

Opinión

"¿Es la banca un servicio público?"

Por Lucas Piaggio y Marcelo Villegas

Especial para **lanacion.com**

El aspecto previsiblemente más polémico del debate parlamentario de los proyectos de reforma financiera que están siendo tratados por el Congreso previsiblemente será la caracterización de la actividad que desarrollan las entidades financieras. Mientras el proyecto del diputado Carlos Heller (PSOL) la declara "servicio público", la iniciativa de Federico Pinedo (PRO) la define como servicio de "interés público". Por su parte, la propuesta de Gerardo Milman (GEN) omite caracterizar la actividad de una u otra manera, siguiendo el modelo de la actual Ley de Entidades Financieras (LEF), que también prescinde de tal caracterización, aunque indudablemente se enrola en la consideración de la banca como actividad de interés público (y no servicio público), tal como surge de sus antecedentes (Decreto-Ley 13.527/57 y Ley 18.061), que así la declaraban expresamente.

Si bien para el común de los ciudadanos las expresiones parecen coincidir, jurídicamente existen notorias diferencias entre una y otra figura. El "servicio público" constituye el mayor grado de intervención administrativa sobre una determinada actividad económica, ya que implica la asunción estatal de su titularidad, y trae aparejado que la misma mute de un régimen de derecho privado a uno de derecho público (caracterizado por las notas de regularidad, obligatoriedad, continuidad e igualdad) y la necesidad de que los prestatarios privados obtengan una "concesión" del Estado para gestionar temporalmente la actividad. En cambio, la caracterización de una actividad como de "interés público" (como pretende el gobierno en relación a la producción de papel para la prensa) supone mantener el carácter privado de la misma y su sometimiento a un régimen preponderantemente de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de una intensa regulación y fiscalización estatal atendiendo a la importancia de la actividad para la comunidad, y del requerimiento de una previa "autorización administrativa" para comenzar a desarrollarla.

Este último esquema regulatorio es el que prima en casi todos los sistemas financieros del mundo, y es el que mejor se ajusta a la realidad de los servicios financieros en la actualidad. Es que la banca, por la esencia misma del negocio (cuyo núcleo central es la intermediación financiera entre los agentes económicos y la prestación de múltiples servicios financieros) y sus riesgos implícitos (ej. riesgos crediticios, de mercado, operacionales, etc.), nació y se desarrolló bajo un régimen de derecho privado y, por añadidura, con primacía de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y las reglas del mercado (entre ellas, la elemental ley de oferta y demanda), principios que son ajenos al campo del servicio público, donde gobiernan las reglas del derecho público impuestas por el Estado y la ley de satisfacción del interés comunitario.

Ello no implica que en el sistema financiero no puedan actuar entidades públicas (como ocurre en nuestro país, donde la banca pública tiene una importante participación) en competencia con bancos privados, ni que el sistema financiero no deba estar regulado en aquellas cuestiones donde haya "fallas" de mercado. Es también admisible una regulación y un control todavía mayores sobre ciertos aspectos de la actividad vinculados al funcionamiento del sistema nacional de pagos (vg. los sistemas de pagos electrónicos o a través de cajeros automáticos, que ya fueron declarados servicios públicos por el Decreto 1606/01). Pero generalizar este concepto a todo el quehacer bancario conllevaría una desnaturalización de la actividad financiera, tal como la conocemos en nuestros días.

El mejor ejemplo del modelo propiciado es la reciente reforma financiera norteamericana impulsada por el presidente Barack Obama y aprobada por el Congreso de ese país, que introdujo importantes regulaciones y controles tendientes a prevenir burbujas especulativas como la que explotó en 2008 en el mercado de hipotecas *subprime*. Así, por ejemplo, mejoró la regulación de las entidades "sistemáticamente" relevantes mediante la creación de un Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera, fortaleció la protección de los consumidores financieros poniendo en marcha un "Bureau" dentro de la Reserva Federal, reformó el sistema de financiamiento a la vivienda incluyendo la obligación de retener un 5% del riesgo crediticio en futuras securitizaciones de hipotecas, reguló al llamado "sistema bancario en las sombras" (en particular al mercado de derivados del *OTC market*), y amplió las competencias fiscalizadoras de los principales reguladores financieros. Con todo, no se cambió la concepción esencialmente privada de la actividad financiera. Salvando las distancias, podría decirse que los proyectos de Pinedo y Milman, que procuran entre otras cosas resguardar los derechos de los usuarios de servicios financieros y la defensa de la competencia dentro de este sector, también van en ese sentido, ya que no se salen de la consideración de la banca como una actividad privada, aunque sea de interés público.

En dirección contraria parece encauzarse la propuesta de Heller, que se basa en la consideración de la actividad como servicio público. En rigor, si se analiza el contenido del proyecto se advierte que los declarados objetivos de implementar una mayor regulación y fiscalización del sector se pueden lograr perfectamente sin necesidad de acudir al controvertido instituto del servicio público, sobre cuyos alcances no hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva. Inclusive, la *publificación* de la actividad podría conducir a resultados seguramente no deseados por los propios promotores de esta iniciativa, dado que obligaría al Estado Nacional, como garante último de la continuidad del servicio (cuya titularidad estaría asumiendo), a rescatar entidades en situación de crisis y/o a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y actividades, asumiendo una inconmensurable contingencia fiscal implícita que recaerá, en definitiva, sobre todos los contribuyentes. Esto se evidencia con la propuesta de estatizar el sistema actual de seguro de los depósitos (SEDESA), pasando el Estado a asumir la responsabilidad definitiva por la devolución de los depósitos de entidades quebradas. Todo ello se opone a los principios de la buena regulación bancaria, que busca minimizar los costos fiscales en la resolución de crisis financieras.

En suma, todas las reformas que se pretenden introducir en los proyectos en danza son compatibles bajo la actual concepción de la operatoria bancaria como "actividad privada de interés público". No se requiere la declaración de la actividad como servicio

público, que importa trasladar ese controvertido instituto plagado de ideologías a un sector absolutamente ajeno a sus reglas y principios, y que acarrea el riesgo de futuras intervenciones estatales sobre el sistema financiero y de crear mayores contingencias fiscales sobre las espaldas de los contribuyentes. Basta con profundizar el concepto de poder de policía (regulación de actividades privadas) que dimana de la LEF, y los esquemas de control (policía administrativa) a cargo del BCRA que se encuentran regulados en esa normativa y en la Carta Orgánica de tal entidad. Sin duda, será mucho más provechoso concentrarse en las propuestas concretas formuladas en los distintos proyectos, que introducir un debate ontológico sobre la actividad, por demás estéril y poco productivo para los usuarios de los servicios financieros.

(*) Lucas Piaggio: Abogado, socio de Nicholson y Cano

(*) Marcelo Villegas: Abogado y economista, socio de Nicholson y Cano y miembro del Centro para la Estabilidad Financiera (CEF) ■