombre propio y no del Banco Central y, consecuentemente, pueden ser utilizados en forma directa para ser prestados (art. 2.221, Código Civil).
- b. Los depósitos pueden contar con garantía estatal o con seguro de garantía, a cargo de las entidades.
- c. La capacidad de prestación de las entidades queda subordinada a los requisitos de encajes o efectivos mínimos que determine el Banco Central.
- d. Las tasas de interés y los gastos administrativos son asumidos por las entidades, a su exclusivo riesgo.

Sin entrar a ponderar las virtudes y los defectos de cada sistema, lo cierto es que en la actualidad nuestro sistema financiero gira alrededor del modelo de descentralización de los depósitos bancarios, de modo que las entidades autorizadas a funcionar reúnen la calidad de *"intermediarios financieros"*, situación que no es factible en el sistema centralización.

El sistema de centralización responde a criterios prioritariamente políticos, generalmente impregnados de voluntarismo, más que a las leyes del mercado. En estos sistemas, el Estado asume un rol más fácil, porque la asignación de los recursos depende exclusivamente de su discrecionalidad, circunstancia que la experiencia demuestra que no ha sido eficiente porque prevalecen más los intereses gubernamentales que los intereses de la comunidad.

El sistema de descentralización responde a criterios preferentemente económicos, con marcado tecnicismo, ajustándose a las leyes del mercado. En estos sistemas, el papel del Estado es doblemente más difícil, porque debe inducir el comportamiento del mercado para que la asignación eficiente de los recursos

se destine a objetivos productivos y de crecimiento económico generalizado. Y a ello debe sumarle el controlar eficaz de su funcionamiento, para que no se desvirtúen esos postulados.

Centralización de los depósitos:

→ Los bancos prestan dinero aportado por el Estado a través de redescuentos.

Descentralización de los depósitos:

→ Los bancos prestan dinero aportado directamente por los depositantes.

Bajo esta aclaración, se procede a desbrozar los alcances de la norma legal bajo análisis, en cuanto describe que personas y operaciones quedan comprendidas bajo su esfera de aplicación.

5.2. Concepto de actividad financiera

La Ley 21.526 comprende a todas aquellas personas o entidades, sean de naturaleza pública como privada, que desarrollen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Va de suyo que la palabra "persona" está referida a las personas jurídicas, ya que el art. 9º de la Ley 21.526 indica bajo qué tipo societario deben constituirse las entidades que aspiren a actuar en el mercado financiero institucionalizado, por lo que las personas físicas quedan excluidas de poder desarrollar intermediación financiera con carácter institucional.

La descripción conceptual contemplada en la norma referida reviste suma importancia porque da las pautas para desentrañar lo que debe entenderse por "intermediación habitual" de "recursos financieros", como marco configurador de la actividad financiera que queda sujeta a las disposiciones de la ley de la materia.

La determinación precisa del concepto de actividad financiera adquiere así relevante importancia, ya que su precisión delimita el campo de aplicación de la ley y, consecuentemente, que actividad estará incluida o excluida de sus disposiciones.

En este sentido, la trascendencia deviene de todo el régimen reglamentario y de contralor que habrá de aplicarse a la actividad regulada por el Banco Central en su calidad de autoridad de aplicación.

Al respecto, el término "intermediación" no debe entenderse en sentido jurídico riguroso, puesto que los bancos y las entidades financieras no se limitan

a actuar como meros intermediarios acercando la oferta y la demanda, para dejarlas luego en libertad de realizar su negocio jurídico. Todo lo contrario, el rol de los mismos es más activo e identificable con el típico acto de comercio que consiste en adquirir a título oneroso la propiedad o el uso de un bien (en este caso, recursos financieros), para luego, en un segundo paso, transmitir a un tercero tales derechos.

Esta es la razón originaria por la cual el art. 8-3° del Código de Comercio declaró incluido entre los actos mercantiles a todas las operaciones bancarias, encuadramiento que califica como de carácter subjetivo, atento que tal calificativo gira alrededor del sujeto bancario y no en función de la sustancia del negocio efectuado por el banco, que es eminentemente financiero.

La intermediación en el ámbito de la Ley 21.526 no es la simple intervención para que se vinculen dos partes, sino algo más. El intermediario financiero integra cada relación jurídica que se origina, por un lado, mediante la captación de recursos y por el otro, por medio de su sucedáneo, la colocación de esos recursos.

Surge claro, entonces, que las entidades financieras no intermedian en la concepción tradicional del derecho mercantil, porque actúan en nombre y por cuenta propia, bajo riesgo propio, ya sea captando recursos como colocando los mismos; de allí que no pueda discutirse que tales recursos pertenezcan a las propias entidades financieras.

El concepto clásico de intermediación comercial no es válido para la intermediación financiera, pues en el primero la palabra intermediación resalta el enfoque jurídico; en cambio, en el segundo, el término intermediación destaca el fenómeno económico.

Por la propia mecánica del negocio en el mercado, los denominados intermediarios financieros (bancos y entidades financieras propiamente dichas), lo son prioritariamente en un sentido técnico económico, más no jurídico. En este último sentido y sin perjuicio de las operaciones en las que claramente el banco fuera, por ejemplo, mero comisionista o mandatario, el principio es que la entidad financiera desempeña el rol de interlocutor y parte indispensable en las operaciones que le son propias (en el caso, toma de fondos del público para su colocación en operaciones de aceptación de letras). De allí la garantía estatal y también el monopolio de hecho y de derecho que ejercen en este mercado³.

³ CNCom., Sala D, 13-10-80, *La Ley*, 1980-D-23.

Entendiéndose la actividad financiera como la realización masiva de actos de adquisición y correlativa transferencia de derechos sobre recursos financieros, de darse ambos procesos, ello importará quedar encuadrado y sometido a la aplicación del régimen legal bajo análisis.

En definitiva, no caben dudas de que el concepto de "*intermediación financiera*" está tomado en un sentido esencialmente económico, excluyendo la actividad típicamente mediadora, consistente en el acercamiento de las partes para la conclusión de un negocio sin verificarse la incorporación de recurso alguno al patrimonio de la entidad, a fin de resaltar la actividad que incorpora recursos a ese patrimonio, para su ulterior colocación y transferencia a terceros.

A su vez, dentro del concepto de "*recursos financieros*" deben considerarse no solo la moneda corriente, que lo es por antonomasia, sino también todos aquellos bienes de rápida y fácil convertibilidad en dinero, como los depósitos en caja de ahorro, los certificados a plazo fijo transferible o intransferible, los papeles de comercio negociables y los títulos de endeudamiento público o privados.

Recuérdese que para la ciencia económica, recurso financiero es todo medio de cambio idóneo para adquirir bienes y servicios. Consecuentemente, al lado del dinero existen otros bienes de transformación fácil y rápida en dinero, como los señalados precedentemente, de alta liquidez económica que los hace utilizables y aceptables en el tráfico financiero y que los economistas denominan "*cuasi dinero*".

Pero siempre esta "*intermediación*" deberá ser entre la oferta y la demanda de recursos financieros del público; es decir, que deben darse los dos aspectos de la actividad regulada: **oferta y demanda**, que -a mi criterio- son conceptos utilizados no con el contenido técnico legal del Código Civil sino -insisto- con un criterio económico, que es la terminología prevaeciente en las leyes reguladoras del funcionamiento del sistema financiero.

Más aún, las entidades financieras autorizadas a captar depósitos asumen la responsabilidad de restituir los mismos ante el requerimiento del cliente, siendo impensable que pueda invocarse la demora o falta de pago del préstamo otorgado utilizando los recursos captados, para evadir esa responsabilidad. Ello sería factible, desde la óptica de la intermediación tradicional, donde el intermediario -sea civil o comercial- simplemente se limita a contactar a las partes, las que luego cerrarán el negocio de que se trate. Si alguna de ellas luego no cumple, el intermediario no tiene por qué responder.

Por el contrario, el intermediario financiero asume esa responsabilidad, porque capta los recursos en nombre propio, para sí y por su cuenta y riesgo, por lo

que el contrato de depósito es autónomo e independiente del ulterior contrato de préstamo de esos recursos. Jurídicamente, existen dos operaciones distintas, que de ninguna manera pueden concebirse calzadas entre sí.

Las entidades financieras, autorizadas por el Estado para actuar como intermediarios financieros, tipifican su actividad -de por sí profesional- encauzando *"...dos corrientes de crédito que son inseparables en el ejercicio y funcionamiento de la empresa bancaria y que reaccionan la una sobre la otra: los créditos que el banquero concede a sus clientes repercuten sobre los depósitos, puesto que los clientes suelen disponer parcialmente de los créditos concedidos por el banco y, viceversa, el incremento del volumen de depósitos permiten al banco ampliar sus operaciones de concesión de créditos a sus clientes. La conexión teleológica de ambas corrientes de crédito, tiene sin duda una clara trascendencia jurídica".*⁴

En este orden de ideas, fácil resulta advertir que el intermediario financiero tiene sobre sus espaldas, dos responsabilidades bien diferenciadas:

- Por un lado, asume el riesgo de restitución de los recursos captados, a su vencimiento y requerimiento del depositante.
- Por el otro, toma el riesgo de incobrabilidad de los préstamos otorgados, utilizando los recursos captados.

Esto indica que el principal activo de una entidad financiera institucional está constituido por los *"préstamos"* y, como contrapartida del negocio global, el principal pasivo está representado por los *"depósitos"*.

Por vía de los depósitos, sean a la vista, a plazo fijo o en caja de ahorro, se financia el otorgamiento de los préstamos.

Por vía del pago de los préstamos, en cualquiera de las líneas autorizadas, se posibilita la restitución de los depósitos.

Ergo, la calidad de la cartera de préstamos configura el basamento natural de la cartera de depósitos.

Conforme esta concepción operativa, considerada macroeconómicamente, se comprende y entiende la importancia que reviste la supervisión permanente de la *"liquidez"* y *"solvencia"* de las entidades financieras.

⁴ Garrigues, Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid CIVITAS, 1975, p. 31.

Los arts. 30° a 35° de la Ley 21.526 contemplan las regulaciones técnicas, dictadas por el Banco Central, a las cuales las entidades financieras deben ajustarse para preservar su liquidez y solvencia.

A

Estado de Situación Patrimonial

ACTIVO

Préstamos y otros créditos
 por intermediación financiera

PASIVO

Depósitos y otras obligaciones
 por intermediación financiera

B

Estado de Resultados

INGRESO

Intereses percibidos
 por préstamos

[Diferencia: Ganancia / Pérdida]

SEGRESOS

Intereses pagados
 por depósitos

La simbiosis descrita explica que la intermediación sea la “cadena continua” que gira alrededor de una empresa altamente profesional y especializada en los negocios financieros que demanda recursos del público para volver a colocarlos también en el público.

La razonable proporcionalidad entre recursos captados y recursos prestados, configura la regla indiscutible de la intermediación financiera a que se refiere la ley 21.526. Si esa proporcionalidad se ve manifiestamente alterada o desequilibrada, la intermediación financiera puede ser puesta en duda y, consiguientemente, afectada la actividad desplegada en su legitimidad.

Más aún, me atrevo a sostener que la autorización para captar recursos conlleva implícitamente la obligación de prestar esos recursos.

Por consiguiente, la regla inexorable para el éxito de la actividad financiera puede describirse en los términos siguientes:

“La factibilidad de restitución en tiempo y forma de los depósitos captados, depende de modo directamente proporcional a la posibilidad de cobro en tiempo y forma de los préstamos otorgados”.

Siguiendo el razonamiento desarrollado, quien despliegue como actividad la sola recepción de depósitos de dinero del público para su restitución en la

época pactada, percibiendo una retribución por ese servicio de custodia, no queda alcanzado por la ley bajo análisis. Tampoco queda alcanzado quien se dedica a prestar dinero utilizando fondos provenientes de su propio patrimonio.

A mayor abundamiento, la mencionada “*intermediación*”, para ser actividad sujeta a regulación debe ser “*habitual*”, esto es, caracterizada como la reiteración más o menos constante de operaciones que se ajusten al concepto deslizado en la norma bajo análisis.

Surge claro, entonces, que el concepto en examen no está destinado a reglar actos aislados sino que su aplicación está condicionada a la realización de un conjunto de actos que se encuentran relacionados entre sí, porque guardan una cierta coordinación o conexión y que se realizan, reiteran y repiten continuamente.

Es la actividad la que tiene relevancia para su encuadramiento en la ley de la materia y no los actos aisladamente considerados que la constituyen. Todo gira alrededor de la actividad y no de los actos aislados.

En síntesis, las características de la actividad financiera reglada por la ley bajo análisis son:

- *Intermediación*: consistente en la posibilidad de procurar y conseguir recursos financieros del público para -correlativamente- prestarlos al público; de allí que la seguridad de tener fondos se apoye en el recupero de los préstamos y, viceversa, la posibilidad de ofrecer préstamos dependa de los fondos existentes disponibles.
- *Habitualidad*: consistente en la reiteración más o menos constante y prolongada de tales actos de intermediación en la captación y colocación de recursos financieros, lo que engarza con el acatamiento del objeto social contemplado en el pertinente estatuto o contrato social.
- *Publicidad*: consistente en el ofrecimiento de la actividad de intermediación de recursos financieros al público, a la generalidad de los terceros y poner así en funcionamiento el mecanismo de oferta y demanda de tales recursos.

Esta última particularidad, si bien no está mencionada en la norma legal bajo análisis, resulta natural y tipificante, puesto que la captación de recursos y su posterior colocación, se obtiene y formaliza a través del **ofrecimiento público** de tales servicios a la comunidad. Las entidades financieras persiguen contactarse con los potenciales clientes, principalmente en forma pública, atento que la actividad exige potencialidad de depósitos y de préstamos, de

modo continuado y sostenido, ya que de lo contrario, el conjunto del negocio no resulta factible.

La posibilidad de dirigirse abiertamente a la comunidad, configura un matiz acerca del cual el Estado no puede permanecer indiferente y es, precisamente, una de las características que fundamentan la exigencia de la autorización para funcionar como entidades financiera y la razón de ser de la intervención del Banco Central, en uso de facultades expresamente delegadas por el Congreso de la Nación. A esta línea de pensamiento responde al art. 19 de la Ley 21.526.

Esta concepción de la actividad financiera, posibilita que queden excluidas las modalidades de actividad siguientes:

- La intermediación de recursos financieros realizada esporádica u ocasionalmente, sin habitualidad ni continuidad ni publicidad.
- La captación de recursos de terceros, sea en forma habitual o no, para financiar la actividad propia.
- El otorgamiento de préstamos con recursos propios, sea en forma habitual o no.

Por último, procede señalar que este artículo permite distinguir entre las personas o entidades que hayan sido o no autorizadas por el Banco Central para operar en el mercado financiero institucionalizado, atento que va de suyo que el ejercicio de la actividad financiera está condicionada a la previa autorización del ente rector.

Ergo, fácil resulta deducir que las operaciones de intermediación financiera, realizadas por aquellos sujetos que no cuentan con la autorización pertinente de la autoridad monetaria, implica estar actuando al margen de la ley, por lo que la actividad resultante deviene ilegal, precisamente por hacer lo que la ley no permite (se estaría en presencia de la denominada "banca informal" o "banca de hecho"). Esta proscripción se ve patentizada claramente en el art. 19 de la Ley 21.526.

6. ¿La intermediación financiera es servicio público o es de interés público?

Señalé al principio que, a fines de 2010, tomó estado público la presentación de tres proyectos de reforma integral de la Ley 21.526 de Entidades Financieras ante el Parlamento nacional, para su discusión y tratamiento legislativo. Tales proyectos se encuentran identificados como proyecto "Heller" (*Ley de*

Servicios Financieros para el Desarrollo Económico y Social), proyecto "Pinedo" (*Ley de Entidades Financieras*) y proyecto "Milman" (*Ley de Relaciones Financieras y Garantías al Usuario de Créditos y Depósitos*).

En general, los referidos proyectos coinciden bastante y siguen los lineamientos sustanciales de la actual ley en la materia; y en los aspectos que se diferencian, podemos decir que son aspectos periféricos. De modo tal que poco se innova con relación al régimen actualmente vigente.

Aunque sí corresponde señalar la diferencia jus-filosófica que tiene el proyecto "Heller", comparado con los otros dos proyectos.

La estructura y la visión reguladora del proyecto "Heller", parte de la premisa de conceputar a la actividad bancaria y financiera como un **"servicio público"** orientado a satisfacer las necesidades transaccionales de ahorro y crédito de todos los habitantes de la Nación y contribuir a su desarrollo económico y social.

Bajo esta óptica, procede interrogarse acerca de 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 destinatarios de la iniciativa.

Sobre este interrogante, debe reconocerse que no existe una conceptualización unívoca acerca de qué 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 de 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 Administración⁵.

La noción de servicio público fue aplicándose para regular determinadas actividades privadas, y ese proceso fue configurando un régimen especial para

⁵ Salomoni, Jorge L., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997; Comadira, Julio R., *El derecho administrativo como régimen exorbitante*, Buenos Aires, RAP, 2004; Pérez Hualde, Alejandro, *El concesionario de servicios privatizados*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

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 analice⁶.

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 bajo pretexto de representar una palanca imprescindible para superar el subdesarrollo, aunque generalmente con intereses personales o sectoriales y en detrimento de la comunidad. Así resulta la paradoja de que esa línea de pensamiento tienda a producir similares 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.

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; por el otro, quienes sostienen que se trata de una actividad de iniciativa privada sometida al control del Estado. 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.

a) La primera postura (servicio público), 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.

b) La segunda postura (interés público), considera que la intermediación financiera es una actividad que pueden y deben realizar los particulares, en función

⁶ Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998.

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, fiscalización y contralor del mercado, preventiva y eficientemente, dictando decisiones de conformidad con la ley, que limitan el ejercicio de los derechos a través del denominado ejercicio 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 estos de obtener autorización para prestar el servicio financiero.

Fácil resulta apreciar la tenue línea divisoria entre ambos conceptos.

Ergo, creo sinceramente que la actividad financiera, sea conceptuada como servicio público o de intenso interés público o de interés general, constituye una ostensible "nimiedad" intelectual y pragmática.

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.

Pero tales objetivos, entiendo que no pueden lograrse asignándole a la actividad financiera el carácter de servicio público (sea propio o impropio), tal lo demuestra el pasado cuando se ha experimentado tal diseño.

En este sentido, no resulta improcedente asignar carácter de servicio público a la actividad financiera, debido a que 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.

Contestes con lo sintéticamente expuesto, me inclino por la segunda de las posturas, o sea, que entiende que la actividad financiera es de interés público por su repercusión en la actividad económica de la sociedad y que la intermediación financiera constituye una actividad económica de iniciativa privada, de naturaleza mercantil, que los particulares tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa que consagra nuestra Constitución Nacional, bajo

la condición de hacerlo en forma profesional y organizada y bajo un régimen de legítima competencia y contralor estatal.

Téngase presente que nuestra Constitución Nacional no declaró legalmente a la actividad de intermediación financiera como un servicio público sino como una actividad a realizar por todos los habitantes de la Nación -libertad de empresa- conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14° de la Constitución Nacional), dentro de un margen de competencia que torne eficiente el funcionamiento del mercado (art. 42° de la Constitución Nacional).

¿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.).

Esta caracterología, de por sí "*erga omnes*", conlleva y explica que los servicios públicos deban prestarse de manera:

- Obligatoria
- Permanente
- Uniforme
- Regular

- Continua
- 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 aquellos 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:

- ¿La situación actual realmente mejorará o es un simple acto de voluntarismo?
- ¿El otorgamiento de crédito para cualquier solicitante se torna obligatorio?
- ¿Dicha obligatoriedad conlleva eximir a las entidades financieras de evaluar el riesgo crediticio y la capacidad de pago de cada solicitante?
- Ante la incertidumbre respecto de 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).
- ¿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?
- ¿Las limitaciones de las tasas de interés activas no incidirían en la reducción de las tasas de interés pasivas, desalentando las imposiciones?
- ¿El volumen potencial de los depósitos de ahorro, ante ese panorama, no podría derivar hacia afuera del sistema financiero e, incluso, del país?
- ¿La liquidez y la solvencia de las entidades financieras no corre el riesgo de resentirse, al mermar los depósitos canalizables en préstamos?
- ¿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?
- ¿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 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 el número de tarjetas de crédito/débito en funcionamiento, son tremendamente superiores en 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.

Mayor crédito y mejor acceso no pueden solucionarse mediante simples manifestaciones de voluntariedad abstractas, sino a través de la aplicación constante de políticas y medidas de rigor técnico y profesional, que redunde en la ampliación y, como contrapartida, en el abaratamiento del crédito para el conjunto de la sociedad, particularmente para el segmento de las pequeñas empresas, comercios y personas asalariadas de modestos recursos.

Lamentablemente, hay que enfrentar la sensación térmica de vastos sectores de la sociedad que asimilan el servicio público financiero como la posibilidad de obtener préstamos baratos sin necesidad de reintegrarlos, bajo la premisa que el Estado protege el incumplimiento y no persigue a los deudores (así sucedió con la banca pública provincial). Para esas personas "servicio público" es sinónimo de panacea que convalida la mora, sin importarles quienes están en la lista de espera de su crédito, quienes generalmente ven frustradas sus expectativas y proyectos como consecuencia de la iliquidez sistémica provocada por los incumplimientos. Ello, agravado por el incremento del riesgo moral, que conlleva a que los contribuyentes se vean compelidos a sufragar los gastos de la ineficiencia funcional del sistema.

El Estado no está estructurado para brindar un servicio público eficiente

Siempre existen discusiones sobre si la actividad financiera es un servicio público a cargo del Estado (directa o indirectamente) o si es una actividad a cargo de la iniciativa privada de fuerte interés público y permanente supervisión estatal.

En este sentido quiero resaltar que, por más buenas intenciones que tengamos, debe reconocerse que el Estado no está estructurado para brindar un servicio público eficiente; ni siquiera los servicios intrínsecamente estatales como la seguridad, la justicia, la salud y la educación.

La historia de los servicios públicos en nuestro país, por lo menos en los últimos cincuenta años, no es halagadora ni ejemplo de virtuosidad (el erario público es fiel testigo de ello).

En el funcionamiento del Estado son relevantes los procedimientos de organización y los factores intelectuales, en lo que respecta a la incorporación, retención y capacitación de los funcionarios públicos, para la adecuada implementación, continuidad y consolidación de las políticas aplicables en general (en nuestro caso, las políticas económicas y financieras).

Nuestro país no se vanagloria de poseer una infraestructura institucional y una organización habilitada y predispuesta para llevar a cabo comportamientos estatales eficientes, coordinados y de duración sostenida.

En líneas generales prevalece un sistema de favoritismo (generalmente político, amistoso y/o familiar) en la elección e incorporación de los funcionarios públicos y no un sistema fundado en la profesionalidad, el mérito y la experiencia.

La estructura institucional del Estado requiere un nivel mínimo de procedimientos administrativos meritocráticos, continuidad del personal estatal y respeto por las competencias, misiones y funciones asignadas por la ley a los distintos organismos centralizados y, particularmente, autárquicos que integran el aparato estatal. La conformación de una *"burocracia tecnócrata"* y comprometida con el bienestar general, tiene un efecto decisivo en la estabilidad del Estado y en la posibilidad de que las ideas sustanciales encarnen en las instituciones.

Nuestro país demuestra a lo largo del tiempo serias dificultades para incorporar, capacitar y retener al personal estatal calificado, lo que se traduce en la discontinuidad de los funcionarios, conformándose así una *"burocracia híbrida"* y desinteresada en cumplir sus obligaciones laborales, que hace dificultoso la adopción, implementación y permanencia de ideas y medidas exitosas como sustentables, por parte de los organismos estatales.

La problemática reside en la disyuntiva siguiente: por un lado se *"predica"* que el rol del Estado debe procurar que las tareas burocráticas requieran pericias y conocimientos propios de los saberes técnicos correspondientes pero, por el otro, se *"siente"* que el rol del Estado debe exigir lealtades políticas partidarias, de quienes ejerzan responsabilidades administrativas en los más disímiles niveles y en las designaciones pertinentes.

Se declama valorar la eficiencia y la experiencia pero la práctica indica que ello queda desplazado por la lealtad política y el adoctrinamiento, que así termina imponiéndose como norma natural. He aquí la incongruencia, lo que lleva a recordar la famosa *"Ley de Gresham"* acerca de que la mala moneda (la complacencia funcional) termina por desplazar a la buena moneda (la responsabilidad funcional). Recuérdese la convivencia de billetes y bonos provinciales.

La politización en las designaciones y en las promociones, en lugar de organizar el aparato estatal, lo desorganiza; en vez de jerarquizar la acción del Estado, la desprestigia; en vez de generar confiabilidad en las autoridades, siembra falta de credibilidad.

Siendo ello una constante en el país, no debe llamar la atención la debilidad institucional del Estado, la falta de autonomía de la política partidaria o sectorial y la ausencia de capacidad funcional. Consecuentemente ello explica porque el Estado está al servicio de los sectores de la sociedad vinculados al gobierno de turno, en vez de conseguir que tales sectores se pongan al servicio del Estado.

El Estado así “colonizado” por los gobernantes y sus acólitos siempre dirá **“Si”** a los intereses de los propios y **“No”** a los de quienes son ajenos, lo que evidencia en los hechos la sustitución del Estado por los gobiernos de tránsito.

La intermediación financiera, bajo esta seudoinspiración y concepción de servicio público, administrada por funcionarios caracterizados de la manera expuesta precedentemente, lejos estará de ser eficiente en la canalización y distribución de los ahorros y el crédito, en beneficio de todos los sectores económicos y sociales de la comunidad y para el impulso del desarrollo nacional.

El servicio público es incompatible con la competencia

Sobre el particular, si aprehendemos en su exacta dimensión las características de los servicios públicos -particularmente la uniformidad de prestación- fácil resulta deducir que toda actividad regulada como servicio público (recuérdese que el servicio público es el grado máximo de regulación), resulta incompatible con la actividad sujeta a las reglas de la sana competencia, que se nutre de la diferenciación de prestaciones de los agentes intervinientes, lo que permite mejoras de precios y calidad para beneficio de la sociedad.

Procede tener presente que el modelo constitucional no contempla al Estado productor o intervencionista y privilegia las libertades civiles, entre ellas las libertades económicas, de adquirir, enajenar, trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita. Más aún, la reforma introducida al art. 42 de la Constitución Nacional en el año 1994 consagró la protección de derechos vitales para los consumidores y usuarios de bienes y servicios como ser: la defensa de la relación de consumo y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión, desequilibrio o disfunción de los mercados como así también contra los monopolios naturales o legales.

Con el respaldo constitucional indicado, se dictaron dos leyes trascendentes, la Ley 24.240 de Defensa de la Competencia y la Ley 25.156 de Defensa de

la Competencia, las que deben aplicarse sincronizadamente, para el logro del funcionamiento virtuoso de los mercados.

No debe olvidarse que la reforma constitucional fue introducida por la unanimidad de los constituyentes, bajo la convicción de estar participando en la modernización de nuestra Carta Magna para erigirla en un cuerpo legal supremo y de avanzada en la protección de los derechos humanos y sociales.

Consecuentemente, no se alcanza a comprender el proyecto "Heller" que califica a la actividad financiera como servicio público y luego endilga al Banco Central, la función de monitorear la actividad con el objeto de asegurar un nivel razonable de competencia en el sistema financiero. Recuérdese que donde hay servicio público no hay competencia, pues todo queda encomendado a la decisión del regulador de turno, donde hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedan determinadas, condicionadas o, simplemente "ordenadas" por la autoridad.

El servicio público genera insatisfacciones sistémicas

También es preciso señalar que la concepción de servicio público de la actividad financiera, conlleva el riesgo de que el Estado interfiera en tres aspectos relevantes que hacen a la ineficiencia del sistema financiero la que, consecuentemente, genera insatisfacciones en las prestaciones pertinentes, a saber:

- En el direccionamiento del crédito, en favor de alguna entidades y en detrimento de otras, generando desbalances operativos entre las mismas.
- En el ejercicio de la superintendencia de manera más flexible para unas entidades y más rigurosa para otras, incrementando el riesgo moral al tentar a las entidades favorecidas a operar bajo la creencia de gozar de impunidad.
- En la limitación o prohibición para la instalación de nuevas entidades o para la reorganización, fusión o absorción de entidades en funcionamiento, afectando la posibilidad del mayor crecimiento del mercado y de las líneas de acceso a la asistencia crediticia.

La experiencia en nuestro país indica que tales decisiones se adoptan y fundamentan en criterios subjetivos, de corte político, ideológico o interesado, despreciándose los análisis objetivos, de naturaleza técnica, profesional o integral, tendientes a optimizar la canalización del ahorro y del crédito entre los distintos sectores de la vida económica y social.

Por ejemplo, la imposición de cupos máximos de participación sobre el total de depósitos y/o prestamos en el sistema, significa ignorar (o disimular la

realidad) acerca de que no todas las entidades financieras se dirigen al mismo segmento de riesgo ni estructuran sus negocios en función de idéntico tipo de líneas de financiamiento y/o prestatario. La especialización en la prestación de la actividad presente y futura y el ofrecimiento adecuado en la relación calidad y precio de la prestación, depende del grado de profesionalidad, tecnología y prioridades que cada entidad quiera establecer y no una norma legal que determine en abstracto, el perfil de la actividad a desarrollar y las decisiones empresariales.

Asimismo, la incorporación de límites a las tasas de interés activas, solo en beneficio de las micro, pequeñas o medianas empresas como de los préstamos personales, implica poner en zona de riesgo la preservación de la liquidez y solvencia de las entidades financieras y la defensa de los ahorros del público, con la lógica retracción de las líneas de asistencia crediticia y el desaliento de los ahorristas e inversores para depositar en el sistema institucionalizado.

La oferta de crédito a tasas de interés accesible para los distintos demandantes, depende exclusivamente de la confiabilidad que el mercado financiero despierte en los ahorristas y en la administración eficiente de la inflación por parte del Estado. Sin ahorro no hay crédito. Las regulaciones cuantitativas nunca dieron resultados positivos; solo significan *"pan para hoy y hambre para mañana"*.

El servicio público es proclive a la gestión bancaria ineficiente

Otro aspecto interesante a tener en cuenta es que la concepción de servicio público conlleva que la gestión y administración de las entidades -en su calidad de concesionarios- se encuentre sometida a autorizaciones, instrucciones y recomendaciones -a veces coercitivas-, que imparten los funcionarios públicos, las que habitualmente no son adecuadas y eficientes, por lo que la administración social y de los negocios puede verse seriamente resentida, con las responsabilidades civiles que ello implica.

Más aún, los incumplimientos en la concesión por parte del Estado, deben ser absorbidos por las propias entidades financieras, bajo riesgo de incurrir en incumplimiento del respectivo contrato público que les permite funcionar y prestar la actividad financiera. Es bien sabido que en la materia rige el principio acerca de que la concesionaria *"debe prever tales falencias contingentes del Estado y, por ende, estar preparado para aportar soluciones por su cuenta y orden"*. Es una prerrogativa que se reserva el Estado para eludir el cumplimiento de sus obligaciones en tiempo y forma y, de ese modo, diferir, diluir o licuar sus propias responsabilidades.

Todo ello con el agravante de las dificultades que existen para imputar y condenar a los funcionarios públicos por incumplimiento de sus deberes legales,

en los supuestos que hayan interferido negativamente en las decisiones empresariales mediante el ejercicio de ese poder de *"imperium"* que le reconoce el marco normativo aplicable.

7. Principios de legalidad y razonabilidad

En concreto, para el ejercicio de la actividad de intermediación financiera conforme la legislación actualmente vigente, existe una prohibición legal de alcance general, por el cual los particulares no pueden operar sin la previa autorización estatal y con sujeción a las condiciones impuestas en la norma pertinente (arts. 4° y 7° de la Ley 21.526 de Entidades Financieras).

Este acatamiento inexorable, hace al control de legalidad que compete al Estado en ocasión de solicitarse la autorización para funcionar. Su ejercicio se hace a través del BCRA, en su calidad de autoridad de aplicación del régimen legal de la actividad financiera, para lo cual ha sido investido del *"poder de policía financiero"*.

Pero también compete al Estado la oportunidad, mérito o conveniencia de autorizar la instalación de nuevas entidades financieras o la fusión de las existentes, en ejercicio de esa potestad señalada precedentemente.

Ahora bien, siguiendo a Bidart Campos, el **principio de legalidad** necesariamente lleva ínsito el acatamiento del **principio de razonabilidad**. De allí que todo acto objetivamente irrazonable o arbitrario sea susceptible de ser tildado de inconstitucional y, consecuentemente, devenir en inválido y sin eficacia alguna.

Pero, a su vez, el principio de razonabilidad también hace a la ponderación de la oportunidad, mérito o conveniencia de la autorización para funcionar. Por consiguiente, este principio tampoco puede ser ejercido irrazonablemente, pues acreditado este supuesto, el acto también sería fulminado de inconstitucionalidad y pasible de invalidez.

Los principios de legalidad y de razonabilidad son invocados y utilizados de distinta manera, según la actividad financiera sea calificada de servicio público o de interés público. Veamos por qué:

- Si es servicio público, la actividad es resorte del Estado, quien dispone que sea prestada por sí (servicio público propio) o mediante concesión o delegación (servicio público impropio). En este supuesto, el principio de legalidad debe respetarse porque significa el acatamiento del orden legal establecido. Pero no sucede lo mismo con el principio de razonabilidad, en materia de oportunidad, mérito o conveniencia, que queda marcadamente

expuesto a las influencias derivadas de la potestad y discrecionalidad que se atribuye el funcionario público (generalmente más allá de los límites aceptables) y en muchas ocasiones traspasa los límites de la legalidad. Ello, en virtud de que en el servicio público, en supuestos de dudas sobre intereses contrapuestos, el interés del Estado prevalece sobre el interés individual.

- Si la actividad es considerada como de interés público, es innegable la intervención del Estado en el otorgamiento de la autorización para funcionar y en la reglamentación de la actividad y su supervisión. Por ello, el principio de legalidad también está presente en su acatamiento, sin excepción alguna. Pero, respecto al principio de razonabilidad, en lo atinente a oportunidad, mérito o conveniencia, este debe ser cumplimentado más acabadamente por el funcionario público, en razón de los derechos subjetivos generados por las entidades actuantes. Porque en este supuesto, las dudas sobre intereses controvertidos, debe interpretarse en el sentido que el interés del individuo prevalece sobre el interés del Estado.

La diferenciación deslizada no configura un simple juego de palabras, sino que pretende determinar cómo debe ser considerada la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos a dictarse, según el régimen normativo de regulación de un servicio público o de una actividad de interés público. Son matices que hacen a la juridicidad de los actos que deban dictarse y al respeto por el estado de derecho.

8. Corolario

En función de lo expuesto y ateniéndonos al marco legal vigente, que resulta aplicable a la actividad financiera en la actualidad, soy de la opinión que no existen justificativos, que objetiva y técnicamente considerados, sean idóneos para calificar a la actividad financiera institucional como servicio público.

La experiencia nacional nos indica que la problemática de los medios de producción, junto con la asignación y distribución de los recursos, se debate entre dos modelos organizativos antagónicos: el Estado y el mercado. Distintas experiencias bajo uno u otro modelo acreditan que el primero no ha arrojado resultados positivos para la sociedad. La actividad financiera no escapa a esta dicotomía.

Por lo tanto, entiendo más adecuado para la organización y funcionamiento del sistema financiero institucional, el modelo de mercado con el debido contralor del Estado para evitar y/o sancionar los abusos, desequilibrios o disfunciones en que puedan incurrir las entidades financieras, en detrimento de la clientela en general o en detrimento de las entidades débiles por parte de las entidades fuertes, producto de una competencia desleal.

El objetivo de la regulación no debe ser intervenir en la gestión empresarial sino proteger a la sociedad en la realización de una actividad que resulta esencial para la vida y bienestar económico de sus integrantes.

No debe olvidarse que las entidades financieras son transformadoras de los términos según los cuales los oferentes de fondos quieren prestar el dinero propio (ahorristas) y los tomadores de fondos quieren pagar por el dinero ajeno (prestatarios).

La intermediación financiera así generada tiene la ventaja sistémica de reducir los denominados "costos de transacción", que se traduce en la siguiente ecuación sistémica:

El ahorrista obtiene un mayor rendimiento que el que podría ofrecerle otro ahorrista.

El prestatario logra un menor costo que el que podría obtener de otro prestatario.

Todo ello dentro de un marco idóneo de supervisión prudencial y esencialmente preventivo a cargo del Estado, que siga los principios internacionales, por el cual se posibilita:

Si la entidad es solvente, es suficiente el contralor ejercido por las propias autoridades estatutarias.

Si la entidad es insolvente, interviene el regulador en representación del sistema y de los ahorristas.

De este modo, el principal beneficiado será la propia sociedad, atento que el funcionamiento virtuoso del mercado le significará el ofrecimiento de mayores alternativas de inversión conjuntamente con el ofrecimiento de mayores mecanismos de financiación, facilitando el acceso al sistema financiero de todos los sectores de la producción y comercialización de bienes y servicios como también del consumo personal.

El plexo normativo del actual sistema permite cumplir satisfactoriamente tales postulados, sin necesidad de reforma legal alguna, siendo plenamente factible propiciar mayor "ductibilidad" en la prestación de los servicios y mejor "supervisión" en el funcionamiento sistémico de las entidades autorizadas.

Los mercados financieros no son perfectos, requieren de supervisión eficiente pero a la vez es necesario que sean orientados por las autoridades responsa-

bles, hacia objetivos de producción empresarial y de satisfacción individual. En este sentido, es imprescindible reimplantar la cultura crediticia “*cualitativa*”, en sustitución de la visión “*cuantitativa*” que ha prevalecido en los últimos años, en todo el mundo y que la crisis mundial ha puesto de manifiesto.

La actual ley de entidades financieras, que concibe la intermediación financiera como una actividad privada de interés público, bajo una eficiente reglamentación y supervisión a cargo del BCRA, ha demostrado ser útil luego de transitar tres largas décadas con distintas administraciones y reiteradas turbulencias, por lo que soy de opinión que debe mantenerse en su esencia, siendo pasible solo de reformas puntuales comprensivas de aquellos aspectos del negocio bancario que no estén contemplados (rol de la banca pública, banca electrónica, banca sin sucursales, banca móvil, interrelaciones con el mercado de capitales) y de aquellas normas que han sido esclarecidas en su validez y en sus alcances, por la doctrina y la jurisprudencia.

En reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene afirmando que la Ley 21.526 constituye “...la continuación de una larga trayectoria en la materia, en cuanto coloca al Banco Central como eje del sistema financiero y establece sus facultades en materia de política monetaria y crediticia...”, con el objeto de reglar “...a cierta clase de personas jurídicas, que desarrollan una actividad específica de importancia esencial para la vida económica del país”⁷.

En el mismo sentido, también la Corte sostuvo que “...la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de esencia comercial que se caracteriza, especialmente, por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al control del Banco Central, hallándose sometida a un régimen jurídico que establece un margen de actuación particularmente limitado, que faculta al ente rector del sistema a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento”⁸.

⁷ Fallos: 308:418 y 303:1776.

⁸ Fallos: 319:2658; 331:2382; 275:265 y 305:2130.