

La banca en los proyectos de reforma financiera: ¿servicio público o actividad de interés público?

Lucas A. Piaggio

Sumario: I. Introducción. II. Evolución normativa de la actividad bancaria en nuestro país. III. Concepto y caracteres del servicio público. IV. Caracterización de la actividad bancaria. IV.1. No constituye un servicio público. IV.2. Constituye una actividad privada de “interés público o general”. V. Improcedencia e innecesariedad de la declaración de la actividad financiera como servicio público. V.1. Diferencias entre la regulación de las actividades de interés general y los servicios públicos. V.2. Eventual publicación de la actividad: su improcedencia e innecesariedad. VI. Aplicación de los conceptos precedentes a los Proyectos de Ley. VII. Síntesis y reflexiones finales. Bibliografía.

I. Introducción

Actualmente se está debatiendo en el Congreso de la Nación una serie de proyectos de modificaciones a la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 (en adelante, “LEF”), cuya eventual sanción representaría la más importante y radical reforma a la regulación del sistema bancario y financiero desde la sanción misma de aquella ley, en el año 1977. Nos estamos refiriendo a las siguientes iniciativas: a) “Proyecto de Ley de Servicios Financieros para el Desarrollo Económico y Social”, presentado por un grupo de diputados encabezados por el Dr. Carlos Heller –PSOL– (en adelante, “Proyecto Heller”); b) “Proyecto de Ley de Relaciones Financieras y Garantías al Usuario de Créditos y Depósitos”, del diputado Gerardo Milman –GEN– (en adelante, “Proyecto Milman”); y c) “Proyecto de Ley de Entidades Financieras”, del diputado Federico Pinedo –PRO– y apoyado por el Peronismo Federal (en adelante, “Proyecto Pinedo”).

Si bien son varias y de diversa índole las diferencias existentes entre las distintas propuestas, nos interesa particularmente aquel aspecto que de seguro constituirá el eje de la discusión parlamentaria, y que tiene que ver con la caracterización misma de la actividad que desarrollan las entidades financieras. Así, mientras el Proyecto Heller la declara como “servicio público”¹, el Proyecto Pinedo la define como servicio de “interés

¹ Art. 1°: “La actividad financiera es 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”.

público”². Por su parte, el Proyecto Milman omite calificar la actividad de una u otra manera, siguiendo –en este aspecto– el modelo de la actual LEF, que también prescinde de tal caracterización, aunque indudablemente se enrola en la consideración de la banca como actividad o servicio de interés público (y no servicio público), tal como surge de sus antecedentes³, que así la declaraban expresamente. Volveremos sobre este punto en el capítulo siguiente.

Tales divergencias conllevan la reedición de un viejo debate que se suponía cerrado definitivamente en nuestro país desde hace ya varias décadas, por cuanto había quedado descartado, tanto en el plano normativo como –en líneas generales– en el campo doctrinario y jurisprudencial, la consideración de la banca como un servicio público *stricto sensu*. Enrolado en una incipiente y –por ahora– embrionaria tendencia legislativa que comienza a observarse en algunos países latinoamericanos (como Venezuela y Ecuador)⁴, vemos que el Proyecto Heller se alza contra el modelo dominante y postula una declaración grandilocuente de la actividad financiera como servicio público.

La cuestión no es meramente semántica ni baladí, pues no obstante las aparentes similitudes terminológicas existen notables y trascendentales diferencias entre los servicios públicos y las actividades de interés público; o –dicho de otro modo– entre los servicios públicos *stricto sensu* y los servicios públicos impropios o virtuales. Hete aquí el interés jurídico que despierta tal temática debatida en estos días en el seno de nuestro Parlamento, cuyas proyecciones legales y económicas sobre el futuro mismo de la actividad bancaria son potencialmente mucho mayores de lo que probablemente imaginan los propios impulsores de los proyectos *sub examine*.

El análisis del asunto propuesto será encarado, primeramente, dentro del contexto histórico y normativo en que se da, al menos en nuestro país, el debate parlamentario sobre la caracterización de la actividad bancaria como servicio público o actividad de interés público. Posteriormente intentaremos desentrañar –al menos en forma aproximada– el concepto y los caracteres fundamentales del “servicio público”, por un lado, y de la “banca”, por otra parte, para tratar de determinar si es posible y, en su caso, necesario o conveniente, encuadrar dentro de aquel instituto jurídico a una actividad de la naturaleza y características de las que desarrollan las entidades financieras. Hacia el final, aplicaremos concretamente las conclusiones extraídas a los proyectos de ley que motivan el presente trabajo y, en concreto, las caracterizaciones expresas o tácitas que dimanar de ellos.

II. Evolución normativa de la actividad bancaria en nuestro país.

Desde los orígenes de la banca en nuestro país se observa la concurrencia de añejas entidades públicas, como el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fundado en 1822) y el Banco de la Nación Argentina (fundado en 1891), que hasta nuestros días ocupan un

² Art. 2°: “La actividad financiera es el servicio 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”.

³ Art. 35 del Decreto Ley N° 13.527/1957 y Art. 52 de la Ley N° 18.061.

⁴ Ver nota 33.

lugar de privilegio dentro del sistema financiero local, con múltiples bancos privados de capital nacional y extranjero, algunos de gran importancia y alcance nacional, y otros más pequeños y focalizados en ciertas actividades y en determinadas regiones del país. También el cooperativismo se ha hecho presente en el pasado con varios bancos cooperativos y cajas de crédito, para tener en la actualidad una menor presencia, representada fundamentalmente por una única entidad⁵.

Desde el punto de vista regulatorio, la actividad bancaria, desde los comienzos de nuestra organización constitucional, fue considerada una actividad comercial y, como tal, se ha encontrado regida primordialmente por el derecho privado. Así, el Código Comercial declara mercantil toda “operación del banco”⁶, sometiendo sustancialmente a las actividades que desarrollan las entidades financieras –y a las principales herramientas de las que ésta se vale– a la regulación a aquel cuerpo normativo y de la legislación mercantil en general (y en algunos casos, a las leyes civiles) que sanciona el Congreso de la Nación.

La originaria situación de no intervención estatal específicamente en lo relativo al funcionamiento de las entidades financieras, fue superada con las primitivas normas regulatorias de la actividad (Leyes Nros. 12.156 –de 1935– y 13.571 –de 1946–), pasándose luego a sistemas legales de mayor intervención normativa y fiscalizadora estatal. Nos estamos refiriendo a la antigua “Ley de Bancos” (Decreto Ley N° 13.127/1957), a la no menos recordada “Ley de Bancos y entidades financieras” (Ley N° 18.061), y a la actual “Ley de Entidades Financieras” (Ley N° 21.526, en adelante, la “LEF”). De este plexo normativo se puede inferir una clara tendencia caracterizada por la intensa y minuciosa regulación del conjunto de la actividad bancaria, mas reconociendo en general el carácter eminentemente privado de la misma⁷, aún cuando se le asigne –incluso a nivel legal– un innegable “interés general” por la importancia de la intermediación financiera⁸ y de los demás aspectos y operaciones que la componen⁹ para el desarrollo económico del país.

⁵ Nos estamos refiriendo al Banco Credicoop Cooperativo Limitado.

⁶ Art. 8°, inc. 3°.

⁷ Tal vez, como excepción, podría citarse que en los considerandos del Decreto Ley N° 13.127/1957 se hablaba “del evidente servicio público que los bancos tienen a su cargo” (consid. 3°). Sin embargo, ello encuentra sustento en una concepción amplia del instituto del “servicio público”, propio de aquella época. Además, lo relevante es que en la parte resolutive de la norma (Art. 35) se califica a la actividad como servicio “de interés público”, y no como servicio público. En todo caso, sí es dable admitir que durante la vigencia de la derogada Ley N° 20.520 de Nacionalización de Depósitos Bancarios, conforme a la cual los bancos tomaban depósitos por cuenta y orden del BCRA y aquellas entidades eran calificadas *representantes* de éste (Art. 4°), la actividad bancaria era desarrollada como si fuera un verdadero servicio público (cfr. Mertehikian, Eduardo, “El poder de policía financiero y bancario”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas de la Universidad Austral del 7, 8 y 9 de mayo de 2003, Ediciones Rap, p. 713), aunque sin previa declaración como tal.

⁸ Como señala Rodolfo O. Fontanarrosa, las operaciones bancarias tienden principalmente a dos fines: a) tomar bienes a crédito (v. gr., depósitos a plazo fijo); y b) dar a crédito lo que se ha obtenido. No obstante, aclara que fuera de estas operaciones (pasivas y activas, respectivamente) denominadas principales o fundamentales, los bancos suelen realizar otras llamadas accesorias, tales como servicios de cajas fuertes de seguridad, adquisición de títulos, etc. (*Derecho Comercial Argentino – Parte General*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1992, p. 142).

⁹ Más allá de la típica intermediación financiera, y entre otros múltiples servicios y actividades, los bancos realizan operaciones de mediación en los pagos (cobros y pagos de tributos, tarifas de servicios públicos y privados, cuotas de créditos comerciales), colocación de títulos públicos, gestión de cobranzas (*factoring*),

Como puede observarse, aquella regulación sustancial de la actividad, de las operaciones bancarias y de los instrumentos de crédito y contratos bancarios de los que aquélla se nutre para realizar la actividad financiera típica –esto es la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros¹⁰–, resulta perfectamente compatible con esta regulación específica que desde hace varias décadas ha tenido en nuestro país el funcionamiento de las entidades financieras.

III. Concepto y caracteres del servicio público.

La cuestión atinente a la caracterización de cuándo una actividad constituye o no un servicio público, así como cuáles son las cualidades esenciales de dicho instituto jurídico, no es una cuestión sencilla habida cuenta de la falta de un consenso mayoritario a nivel doctrinario en torno a dicha noción y a sus alcances¹¹. En definitiva, interesa el régimen jurídico de los servicios públicos de cada país, que depende a su vez de su propio contexto sociopolítico, ya que el servicio público es un concepto histórica y políticamente variable¹².

En nuestro país, el ordenamiento jurídico aporta poca ayuda a la caracterización del servicio público, por cuanto no brinda una definición legal de dicho concepto¹³. Esto ha conducido a un fuerte debate doctrinario, a resultas del cual podría decirse que se ha terminado abandonando mayoritariamente la concepción global y amplia del servicio público¹⁴,

locación de bienes de capital (*leasing*), emisión de tarjetas de crédito, etc. Este fenómeno fue advertido hace décadas por el ilustre doctrinario Mario A. Bonfanti, quien ante la evidencia de las distintas funciones que la banca tendía a cumplir y la ampliación del espectro de sus actividades y campos de operación, postulaba la doctrina anglosajona al sostener que el banco es una “cuestión de hecho”, dado que “la realidad fáctica [...] muestra que su imagen polifacética que, nos guste o no, se impone” (“El banco: más allá de la intermediación de la oferta y demanda de recursos financieros”, *El Derecho*, suplemento del 20-6-1989).

¹⁰ Art. 1º de la LEF.

¹¹ Cierta doctrina tiene dicho que la definición del servicio público “constituye uno de los capítulos más desesperantes de nuestra disciplina en que cada autor nos presenta su personal concepto y definición” (Pérez Sánchez, Luis R., *El servicio público. Técnica de protección al usuario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, p. 9), razón por la cual ninguna definición posee carácter absoluto, siendo “todas ellas genéricas, descriptivas y tendenciosas” (Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, *La Ley* 1982-B, p. 363). Inclusive, se ha llegado a rechazar la posibilidad –y la utilidad– de definir este concepto (Linares, Juan F., “Concepto y definición de servicio público”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo –RADA–*, Buenos Aires, 1994, N° 14, p. 33).

¹² Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 357. En esta misma línea de pensamiento, Pérez Sánchez sostiene que “no es posible y es inútil formular una definición del concepto jurídico servicio público sino en relación a un sistema político determinado”, y que “las condiciones sociopolíticas imperantes en una época histórica dada, son determinantes para comprender el fenómeno [...]” (*op. cit.*, p. 9).

¹³ Nuestro ordenamiento jurídico alude al instituto del servicio público en reiteradas oportunidades (v. gr., en el Art. 42 de la Constitución Nacional), pero ninguna norma define ese concepto.

¹⁴ Hasta hace algunas décadas, primaba en nuestra doctrina la concepción amplia del instituto postulada por el jurista Miguel S. Marienhoff, quien entendía por servicio público toda actividad de la Administración pública o de los particulares que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 55). Dicho concepto incluía tanto los servicios públicos en sentido “estricto” como aquellos denominados servicios públicos “impropios” o virtuales –v. gr., venta de artículos de primera necesidad, expedición de medicamentos por las farmacias, etc.– (cfr. Mosquera, Gerardo R., “La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap–* 150:32).

y se ha acogido, en su lugar, un concepto más restringido, aunque de mayor precisión jurídica, por cuanto se reserva actualmente tal noción para aquellas actividades que satisfacen necesidades “primordiales” de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica, previa e insoslayable declaración legal¹⁵.

En efecto, según la mayor parte de los autores de nuestro medio, hay servicio público únicamente cuando una ley así declara una determinada actividad¹⁶, mediante una calificación formal¹⁷ y específica¹⁸, que importa su publicación (*publicatio*). Esto trae aparejado la asunción formal de la titularidad estatal de la actividad publicada¹⁹, que implica, a su vez, que ésta pase a formar parte de los cometidos materiales pertenecientes a la función administrativa de la Administración pública²⁰.

A pesar de la crítica que esta postura ha recibido de parte de otro destacado sector doctrinario²¹, puede decirse que este esquema de la *publicatio*, exclusividad regalística o titularidad estatal de los servicios públicos, importado del sistema jurídico continental europeo²², ha sido el seguido hasta ahora por nuestro legislador, que ha considerado la necesidad de realizar esa declaración formal como servicio público de determinadas actividades económicas²³, como presupuesto para su publicación y sometimiento a las reglas del instituto jurídico bajo examen.

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público y las técnicas concesionales”, *La Ley* 1995-C-1181. Como dice Barra, no existen actividades que sean servicio público por naturaleza, requiriéndose siempre una calificación jurídica en ese sentido (cfr. “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 367). Según Ariño Ortiz, dicha declaración sólo puede llevarse a cabo a través de una “ley formal” (*op. cit.*, p. 350).

¹⁶ Muratorio, Jorge I., “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994”, en *Estudios de la reforma constitucional*, p. 100 y sus citas.

¹⁷ Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 376; Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 116; Muratorio, Jorge I., *op. cit.*, p. 104; entre muchos otros.

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos, “El contrato...”, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹ Cfr. Pérez Sánchez, Luis R., *op. cit.*, pp. 15 y 24.

²⁰ Esta consecuencia es, según Barra, el principal aspecto del instituto de la *publicatio* (cfr. *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 231).

²¹ Entre nosotros, Héctor Mairal ha sido quien mayormente ha encarnado este cuestionamiento al sistema jurídico continental europeo de la *publicatio* o titularidad estatal de los servicios públicos (“La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 359 y sigs.). Según este profesor, el nuevo paradigma es la idea angloamericana de la “regulación por causa de servicio público”, y pregona que éste, en lugar de ser titularizado por el Estado y luego eventualmente concedida su prestación a los particulares, sólo debe ser regulado intensamente por éste. Esto significaría la configuración de un servicio público (en cuanto obligatorio, regular, uniforme, general y continuo) sin titularidad estatal; o el ejercicio del poder de policía con mayor intensidad, lo que incluiría, por ejemplo, la restricción al ingreso en el servicio, la aprobación de tarifas, y la obligatoriedad del servicio (cfr. Muratorio, Jorge I., *op. cit.*, p. 112). Desde otro ángulo, también Miguel S. Marienhoff cuestiona que se requiera de un precepto legal expreso que declare a una actividad como servicio público, dado que, según este jurista, tal calidad también puede surgir virtual o impropriadamente por su carácter objetivo, por la índole misma de la actividad (cfr. “El servicio público y sus variadas expresiones. Actividad bancaria. Servicio fúnebre. Actividad del corsario”, *Jurisprudencia Argentina*, 29-1975, p. 731).

²² España es un claro ejemplo de este modelo, ya que el instituto jurídico de la *publicatio* dimana de su propia Constitución de 1978: “Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolios [...]” (Art. 128).

²³ Así ha ocurrido, por ejemplo, con la distribución y el transporte del gas natural (Art. 1° de la Ley N° 24.076) y de la energía eléctrica (Art. 1° de la Ley N° 24.065).

Entre las principales consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de que una actividad sea declarada como servicio público mediante ley, se encuentran las siguientes²⁴:

a) el titular del servicio público pasa a ser la Administración pública, siendo tal titularidad inalienable (a excepción, claro está, de una nueva ley que despublique la actividad);

b) dicha actividad es sustraída de la esfera de acción de los particulares, que no pueden desarrollarla o seguir haciéndolo a título propio, como hasta el momento de la *publicatio*;

c) los particulares sólo podrán desarrollar tal actividad si existe una expresa delegación administrativa a tal fin (concesión o licencia), conservando el Estado la titularidad del servicio;

d) tal transferencia de la prestación del servicio público a favor de un particular (que no deja de ser un sujeto privado por la circunstancia de ostentar el título de *empresario de servicio público*²⁵) es esencialmente interina o transitoria, dado que la prestación de la actividad revierte al Estado al finalizar la concesión o licencia, siendo a su vez, y en principio, inadmisibles que se otorgue una concesión o licencia sin plazo de duración;

e) la reversión puede producirse incluso durante el transcurso de la concesión o licencia, dada la potestad de rescate que corresponde a la Administración;

f) la Administración conserva la facultad de modificar las condiciones de prestación del servicio para mantenerlo en todo momento ajustado a las necesidades públicas, sin que sean oponibles las disposiciones del contrato de concesión o de la licencia para evitar la modificación;

g) el concesionario o licenciatario privado no puede oponerse al rescate ni a la modificación de las condiciones de prestación del servicio, si bien goza del derecho a ser indemnizado por las pérdidas que el ejercicio de tales prerrogativas estatales le cause;

h) las potestades administrativas de rescate y modificación son irrenunciables;

i) el servicio debe ser prestado con regularidad, continuidad, igualdad y obligatoriedad, características propias de todo servicio público²⁶;

²⁴ En este tema seguimos, en lo sustancial, a Perez Sánchez, Luis R., *op. cit.*, p. 24 y sigs.

²⁵ Cfr. Mertehikian, Eduardo, "La regulación de los servicios públicos privatizados", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública-Rap*: 197:13, Buenos Aires. La independencia y separación del empresario privado en relación a la Administración pública, se pone de manifiesto en que si bien ésta puede controlar la marcha del servicio gestionado por aquél, no puede en cambio, en principio, y tal como señala el citado autor, intervenir en la gestión y dirección empresaria bajo el pretexto de que se trata de una actividad en la que se encuentra involucrado directa e inmediatamente el interés general (*op. cit.*, p. 14).

²⁶ Tales son los principios fundamentales del servicio público, que se aplican a toda actividad así calificada, aún cuando no se encuentren específicamente legislados de modo expreso, puesto que el régimen jurídico del servicio público se configura igualmente sobre la base de determinados principios generales del derecho (Cassagne, Juan Carlos, "El servicio público...", *op. cit.*, p. 1184). Algunos autores agregan a la "generalidad" como carácter jurídico del servicio público, lo cual es rechazado por Cassagne, para quien cabe admitir la prestación de servicios parciales en determinados lugares sin lesión a la regla de igualdad (*op. y p. cit.*, nota 40). Cierta doctrina ha soslayado la importancia de estos caracteres como criterio distintivo del servicio público, por entender que tales notas no son exclusivas de este instituto sino que son comunes a toda la actividad administrativa (cfr. Barra, Rodolfo C., "Hacia una interpretación...", *op. cit.*, p. 368). No obstante, como apunta Mairal, algunas notas (v. gr. la obligatoriedad) no se dan en ciertas actividades administrativas, como por ejemplo en la de fomento (*op. cit.*, p. 432).

j) se trata de una actividad que se presta bajo un régimen predominante de derecho público, ya no solamente en lo que respecta a los vínculos jurídicos entre el prestatario privado y el Estado regulador y fiscalizador, sino también en lo atinente a las relaciones entre aquél y los usuarios del servicio²⁷;

k) el servicio público se caracteriza por la subordinación del interés privado al interés público, con las consiguientes indemnizaciones a cargo del Estado que se derivan cuando el primero debe ser sacrificado en pos del segundo;

l) la publicación de una actividad otorga mayor alcance y contenido a la intervención estatal en la regulación, control²⁸ y extinción del servicio público concedido o licenciado;

m) los precios o tarifas de los productos y servicios que ofrece quien desarrolla un servicio público se encuentran –en principio– regulados por el Estado²⁹, quien debe además aprobarlos³⁰.

²⁷ Cfr. Mertehikian, Eduardo, “La regulación...”, *op. cit.*, p. 10. La postura contraria, con relación a estos últimos vínculos, encuentra apoyo nada menos que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a la cual la relación usuario-prestador de un servicio público privatizado se rige por el derecho privado (civil o comercial) en tanto la cuestión versa entre dos sujetos privados y no se impugnan actos de la Administración pública (CSJN, “Davaro c/ Telecom”, 8-9-1992, *Fallos*: 315:1883). Sin embargo, compartimos el criterio esbozado en el voto en disidencia de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos Fayt, en el que a grandes rasgos se sostiene que la concesión de servicios públicos implica una “delegación” de un cometido público, que implica la transferencia del ejercicio de la competencia que la Administración pública tiene respecto a determinada actividad. Tal cambio del sujeto prestador, según esos magistrados, no puede implicar para los terceros (los usuarios) una modificación sustancial del “*estatus* garantizado” del servicio público, que se rige por el derecho público (administrativo, en la especie).

²⁸ Corresponde aclarar que en las *public utilities* (empresas privadas de interés público) del derecho norteamericano, tan respetuoso de la libre empresa y que prescinde del instituto de la *publicatio*, la intensidad del control sobre la dirección y gestión de la actividad es también considerable (Mertehikian, Eduardo, “La regulación...”, *cit.*, p. 6). Agrega este autor que aún cuando en el derecho anglosajón las actividades de interés público reglamentadas permanecen en manos privadas, se ha obtenido un similar resultado de intromisión estatal al desarrollado por el régimen del servicio público y han colocado a aquellas empresas en una situación práctica muy semejante a la de los concesionarios de servicios públicos (*op. cit.*, p. 11). Entre otras facultades, se les reconoce a las agencias estatales del modelo norteamericano el control de costos (de modos que estos sean razonables) y sobre los bienes concernientes al servicio, con exigencia de autorización previa para su enajenación o sustancial alteración (Grecco, Carlos M., “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1990, N° 5, p. 481 y sigs.).

²⁹ Suele decirse que uno de los caracteres distintivos del servicio público es la regulación tarifaria (Mata, Ismael, “Noción actual de servicio público”, en *Jornadas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995). No obstante, el carácter tasado de los precios también se da en ciertas actividades reglamentadas de interés público, que no son servicios públicos *stricto sensu* (v. gr. el servicio de taxis o la actividad farmacéutica). Por otro lado, según Mairal podría no existir el control tarifario cuando se trata de servicios públicos que compiten con otras actividades diferentes, que impiden al prestador abusar de una posición monopólica –v. gr., el caso del transporte aéreo o ferroviario respecto del transporte automotor– (*op. cit.*, p. 434).

³⁰ La fijación tarifaria también está presente dentro del esquema de control sobre las *public utilities* del derecho norteamericano (cfr. Grecco, Carlos M., *op. y pp. cit.*).

IV. Caracterización de la actividad bancaria.

Habiendo repasado brevemente los orígenes y la evolución de la banca y de su regulación normativa en nuestro país, y la noción y los alcances del instituto jurídico del servicio público, corresponde ahora tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de aquella actividad, para determinar, fundamentalmente, si es o podría ser considerada servicio público o no, y en su caso, en qué otra categoría jurídica podría adscribirse.

IV.1. No constituye un servicio público.

Hemos visto en el capítulo anterior que para la caracterización de una actividad como servicio público –o no– corresponde acudir, en primer lugar, a la regulación que ella tiene en cada país. Asimismo, ha quedado explicitado que en nuestro régimen se ha adoptado el sistema europeo continental de la *publicatio*, que requiere la asunción formal de la titularidad estatal de una determinada actividad mediante su declaración legal como servicio público, para que la misma sea considerada de tal manera.

Desde esta perspectiva, habría que concluir que en nuestro país, y a excepción de los sistemas de pago por medios electrónicos³¹, el núcleo y prácticamente toda la actividad que desarrollan las entidades financieras no puede ser considerada servicio público *stricto sensu*, habida cuenta de la inexistencia de una “ley” que así la declare en forma expresa y formal³². Lo propio ocurre en la mayor parte de los países de Latinoamérica (con algunas excepciones³³), y en el Viejo Continente, donde ya desde el dictado de la Directiva 780/77 de la Comunidad Económica Europea se viene facilitando el libre acceso a la actividad en el ámbito del mercado común, bajo la condición del cumplimiento de ciertos recaudos.

³¹ Tal sector vinculado con la actividad financiera fue declarado servicio público sujeto a regulación por un Decreto de Necesidad y Urgencia (Decreto N° 1.606/2001), que según nuestra Constitución Nacional es una medida de sustancia legislativa (Art. 99, inc. 3).

³² Tal declaración no está presente ni en la LEF ni en ninguna otra normativa vigente.

³³ Por ejemplo, en Ecuador, donde el Artículo 308 de la Constitución declara a las actividades financieras como “servicio de orden público”, recientemente la Asamblea Constituyente aprobó un proyecto de artículo constitucional que califica expresamente a las actividades financieras como un “servicio público delegable”. Puede también mencionarse el caso de Venezuela, dado que el Artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario hace referencia a “la prestación de servicios públicos, como la instituciones bancarias y otras instituciones financieras”. En aquel país, además, la Asamblea Nacional está actualmente tratando un Proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos (aprobada en Comisión el 6-10-2010), cuyo Artículo 5°, ap. 2°, declara a la “banca” como “servicio público no domiciliario”. Un caso curioso sobre este particular se da en Colombia, donde el Artículo 1° del Decreto N° 1.593/1959 publicó la actividad (“Declárense de servicio público las actividades de la industria bancaria, ya sean realizadas por el Estado, directa o indirectamente o por los particulares”), hasta que perdió formalmente vigencia en virtud de su derogación en 1968 por la Ley N° 48. No obstante, con posterioridad a la sanción de esta última ley la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país siguió reconociendo la calidad de servicio público que tiene la actividad financiera, sin importar el carácter público o privado del órgano que la lleve a cabo (v. gr. Sentencias T-443 de 1992; C-122 de 1999; SU-157 de 1999; T-219 de 2001; T-578 de 2001; T-083 y T-1085 de 2002; T-587 de 2003; y T-520 de 2003).

No se nos escapa que según cierto sector doctrinario el fenómeno de la *publicatio* también puede darse en forma tácita, cuando –aún sin existir tal declaración expresa– mediante ley se impone a una cierta actividad que satisfaga necesidades colectivas y primordiales un determinado estatus de derecho público, según el cual se exige un título estatal habilitante para desarrollar la actividad, la obligación de prestar el servicio, un régimen de tarifas y de control, entre otros requisitos propios del instituto en cuestión³⁴.

Sin embargo, y aún admitiéndose que la operatoria bancaria tiende en buena medida a satisfacer necesidades colectivas y, en algunos casos, primordiales (v. gr. en lo atinente al acceso de los ciudadanos a un sistema de pagos), lo cierto es que muchos de estos factores no están presentes en la regulación actual del conjunto de la actividad, ni podrían darse en ninguna legislación hipotética que pretenda respetar la naturaleza de las cosas, habida cuenta de las peculiaridades del quehacer financiero.

Con relación al título habilitante para el desarrollo de la actividad como nota característica de los servicios públicos³⁵, hay que reconocer que las entidades financieras deben inexorablemente obtener una “autorización” previa de la agencia estatal que tiene a su cargo la supervisión del sector³⁶, es decir, el BCRA³⁷. No obstante, tal figura constituye, en opinión de cierta doctrina, una simple remoción de obstáculos o levantamiento de una condición para el legítimo ejercicio de un derecho preexistente al acto autorizativo³⁸, fundado

³⁴ Linares, Juan F., *op. cit.*, p. 37.

³⁵ Como hemos observado en el capítulo precedente, la declaración legal de una actividad como servicio público significa que esa actividad, incorporada al quehacer del Estado, queda en principio excluida de la esfera de actuación libre de los particulares, salvo que medie alguna delegación por parte de aquel. Precisamente, para Barra, cuando hay imprecisión normativa, el dato determinante para la calificación de una actividad como servicio público está dado por el hecho de que aquélla, siendo de titularidad exclusivamente estatal (*publicatio*), puede ser delegada –en lo que respecta a su ejercicio– a los particulares (“delegación transestructural de cometidos públicos”), sin mengua de los atributos esenciales del poder estatal, y bajo un régimen jurídico de derecho público que es útil para garantizar a los administrados las prestaciones que corresponden a esa actividad (cfr. “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 373).

³⁶ En Latinoamérica, en varios países se exige, para el funcionamiento de las entidades financieras, la previa “autorización” estatal, ya sea de una Superintendencia (Bolivia –Ley de Bancos y Entidades Financieras–, El Salvador –Art. 25 de la Ley de Bancos–, Venezuela –Arts. 7º y 10 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras–), de una Junta Monetaria (Guatemala –Ley de Bancos y Grupos Financieros–, República Dominicana –Art. 35 de la Ley Monetaria y Financiera N° 183/2002–), o del Banco Central (Brasil –Art. 18 de la Ley N° 4.595/1964–). En México existe un procedimiento más complejo, dado que se requiere la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su junta de Gobierno y opinión favorable del Banco de México (Arts. 8º y 9º de la Ley de Instituciones de Crédito). Por su parte, en Perú, la Ley N° 26.702 (“Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y AFP”) exige una autorización de organización y funcionamiento a ser otorgada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, con la previa opinión del Banco Central.

³⁷ Arts. 7º y 8º de la LEF. Se trata de una autorización de *funcionamiento y operativa*, dentro de la clasificación que realiza cierta doctrina (cfr. Mertehikian, Eduardo, “El poder de policía...”, *op. cit.*, p. 713, con cita de Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992, pp. 91 y 92).

³⁸ Como sostenía Jorge Labanca en relación al Artículo 2º del Decreto Ley N° 13.127/1957 (antecedente del Art. 7º de la LEF), “la letra de la ley reconoce un derecho (a abrir nuevos bancos), pero cuyo ejercicio legítimo se subordina a la previa autorización del Banco Central. En efecto, no se podría pedir autorización si no se fuera titular de un derecho al ejercicio de la actividad cuya autorización se pretende [...]”. Agrega este autor que el acto del BCRA “viene a hacer posible el ejercicio de una facultad o potestad latentes en el derecho subjetivo y cuyo

en el Artículo 14 de la Constitución Nacional³⁹, y es similar en este aspecto a las autorizaciones administrativas previas a las que se subordina el desarrollo de otras actividades de interés general⁴⁰, pero que siguen siendo privadas y no constituyen servicios públicos⁴¹.

La “autorización previa para funcionar” exigida a los bancos no es en cambio asimilable a los instrumentos jurídicos utilizados en materia de servicios públicos *stricto sensu*, que tienen en común su carácter *constitutivo*⁴². No se asimila a la “concesión” administrativa, que en el sistema continental europeo constituye el título habilitante por excelencia para que un particular gestione una actividad declarada servicio público⁴³, ni a la “licencia”, que en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza para la gestión de ciertos servicios públicos⁴⁴, pese a las críticas doctrinarias que ha recibido esta figura⁴⁵. También

concreto ejercicio estaba vedado por la prohibición. Por eso, la autorización no aumenta ni otorga derechos subjetivos. Por el contrario, requiere la previa existencia de éste [...] y se limita a declarar que, en el caso concreto, no hay razones de orden público para prohibir la actividad específica. Acto declarativo y no constitutivo”. (“Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco”, *Jurisprudencia Argentina*, 1967-VI-, pp. 812 y 814). Desde esta perspectiva, no puede sino compartirse la crítica que realiza Horacio P. Fargosi al Artículo 8° de la LEF en cuanto somete la autorización para funcionar de las entidades financieras a apreciaciones que entran en el terreno de una absoluta discrecionalidad, ya que tal potestad estatal podría ser ejercida en forma arbitraria y rozaría el principio de la libertad emergente del Artículo 14 de la Ley Fundamental (“Algunas consideraciones sobre la actividad bancaria”, *La Ley* 1989-D, p. 903).

³⁹ Se trata de una facultad general al desarrollo de actividades económicas, incluso en el área bancaria, que como todo derecho constitucional tiene carácter relativo, en cuanto a que está sujeto al dictado de normas que reglen y limiten la actividad por razones de conveniencia general. Pero si la ley hubiera querido directamente sustraer ese sector del ámbito total donde puede ejercerse el derecho constitucional de comerciar (Art. 14 de la Carta Magna), el legislador debió proceder a declarar formalmente al comercio bancario como servicio público, para poner así sólo en cabeza del Estado el derecho al ejercicio de la actividad (Labanca, Jorge, *op. cit.*, p. 812).

⁴⁰ La doctrina anglosajona define la autorización administrativa de actividades como “el levantamiento de una prohibición legislativa. La intención primordial no es prohibir sin regular. El propósito de la prohibición es, exclusivamente, colocar todas las operaciones bajo el ojo escrutador de la autoridad administrativa” (Simon, Smithburg, Thompson, “Public administration”, Nueva York, 1954, p. 476, citado por Labanca, Jorge, *op. cit.*, p. 812). En el caso específico de la actividad bancaria, la autorización ha sido instituida para tutelar intereses de la sociedad que podrían verse comprometidos por el desarrollo inarmónico o deficiente de la misma (Labanca, *op. cit.*, p. 814).

⁴¹ Como señalaba en su momento Horacio P. Fargosi, en relación a otro proyecto de ley que calificaba a la actividad bancaria como un servicio público, la circunstancia de que el acceso al sector esté sometida a una previa “autorización” no implica alterar el carácter privado de la actividad (*op. cit.*, p. 904).

⁴² Las figuras utilizadas para la delegación de la prestación de servicios públicos no suponen en el particular un sustrato preexistente de derecho subjetivo, sino que le atribuyen, en cambio, un estatus ampliatorio de su esfera de acción jurídica (Labanca, *op. cit.*, p. 813).

⁴³ Ariño, Gaspar, *op. cit.*, p. 285. Tal exigencia constituye una importante diferencia con respecto a la figura de la *public utility* del sistema norteamericano, concepto que soslaya el análisis de si la titularidad de esa actividad (generalmente monopolista) pertenece al Estado o a la sociedad. Como consecuencia de ello, no existe en este último régimen el instituto jurídico de la concesión.

⁴⁴ Esta figura es utilizada en el ámbito de la distribución de gas natural (Art. 4° de la Ley N° 24.076 y Art. 4° del Decreto N° 1.738/1992) y las telecomunicaciones (Decreto N° 764/2000), entre otros servicios públicos.

⁴⁵ Según Miguel S. Marienhoff, la “licencia” es una figura jurídica híbrida, ambigua y de contornos imprecisos, no pudiéndosela equiparar a la “concesión” y siendo además impropia para la delegación de la prestación de un servicio público (“Los privilegios en el derecho público”, *El Derecho*, 162-1204).

se diferencia aquella figura de estos títulos habilitantes para la prestación de servicios públicos, en cuanto a su carácter *permanente* (esto es, no sujeta a un determinado plazo de vigencia), que se opone a la transitoriedad intrínseca que cierta doctrina exige para toda delegación de la gestión de un servicio público a los particulares⁴⁶.

Por lo demás, si nos atenemos a los caracteres jurídicos tradicionales del servicio público (regularidad, igualdad, continuidad y obligatoriedad), mencionados en el capítulo precedente, observaremos que ninguna de esas notas se presenta en la actividad típica principal que desarrollan las entidades financieras, o sea la intermediación financiera propiamente dicha; al menos no con la intensidad y evidencia en que tales cualidades están presentes en los servicios públicos *stricto sensu*.

En relación a la “regularidad”, obviamente hay que decir que la actividad desplegada por la banca está sujeta a un sinnúmero de reglas jurídicas, que en un régimen federal como el nuestro emanan tanto del gobierno nacional (LEF y otras leyes y normas reglamentarias nacionales) en lo atinente a los aspectos sustanciales de la operatoria bancaria, como de las autoridades provinciales y municipales que emiten, respectivamente, regulaciones inherentes al ejercicio de los poderes no delegados por las provincias y del poder de policía municipal en cuestiones típicamente locales, que también pueden resultar aplicables a ciertos aspectos operativos de la actividad bancaria. Mas el sometimiento de un servicio público a las reglas preestablecidas y que se establezcan durante la gestión del mismo, que surgen tanto de la licencia o concesión como del reglamento del servicio⁴⁷, es todavía mucho más intenso y abarcativo, dado que tal reglamentación de derecho público rige prácticamente todos los aspectos de la prestación del servicio, característica propia de la “administración de legalidad”, distintiva del Estado de Derecho⁴⁸.

Con respecto al segundo de los caracteres enunciados, debe decirse que no es de la esencia de la operatoria que desarrolla la banca el tratamiento “igualitario” de sus clientes. Ciertamente, gran parte de su funcionamiento se basa en la homogeneidad de los productos y servicios que ofrecen, como es propio de toda actividad masiva destinada al público en general o a un amplio sector de la población, tal cual ocurre con muchos servicios transaccionales. Empero, ello no quita que las entidades financieras puedan hacer diferencias o excepciones en el tratamiento de sus clientes, como ocurre en materia de otor-

⁴⁶ Como ya hemos observado, según gran parte de la doctrina es propio de todo servicio público *stricto sensu* que la Administración pública pueda transferir al sector privado la gestión del mismo (a través de figuras tales como la concesión, la licencia o el permiso), en tanto dicha transferencia de gestión o prestación sea “transitoria” (cfr. Pérez Sánchez, Luis R., *op. cit.*, p. 24). De todos modos, hay que reconocer la existencia de ciertos servicios públicos cuyo título habilitante carece de plazo de vigencia (v. gr., las licencias de telecomunicaciones—Numeral 4.1. del Anexo I del Decreto N° 764/2000—), lo que ha llevado a algunos autores a pregonar como uno de los aspectos que conforman la nueva fisonomía de servicio público, la estabilidad de los títulos habilitantes mediante la no fijación de un plazo de vencimiento de los mismos (Stefanelli, Carlos A. R., “Servicios públicos”, *La Ley* 2009-A, 1261-LLP 2009—marzo—, p. 179). Héctor Mairal directamente interpreta que el otorgamiento de licencias sin término de duración para la prestación de ciertos servicios públicos, como el de telefonía básica, importa el abandono de la doctrina española de la *publicatio* (*op. cit.*, p. 416).

⁴⁷ Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público...”, *op. cit.*, p. 1187.

⁴⁸ Cfr. Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 368.

gamiento de préstamos y operaciones activas en general, que constituye una de las patas fundamentales de su actividad principal de intermediación financiera. Hace precisamente al meollo de la operatoria bancaria la discriminación por “riesgo” de crédito, de acuerdo al perfil de riesgo del cliente; y es lógico y razonable que así sea habida cuenta de que allí radica el riesgo principal del negocio que desarrollan⁴⁹.

Íntimamente relacionado con lo anterior, la nota de la “obligatoriedad”⁵⁰ no es predicable, verbigracia, a la actividad fundamental y definitoria de las entidades financieras (léase, la ya mencionada intermediación de recursos financieros), ya que ni los bancos públicos ni—muchos menos—los privados pueden encontrarse conminados a otorgar préstamos a todo aquel individuo que se los requiera⁵¹. Sería abiertamente contrario a esencia de la operatoria bancaria que se obligue a las entidades del sector a extender líneas de crédito a aquellas personas que no posean un historial crediticio que mínimamente lo avale ni la solvencia patrimonial necesaria que, a criterio de la entidad que deba realizar la operación activa en cuestión, garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por potencial deudor⁵². Ignorar el principio de la libre elección de los contratantes es desconocer uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta la actividad financiera.

Tampoco puede sostenerse que el servicio desarrollado por las entidades bancarias deba ser prestado de manera “continua”, esto es, sin interrupciones, y aun asumiéndose que tal carácter tiene siempre en cuenta la peculiar naturaleza o modalidad de la actividad en cuestión⁵³. Podría acaso sí predicarse tal cualidad respecto de ciertas prestaciones de la actividad, como por ejemplo el sistema de cajeros automáticos y pagos electrónicos, que razonablemente deben estar a disposición de los habitantes todos los días de la se-

⁴⁹ En apoyo de esta postura se ha expedido la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, estableciendo: “[...] las entidades financieras conservan un amplio margen de discrecionalidad para evaluar el riesgo financiero de las operaciones que conciertan con sus clientes en función del mérito y su capacidad financiera” (Viller, Julio A. y Recio, José N., “El Banco Central y la Intermediación financiera. Límites de su competencia”, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 85, citando fallo “S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos S.A. c/ The First National Bank of Boston”, 13-3-1986, publicado en *El Derecho*, 120-653).

⁵⁰ Para Mairal, quien cuestiona la doctrina tradicional que postula a la titularidad estatal del servicio público como dato definitorio, es la “obligatoriedad” de la prestación del servicio a todos aquellos que lo requieran (dentro de ciertos límites y en condiciones de paridad), lo que distingue al servicio público de las restantes actividades sujetas a la reglamentación estatal (*op. cit.*, pp. 429-430).

⁵¹ La jurisprudencia tiene acertadamente resuelto que no existe un derecho subjetivo puro y simple de los particulares a la obtención del crédito bancario (CNCom., Sala A, “S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos S.A.”, citado en nota 49). En comentario a dicho fallo, Gerardo N. Donato opina: “[...] la Cámara advierte con acierto que la nota de obligatoriedad en la contratación, tradicionalmente aceptada como inherente y definitoria del servicio público, no puede ser aplicada a la actividad financiera, sin más, por resultar contraria a la realidad de las cosas” (“Intermediación financiera privada: ¿servicio público facultativo?”, *El Derecho*, 120-655).

⁵² Gerardo N. Donato, a la luz de la normativa del BCRA en materia de “política de crédito” (Comunicación A-49, OPRAC-1, cap. I, punto 1), conforme a la cual las entidades financieras “[...] deben decidir con prudencia las sumas a comprometer en operaciones financieras [...]”, observaba atinadamente que en determinadas circunstancias puede ocurrir que un banco esté incluso “obligado” a *no* dar crédito a un deudor que se lo requiera (*op. cit.*, 655).

⁵³ Cfr. Canosa, Armando, “Límites al principio de continuidad en la prestación de servicios públicos”, *El Derecho*, 152-163.

mana y en todo momento del día para que puedan –entre otras cosas– extraer dinero de acuerdo a sus necesidades comerciales o personales. Mas de ninguna manera puede verificarse la extensión de tal caracterización al resto de la actividad bancaria, que no participa de esta nota definitoria de los servicios públicos⁵⁴.

Por último, cabe puntualizar que es de la esencia de la operatoria bancaria que las principales fuentes de ingresos de las entidades financieras sean de libre fijación o, antes bien, de libre concertación entre aquéllas y sus clientes. Nos estamos refiriendo a las comisiones, precios y gastos de contratación de paquetes de servicios y productos en general que ofrecen, y fundamentalmente a las tasas de interés por las operaciones activas y pasivas que ejecutan en el marco de la intermediación financiera que constituye el quehacer principal de las empresas del sector. Hace a la naturaleza de la actividad que tales guarismos sean determinados no por imposición normativa o de las autoridades estatales, sino en forma libre, voluntaria y en función de múltiples factores: las condiciones coyunturales del mercado; la situación de cada entidad; la percepción del riesgo que éstas entiendan que están asumiendo en cada operación activa que llevan a cabo; el insoslayable e inevitable calce que existe entre las operaciones activas y pasivas; etc. No es éste, entonces, un terreno propicio para la aplicación de regulaciones estatales, más allá de la necesidad de ciertas limitaciones normativas –como las que actualmente existen– para garantizar fundamentalmente la solidez y solvencia patrimonial de las entidades financieras y prevenir ciertos abusos que puedan darse en el marco de las relaciones de consumo.

Lo expuesto en los párrafos precedentes no importa desconocer que pueden existir ciertos aspectos de la actividad financiera respecto de los cuales sí puedan predicarse alguno o algunos de estos rasgos o notas distintivas del servicio público. Así, por ejemplo, y conforme ya fuera insinuado, a ciertas operaciones vinculadas con el sistema de pagos podría caberles la declaración de “servicio público”, siendo que a determinado nivel de desarrollo de una economía y de bancarización de su población, la realización de pagos de bienes y servicios pasa a constituir una necesidad básica colectiva⁵⁵; y al comprometer en forma directa e inmediata el interés público debería ostentar los caracteres de continuidad (como ya hemos visto), igualdad, regularidad y obligatoriedad, anteriormente explicados. En este sentido, cabe recordar que en nuestro país el Decreto N° 1.606/2001 declara que los sistemas de pago por medios electrónicos constituyen servicios públicos sujetos a regulación, con el propósito de garantizar su prestación al conjunto de la comunidad a precios razonables, el libre acceso por parte de nuevos usuarios y la interconexión de redes, de modo de asegurar la competencia y extensión del servicio.

⁵⁴ En contra, Miguel S. Marienhoff considera atribuible a la actividad bancaria la nota de “continuidad”, al afirmar que tal cualidad no debe entenderse siempre en forma absoluta sino que también puede ser relativa, según la índole de la necesidad a la que se refiera el servicio y las modalidades de organización de éste (“El servicio público...”, *op. cit.*, pp. 730-731).

⁵⁵ Como anticipaba Carlos J. Zavala Rodríguez hace ya algunas décadas, tanto los empresarios y comerciantes como los particulares necesitan del banco para manejarse con seguridad en sus pagos y en sus cobros (*Código de Comercio comentado y leyes complementarias*, t. V, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 177).

Ahora bien, más allá de estas situaciones excepcionales, lo cierto es que la actividad bancaria, o al menos su núcleo central y el conjunto de sus operaciones, no puede ser considerada servicio público, por las razones brindadas en este acápite. Existe, sobre el particular, cierto consenso tanto en la doctrina nacional⁵⁶ y comparada⁵⁷ como en la jurisprudencia de nuestro país⁵⁸ y del exterior⁵⁹.

IV.2. Constituye una actividad privada de “interés público o general”.

El hecho de que la actividad bancaria no sea un servicio público *stricto sensu* no impide admitirle un innegable “interés general” en cuanto a las necesidades que tiende a satisfacer, que la hacen insoslayablemente merecedora de una cierta regulación y control estatal⁶⁰, como ocurre en la actualidad en casi todos los países. Se propende, así, a un justo equilibrio entre el aspecto estrictamente empresarial de obtención del lucro o beneficio, por un lado, y la tutela del ahorro público, por otra parte⁶¹. Además, estando implicados los derechos de los consumidores de los productos financieros, también debe atenderse regulatoriamente a la defensa de tales intereses, como a la fiscalización del cumplimiento de la normativa respectiva.

⁵⁶ Tal es la opinión de Fargosi, Horacio P. (*op. cit.*, p. 902); Etcheverry, Raúl A. (*Derecho comercial y económico – Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 276); Mata y Trejo, Guillermo (“El control estatal de la actividad financiera”, *Rev. Derecho Empresario* N° 55, octubre de 1978, p. 19); Kabas de Martorell, Elisa y Martorell, Ernesto E. (“La banca ante el derecho. Experiencias nacional y extranjera y propuestas”, *La Ley* 1988-A, p. 1037 y sigs.); Mertehikian, Eduardo, “El poder de policía...”, *op. cit.*, p. 713; entre otros.

⁵⁷ En Uruguay, Ricardo Olivera García descarta que la actividad bancaria sea encuadrable dentro de la noción de servicio público (“Manual de derecho bancario uruguayo”, *Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo*, Montevideo, 1989, p. 16). En igual sentido se expresa el autor mexicano Gustavo R. Velasco (“Sobre la naturaleza jurídica de la concesión bancaria”, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XIX, abril-junio de 1969, n° 74).

⁵⁸ Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha llegado a caracterizar en forma clara y concreta la actividad bancaria, existiendo algunos precedentes en los que simplemente sostuvo que “tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial” (CSJN, *Fallos*: 275-265, en especial, pp. 270-271), mas sin llegar a calificarla como “servicio público”, al menos en sentido estricto.

⁵⁹ En Italia, por ejemplo, se ha verificado una interesante evolución desde los antiguos precedentes que sostenían el carácter de servicio público de la actividad bancaria, a la jurisprudencia más reciente, posterior a la recepción en el año 1985 de la Directiva Comunitaria 780/77 (antes citada), que la considera una actividad típica de naturaleza empresarial y, por ende, de derecho privado. Sobre esta evolución, ver Fargosi, Horacio P., *op. cit.*, p. 903, y sus citas.

⁶⁰ Como sostiene Miguel S. Marienhoff, dado el interés general involucrado en la actividad bancaria, resulta claro y justificado que el Estado siga al respecto una política de estricta vigilancia o control, que en nuestro país se encuentra a cargo del BCRA (“El servicio público...”, *op. cit.*, p. 729).

⁶¹ Caprigliole, F., “*Qualificazione dell’ attività bancaria e imprenditorialità degli enti creditizi*” en Foro Italiano, t. 1981-II, p. 554 y sigs., citado por Fargosi, Horacio P., *op. cit.*, p. 902.

Más aún, en función del interés público involucrado en la gestión del quehacer bancario podría llegar a admitirse su caracterización como servicio público *impropio*⁶² (según la denominación italiana⁶³) o *virtual* (según la concepción francesa⁶⁴). Dicha categoría es reservada por cierta parte de la doctrina⁶⁵ para aquellas actividades que tienen en común con los servicios públicos *proprios* la satisfacción de necesidades colectivas que comprometen al interés público⁶⁶, pero que, a diferencia de éstos, no han sido declaradas legalmente como tales ni son –en principio– prestadas por el Estado directamente (aunque podría hacerlo⁶⁷) ni concesionadas o licenciadas por él a sujetos privados⁶⁸, sino que solamente las reglamenta y las fiscaliza y, por lo general, exige el otorgamiento de una autorización o título habilitante semejante para la prestación de las mismas⁶⁹.

⁶² Entre nosotros, esta caracterización es asignada por Jorge Labanca (*op. cit.*, p. 813). Inclusive, la más autorizada doctrina *iusadministrativista* de nuestro país también apoya el encuadramiento de la actividad bancaria (al menos la privada) dentro de los servicios públicos *improprios* (cfr. Marienhoff, Miguel S., “Tratado...”, *op. y vol. cit.*, p. 78). Según este jurista, si bien la actividad que ejercen tales bancos es esencialmente “comercial”, esto en modo alguno obsta a que sea tenida como “servicio público”, por cuanto la actividad “privada” que desarrollan las entidades privadas se encuentra en situación intermedia entre la actividad pública y el comercio privado puro y simple, lo cual caracteriza –siempre según este tratadista– al servicio público *impropio*. Por el contrario, considera como servicio público *proprio* a la actividad bancaria estatal, prestada por los bancos públicos (“El servicio público...”, *op. cit.*, pp. 729-730). Esta misma postura es receptada por cierta jurisprudencia (CNCom., Sala A, “S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos S.A.”, citado en nota 49).

⁶³ De Valles, “*Concessioni di servizi pubblici e autorizzazioni di servizi pubblici impropri*”, en *Rivista di diritto finanziario*, N° 27, set-dic. 1958; citado por Labanca, *op. cit.*, p. 813.

⁶⁴ Waline, Marcel, “*Vicissitudes recentes de la notion de service publique*”, en *Rev. Administrative*, 1948, p. 23 y sigs.; citado por Labanca, *op. cit.*, p. 813.

⁶⁵ Si bien tal categoría es acogida por un calificado sector doctrinario (v. gr. Marienhoff, Miguel S., “El servicio público...”, *op. cit.*, pp. 729-730), corresponde advertir que es vista con reparos por la mayoría de los autores (v. gr. Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, p. 379; Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 375).

⁶⁶ Desde esta perspectiva, Jorge Labanca sostiene que, en tanto resulten de interés público, *materialmente* estas actividades son servicios públicos (*op. cit.*, p. 813).

⁶⁷ Esto ocurre con la actividad bancaria en casi todos los países del mundo. En nuestro país, ya hemos visto que desde los orígenes de la banca siempre han intervenido en el sector importantes bancos públicos, en concurrencia con entidades privadas (ver Capítulo II).

⁶⁸ Esto es así porque, como señala la doctrina española, no constituyen “servicios del Estado” (Villar Palasí, José L., “La intervención de la administración en la industria”, *Estudios de Administración*, t. I, Madrid, 1965, p. 259).

⁶⁹ Según Labanca, la diferencia entre los servicios públicos *improprios* y las actividades privadas sujetas a simple autorización reside en que en esta última toda la actividad de la Administración pública se cumple y agota en el acto autorizativo, mientras que en los primeros la autorización recae no sobre hechos o actos jurídicos concretos sino sobre la actividad misma (*op. cit.*, pp. 813 y 814).

En nuestra opinión, la calificación que propiamente corresponde atribuir al quehacer financiero es la de actividad de “interés general”⁷⁰ o “interés público”⁷¹, como en algún momento le asignaba expresamente nuestro ordenamiento jurídico⁷² y ciertos ordenamientos comparados⁷³.

Tal figura está reservada para aquellas actividades que encierran un interés público especial pero que, a diferencia del servicio público, no revisten carácter primordial para la comunidad y pueden prestarse de un modo más eficiente en base a un régimen predominante de derecho privado, por más que los sujetos que desarrollan la actividad en cuestión se encuentren sumamente reglamentados⁷⁴, fiscalizados y eventualmente sujetos a autorizaciones administrativas previas (que no son equiparables a las concesiones o licencias propias de los servicios públicos). Este tipo de actividades admite la libre concurrencia entre la actividad estatal y la de los particulares (v. gr. salud, educación, etc.) en un plano de igualdad en cuanto a la “titularidad de competencia”⁷⁵, y sin necesidad de ser conceptualizadas como servicios públicos⁷⁶.

⁷⁰ Esta es la calificación que le atribuye una parte de nuestra doctrina (v. gr. Linares, Juan F., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 508; y Cassagne, Juan C., “En torno a la noción de servicio público”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II, pp. 55-56).

⁷¹ Ariño Ortiz ubica a la actividad bancaria dentro de aquellas actividades que, por entrañar un especial interés público, se encuentran estrictamente reglamentadas y disciplinadas, aunque sin llegar a ser un servicio público. La considera, en cambio, una actividad de interés público o más bien un servicio público impropio o virtual (*op. cit.*, p. 373). Entre nosotros, califican a la intermediación financiera como actividad de *interés público*, entre otros muchos autores, Horacio P. Fargosi (“La actividad financiera privada: ¿servicio público impropio?”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* - año 11 (1978), Buenos Aires, p. 739 y sigs.); y Gerardo N. Donato (*op. cit.*, p. 654). Tal calificación también ha sido receptada por nuestra jurisprudencia (CNCom., Sala A, “Inversor c/ Banco Continental”, *La Ley* 1980-D-562).

⁷² Art. 35 del Decreto Ley N° 13.527/1957 y Art. 52 de la Ley N° 18.061.

⁷³ Por ejemplo, encontramos un interesante precedente en Italia, donde la ley bancaria de 1936 caracterizaba a la actividad como de “público interés”.

⁷⁴ Como dice Eduardo Mertehikian, cuanto más fuerte sea el contenido de interés público ínsito en la actividad privada— aunque no de tal manera que justifique trasladarla a la esfera de competencia estatal, como servicio público—, mayor será el grado de regulación que se le imponga, mas sin someterla a un régimen jurídico de derecho público (cfr. “La regulación...”, *op. cit.*, p. 8). Tal jurista ilustra esta aseveración con las siguientes palabras de Fernando Garrido Falla: “[...] pues está claro que la potestad reglamentaria del Estado sobre las actividades privadas se justifica por la simple conexión que éstas tengan con el interés público, sin necesidad de que sean elevadas a la categoría técnica de servicios públicos” (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, p. 360).

⁷⁵ Cfr. Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 375.

⁷⁶ La circunstancia de que una actividad esté incida por un interés público no es argumento suficiente para calificarla como servicio público, desde que de lo contrario toda actividad sujeta a autorización administrativa lo constituiría. Y si toda aquella actividad que necesita de una autorización para llevarse a la práctica o que está modulada por la Administración, es un servicio público, entonces se estaría desorbitando la actividad administrativa. De ahí que se proponga “[...] una mayor intervención administrativa en relación con el sector privado (aclaramos que se trata del bancario), sin necesidad de que haya que calificar tal actividad como servicio público” (Fargosi, Horacio, “La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público”, *La Ley* 1980-D, 570, y sus citas).

Ello es precisamente lo que se corresponde, como hemos visto, con las características propias de la operatoria bancaria. Dicha actividad es desarrollada en competencia por el Estado (en nuestro país, a través de bancos públicos nacionales, provinciales o municipales) y por los sujetos privados (bancos de capital privado, nacional o extranjero); y estos últimos lo pueden hacer a título propio, sin perjuicio de la necesidad de obtener una previa “autorización” administrativa (y no a una concesión o licencia), como restricción impuesta en ejercicio del poder de policía estatal a una actividad que, sin dejar de ser privada, encierra un innegable interés público.

Esto último no quita que el ejercicio de la actividad sea esencialmente libre, es decir con predominio de la iniciativa privada, la autonomía de la voluntad⁷⁷ y la libertad comercial y contractual en la concertación de las operaciones bancarias entre las entidades del sector y sus clientes y contrapartes en general⁷⁸. Por su propia naturaleza, el riesgo que se asume en la intermediación financiera, la composición del sector (donde es casi imposible que se constituyan monopolios naturales) y por la coyuntura siempre volátil y cambiante de los mercados locales y globales en que se desenvuelve, no puede sino estar gobernada por la ley de oferta y demanda, propia del mercado y de la justicia conmutativa (derecho privado), antes que por la ley de la satisfacción del interés público y las exigencias sociales, propia del ámbito de los servicios públicos y de la justicia distributiva (derecho público)⁷⁹.

Se reitera una vez más que la regulación *iusprivatista* que gobierna las operaciones que lleva a cabo la banca, no impide que la actividad *sub examine* se encuentre asimismo sometida a una fuerte regulación y fiscalización por parte del Estado y de las autoridades o agencias gubernativas de control, perteneciente a la esfera del derecho público⁸⁰.

V. Improcedencia e innecesaria de la declaración de la actividad financiera como servicio público.

V.1. Diferencias entre la regulación de las actividades de interés general y los servicios públicos.

El modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, y, en general, el derecho comparado, que consideran al núcleo de la actividad financiera como una actividad privada y, a lo sumo, de “interés público” o “interés general”, pero sin llegar al extremo de declararla servicio público, es, a nuestro juicio, el correcto, fundamentalmente porque es el que mejor se ajusta a la realidad de las cosas.

⁷⁷ Art. 1197 del Código Civil.

⁷⁸ Como bien dice Fargosí, el ámbito de la actividad bancaria, si bien implica la existencia de límites y restricciones administrativas a la libertad de ejercicio, no conlleva una alteración de la libertad de iniciativa derivada del Artículo 14 de la Constitución Nacional, que trastoque la naturaleza privada de la actividad (“Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 904-905).

⁷⁹ Cfr. Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁰ Un antiguo precedente jurisprudencial ofreció un adecuado deslinde en este sentido, al decidir que en la normativa del derecho bancario cabe distinguir entre las normas que afectan la actividad, es decir, a los bancos como personas jurídicas, y las que se relacionan con las operaciones de éstos. Las primeras corresponden al derecho público administrativo, y las otras al privado –derecho contractual bancario– (CFed. Rosario, Sala B, “Bruseau, Pedro B. c/ Banco de la Nación Argentina”, 15-8-1978, *La Ley*, 1979-A, p. 561).

Ciertamente, ello no desconoce la pertinencia y necesidad de una cierta regulación y fiscalización estatal de la actividad mediante un estricto régimen de supervisión bancaria (como la que está presente en casi todos los países, entre ellos el nuestro), que inclusive puede ser todavía más intensa en momentos críticos, como los vividos en el último tiempo. Ahora bien, las razones que justifican tal regulación y control estatal, aún de emergencia, son sustancialmente distintas a las vinculadas con la reglamentación y fiscalización de los servicios públicos.

En efecto, el modelo regulatorio y de control y supervisión estatal a cargo de agencias y entidades públicas con cierta independencia y autonomía del poder central, que actualmente se impone en nuestro país y en la mayor parte de los países de la región y del mundo occidental, tiene su justificación en que la actividad bancaria desborda la esfera privada y se proyecta sobre los intereses de la comunidad, y apunta fundamentalmente a garantizar la solvencia, solidez y liquidez de las entidades financieras y la seguridad y transparencia de las operaciones bancarias. Ello es así por comprenderse que tales son las notas definitorias del crédito o factor “confianza” que los depositantes y clientes bancarios depositan en tales entidades y sobre el sistema financiero en su conjunto, que constituye en definitiva el sostén último del mismo.

La regulación y el control estatal de la actividad, con tales propósitos, tienen naturaleza eminentemente policial (poder de policía y policía administrativa)⁸¹, y de su ejercicio surgirán vínculos jurídicos de derecho público (administrativo, en la especie) entre la Administración pública (en particular, las agencias, entidades de control o bancos centrales) y el banco regulado y fiscalizado⁸². Pero ello no es óbice a que la actividad que despliegan tales entidades genere vínculos *iusprivatistas* (en especial, de derecho comercial) entre éstas (aún cuando se trate de entidades oficiales) y sus clientes y terceros en general, de naturaleza eminentemente negocial y contractual⁸³ y con primacía del principio de la

⁸¹ La jurisprudencia de nuestro país tiene dicho que la actividad financiera “está sometida al poder de policía que el Estado ejerce por medio del Banco Central de la República Argentina, quien está facultado para reglamentarla, vigilar la aplicación de las normas que la regulan y sancionar las transgresiones” (CNCom., Sala A, “S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos S.A.”, citado en nota 49). La propia doctrina judicial que surge de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que existe una verdadera delegación de facultades propias del Poder Legislativo en el BCRA del llamado *poder de policía financiero y bancario* (Fallos: 256:241; 310:203 —“Cambios Teletour S.A.”—, entre otros). La doctrina autoral, por su parte, está conteste en la existencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de un verdadero poder de policía de regulación del BCRA en este sector (Villegas, Carlos G., “El Poder de Policía financiero del Banco Central”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 10, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 257 y sigs.), que se despliega a través del otorgamiento de habilitaciones de funcionamiento de las entidades financieras y bancarias, de la regulación de su funcionamiento, de la fiscalización de las mismas y de la aplicación del régimen sancionatorio específico (Mertehikian, Eduardo, “El poder de policía...”, *cit.*, p. 712).

⁸² CNCom., Sala A, “S.K.P. Establecimientos Metalúrgicos S.A.”, citado *ut supra*.

⁸³ Como dice Eduardo Mertehikian, las actividades privadas reguladas por el Estado en atención al contenido de interés público que ostentan, se encuentran sometidas a las disposiciones del derecho común por ser la relación de naturaleza contractual (cfr. “La regulación...”, *cit.*, p. 10; con cita del fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Fundación San Martín de Tours”, del 15-9-1981, *La Ley* 1982-B, p. 363).

autonomía de la libertad. Y esto es así aún cuando desde el Estado se impongan ciertas limitaciones o restricciones normativas a tales relaciones jurídicas (que no por ello dejan de ser de derecho privado⁸⁴), con fundamento en el poder de policía estatal⁸⁵ y a fin de resguardar el orden público.

Tal esquema regulatorio es diametralmente distinto del que es propio en el ámbito de los servicios públicos. Aquí la actividad misma de los gestores de los servicios (aún aquellos prestadores privados que lo gestionan por delegación estatal) queda enteramente sometida a un régimen de derecho público, con plena vigencia de todos los “caracteres del servicio público” antes referenciados⁸⁶, con fortísimas limitaciones al principio de la libertad contractual y comercial, bajo un severo control estatal (que no puede ser confundido con las regulaciones y fiscalizaciones de policía) y sujeta a la posibilidad de rescate de la actividad⁸⁷. Ello tiene lugar por decisión estatal, motivada en la perentoriedad de las necesidades colectivas a satisfacer mediante la actividad en cuestión, que acarrea la conveniencia de su sometimiento a un régimen de justicia distributiva, ajeno a las libertades comerciales de las reglas del mercado que predominan en el derecho privado, ámbito regido por la justicia conmutativa. En algunos casos (aunque no siempre) tal perentoriedad puede estar acentuada por tratarse de una actividad que conforma un monopolio natural, que requiere ser sometido a una regulación especial a fin de proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio del servicio–⁸⁸.

En resumidas cuentas, la diferencia esencial, desde el punto de vista jurídico, entre una actividad de “interés público o general” regulada por el Estado en ejercicio del poder de policía, y una actividad declarada por aquél como “servicio público”, es que en esta última la subsunción en el ámbito del derecho público se observa no solamente en las relaciones jurídicas existentes entre el Estado (titular de la competencia) y los gestores (públicos o privados, que desarrollan la actividad por delegación estatal), sino también en el vínculo que une a estos últimos con sus usuarios, consumidores o clientes⁸⁹.

⁸⁴ En este mismo sentido, Fargosi señala: “[...] la circunstancia de que la actividad bancaria se encuentre sometida a especiales controles estatales usualmente y corrientemente encuadrables en normaciones típicas del denominado ‘derecho público’, no es de por sí un elemento validante para afectar el carácter de actividad privada de la empresa bancaria” (“Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 902).

⁸⁵ El poder de policía ha sido concebido como “la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 530).

⁸⁶ Ver capítulo III.

⁸⁷ Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 374.

⁸⁸ Mertehikian, Eduardo, “La regulación...”, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁹ Ver nota 27.

V.2. Eventual publicación de la actividad: su improcedencia e innecesariedad.

Lo expuesto hasta aquí no importa desconocer que, en principio, en un esquema legal “cuasipositivista” como el adoptado en el sistema continental europeo (y receptado en América Latina y particularmente en nuestro país), donde la mera declaración legal de una actividad como servicio público (*publicatio*) tiene por virtualidad adscribirla a esa categoría jurídica y someterla a un régimen de derecho público, la mera calificación de la actividad financiera como servicio público importaría transformarla en tal.

Ahora bien, tal eventualidad constituiría no sólo un grave error jurídico sino también un atentado contra la propia naturaleza de las cosas y un flagrante desconocimiento de la realidad del funcionamiento del sistema financiero. Es que, como hemos observado en el acápite precedente, una actividad como la bancaria no puede sino estar gobernada primordialmente por las reglas del mercado, cambiantes día y día, y hasta –podría decirse– minuto a minuto. El núcleo del quehacer financiero, por tal razón, debe estar regulado por los parámetros del derecho privado, sin perjuicio de imprescindibles regulaciones estatales fundadas, cabe reiterar, en el instituto jurídico del “poder de policía”, que constituye un grado de intervención estatal menor que el remedio extremo del “servicio público”⁹⁰.

Por último, como veremos en el apartado siguiente, a poco que se analicen las motivaciones que llevan a ciertos sectores a postular la declaración de la actividad *sub examine* como “servicio público”, se advierte la absoluta innecesariedad de recurrir al extremo de la *publicatio* para lograr sus objetivos, que se pueden alcanzar perfectamente en el ámbito del poder de policía y la policía administrativa; esto es, bajo la correcta concepción de la operatoria bancaria como una actividad privada de “interés general”.

VI. Aplicación de los conceptos precedentes a los Proyectos de Ley.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, cabe concluir que el esquema regulatorio de la actividad o servicio de “interés público” (y no “servicio público”), que es el que recoge el Proyecto Pinedo e implícitamente el Proyecto Milman y la actual LEF, que es –como hemos observado– el que prima en casi todos los sistemas financieros del mundo, indudablemente es el que mejor se ajusta a la realidad de los servicios financieros en la actualidad. Cabe aquí reiterar que la banca, por la esencia misma del negocio (cuyo núcleo central pasa por 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.), debe desarrollarse 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 público.

⁹⁰No deben confundirse las regulaciones de policía con el régimen de derecho público que gobierna la prestación del servicio público ni con los controles administrativos que recaen sobre la misma (cfr. Barra, Rodolfo C., “Hacia una interpretación...”, *op. cit.*, p. 374).

Lo expuesto precedentemente no implica negar que en el sistema financiero puedan actuar entidades públicas (como ocurre en nuestro país, donde la banca pública tiene una importante participación) en competencia con los bancos privados, ni que el sistema financiero en su conjunto deba estar regulado en todos aquellos aspectos donde haya “fallas” de mercado, principalmente en lo que se refiere a los problemas de “información asimétrica” con los consumidores bancarios. Asimismo, es admisible una regulación y un control todavía mayores sobre ciertos aspectos puntuales de la actividad vinculados al funcionamiento del sistema nacional de pagos (v. gr., los sistemas de pagos electrónicos o a través de cajeros automáticos, que ya fueron declarados servicios públicos por el Decreto N° 1.606/2001). Pero generalizar este concepto a todo el quehacer financiero conllevaría una desnaturalización de la actividad financiera, tal como la conocemos en nuestros días.

Por consiguiente, todo avance regulatorio que quiera hacerse en este sector puede y debe hacerse dentro del modelo de la banca como actividad o servicio privado de interés público, mas sin llevarla a la esfera del servicio público. En este sentido se dirigen los Proyectos de Pinedo y Milman, que procuran entre otras cosas resguardar los derechos del usuario de servicios financieros y la defensa de la competencia dentro de este sector, pero sin salirse de la consideración de la banca como una actividad privada, aunque sea de interés público; y, en concreto, evitan declarar a la actividad como servicio público.

En dirección contraria parece encauzarse el Proyecto Heller, que se basa en la consideración de la actividad financiera como servicio público. No obstante, 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 y consecuencias no existe acuerdo en doctrina y jurisprudencia, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello acarrea a un mercado –como el financiero– donde justamente el factor “confianza” es un pilar esencial de su desarrollo.

En suma, si bien en este último proyecto se estarían imponiendo mayores obligaciones⁹¹ y restricciones⁹² a la libertad de acción de las entidades financieras en sus operaciones habituales y un más estricto esquema de control estatal y autocontrol⁹³, se seguirá respetando la esencia de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en la inter-

⁹¹ Por ejemplo, en el Artículo 22 del Proyecto de Ley se prevén determinados requisitos adicionales a los actualmente existentes para la autorización de la apertura de filiales, apuntando a la ampliación de la cobertura geográfica del sistema financiero, la facilitación del acceso de los usuarios a sus servicios, la evitación de una excesiva concentración de filiales, etc.

⁹² El Proyecto de Ley prevé, entre otras cosas, ciertos toques relativos a las tasas de interés de determinadas operaciones activas (Art. 35 inc. c), un determinado porcentaje de las financiaciones totales que deben destinar los bancos a ciertos beneficiarios (Art. 43), la calificación de ciertos servicios que prestan como “esenciales”, algunos de los cuales inclusive podrán ser gratuitos (Art. 40), y la prohibición de las entidades financieras de ser accionistas de otras entidades del sector (Art. 32 inc. f).

⁹³ Se prevé la creación, dentro de la órbita del BCRA, de la Defensoría del Usuario de Servicios Financieros (Art. 47 y sigs. del Proyecto Heller). A su vez, cada entidad deberá tener un Departamento de Atención al Usuario de Servicios Financieros (Art. 51 y sigs.).

mediación financiera como sostén insoslayable de la actividad bancaria. Tampoco se estará modificando el carácter privado de las operaciones bancarias ni el régimen jurídico preponderantemente de derecho privado que se les aplica. Tan sólo estarían estableciéndose ciertas limitaciones impuestas por una valoración más estricta del principio de orden público implicado en esas actividades. Nada de esto significa que estemos frente a un cambio sustancial de régimen, esto es, ante una actividad privada que pase a estar regida predominantemente por el derecho público, como ocurre con los servicios públicos *stricto sensu* (v. gr., la distribución y el transporte de gas⁹⁴ y electricidad⁹⁵). Por lo demás, debe destacarse que se mantiene la exigencia de la previa obtención de una “autorización” administrativa (y no una concesión) tanto para el desarrollo de la actividad como para ciertos actos y operaciones propios de la misma (v. gr., la apertura de nuevas sucursales bancarias y el nombramiento de nuevos directivos), al igual que los Proyectos de Pinedo y Milman⁹⁶. Ello denota que en la práctica la actividad financiera sigue siendo considerada como un servicio de interés general (y no un servicio público)⁹⁷.

VII. Síntesis y reflexiones finales.

La regulación propia de la actividad bancaria, por la propia naturaleza del negocio y de los instrumentos de que aquélla se vale, no puede sino ser *iusprivatista* (derecho comercial, en la especie, y en menor medida, civil). Esto no se opone a la aplicación de múltiples limitaciones, restricciones y obligaciones derivadas de regulaciones de derecho público, que el Estado impone por razones de orden público y con fundamento en el poder de policía que aquél detenta sobre el conjunto de las actividades privadas, en particular sobre aquéllas que –como la bancaria– detentan algún interés comunitario. Tampoco es óbice para el sometimiento de la banca a un riguroso esquema de control en relación a la observancia de tal normativa, propio del ámbito de la policía administrativa que las agencias y autoridades gubernamentales competentes ejercen sobre las entidades financieras.

Este esquema regulatorio y de control responde a la consideración de la operatoria bancaria como actividad de “interés general”, que no por ello pierde su carácter eminentemente privado ni deja de ser creadora de vínculos jurídicos sustancialmente sometidos al derecho privado. Tal es el modelo que ha venido siendo aplicado en nuestro país desde su misma organización constitucional, y es similar al que funciona en los sistemas financieros de la mayoría de los países de Latinoamérica y del mundo occidental.

⁹⁴ Ley N° 24.076 y normas reglamentarias.

⁹⁵ Ley N° 24.065 y normas reglamentarias.

⁹⁶ Art. 8°.

⁹⁷ Como señala Labanca, la “concesión” se impone cuando la actividad en cuestión ha sido objeto de una previa reserva formal a favor del Estado. En el caso de la actividad bancaria, ello se daría si es que la misma es objeto de una transformación en servicio público en sentido propio y formal (*op. cit.*, p. 813). En igual sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resalta que la actividad bancaria no es servicio público debido a que el título habilitante que se otorga a los bancos e instituciones financieras no se trata de una concesión sino de una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (“Banco del Caribe”, Sentencia N° 825, 6-5-2004).

La traspolación a este sector económico de la noción del “servicio público”, que importa un grado de intervención regulatoria y fiscalizadora del Estado superior al esquema anteriormente descrito desde el momento en que importa la absoluta publicación de la actividad (*publicatio*), la asunción de la titularidad estatal de la misma y su sometimiento a un régimen sustancialmente de derecho público (en la especie, de derecho administrativo), importa tanto como contradecir la naturaleza misma de la operatoria bancaria. Es que tanto la intermediación de recursos financieros (actividad principal de la banca) como las restantes operaciones bancarias y los instrumentos de los que aquélla se nutre, por la esencia misma del negocio, su riesgo implícito, su composición y la coyuntura en que se enmarca, deben estar gobernados por la ley de oferta y demanda, y no por la ley de satisfacción del interés público; por las exigencias del mercado, y no de la comunidad; por la libertad comercial, y no por la imposición normativa; por la justicia conmutativa, y no distributiva. En suma, la actividad debe estar predominantemente regida por el derecho privado (ámbito de las actividades privadas, aún de interés general) y no el derecho público (campo de los servicios públicos).

Por lo demás, el concepto mismo de “servicio público” aparece como un instituto controvertido en doctrina, tanto nacional como comparada, lo que acarrea el riesgo adicional de que dicha incertidumbre se traslade a un terreno donde la principal materia prima es o debería ser la seguridad y la confianza en la banca y en el sistema financiero, tanto de los ahorristas depositantes como de los consumidores financieros en general. Es decir que un eventual sometimiento de la operatoria bancaria al régimen del servicio público podría causar un efecto adverso sobre el sector, la rentabilidad y, por ende, la solidez patrimonial de las entidades financieras, que sería potencialmente contraproducente en relación a los mismos objetivos que perseguiría la eventual publicación de la actividad.

A lo sumo, podría admitirse la publicación de aquella parte de la actividad financiera que más se asemeja a la prestación de un servicio con caracteres de regularidad, igualdad, continuidad y obligatoriedad (cualidades inherentes a aquel instituto), cosa que en nuestra opinión estaría circunscripto a los servicios vinculados al funcionamiento del sistema nacional de pagos. Como hemos observado, en nuestro país los sistemas de pago por medios electrónicos ya han sido declarados servicios públicos (Decreto N° 1.606/2001).

En suma, el modelo actualmente imperante en nuestro país es el adecuado. Por supuesto, como cualquier otra regulación normativa de actividades privadas, el ordenamiento jurídico que rige la actividad bancaria tiene algunas imperfecciones que deben ser corregidas. Pero tal mejoramiento puede y debe hacerse manteniendo el molde actual de la banca como actividad privada de interés general, sin transformarla en servicio público, que es un remedio extremo absolutamente improcedente, innecesario y contraproducente. Es preferible continuar situados en la realidad de las cosas y evitar las construcciones imaginarias y las ficciones y los artificios legales *contra natura*. Esta es la base de cualquier norma jurídica que pretenda ser justa y razonable; y la justicia y razonabilidad del ordenamiento normativo están en los cimientos de todo Estado de Derecho.

Bibliografía.

- Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980.
- , “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, *La Ley* 1982-B, p. 363 y sigs.
- Bonfanti, Mario A., “El banco: más allá de la intermediación de la oferta y demanda de recursos financieros”, *El Derecho*, suplemento del 20-6-1989.
- Canosa, Armando, “Límites al principio de continuidad en la prestación de servicios públicos”, *El Derecho*, 152-163.
- Cassagne, Juan Carlos, “En torno a la noción de servicio público”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II.
- , *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- , “El servicio público y las técnicas concesionales”, *La Ley* 1995-C-1174 y sigs.
- , *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Donato, Gerardo N., “Intermediación financiera privada: ¿servicio público facultativo?”, *El Derecho*, 120-655.
- Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico – Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Fargosi, Horacio P., “La actividad financiera privada: ¿servicio público impropio?”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* - año 11 (1978), Buenos Aires, pp. 739-761.
- , “La posición dominante en el contrato. Nuevamente sobre la actividad bancaria como servicio público”, *La Ley* 1980-D, 558 y sigs.
- , “Algunas consideraciones sobre la actividad bancaria”, *La Ley* 1989-D, 897 y sigs.
- Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino – Parte General*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1992.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.
- Grecco, Carlos M., “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 481 y sigs.
- Kabas de Martorell, Elisa y Martorell, Ernesto E., “La banca ante el derecho. Experiencias nacional y extranjera y propuestas”, *La Ley* 1988-A, p. 1037 y sigs.
- Labanca, Jorge, “Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco”, *Jurisprudencia Argentina*, 1967-VI-, p. 811 y sigs.
- Linares, Juan F., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

—————, “Concepto y definición de servicio público”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo (RADA)*, N° 14, Buenos Aires, 1994, p. 15 y sigs.

-Mairal, Héctor, “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 359 y sigs.

-Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomos II (1975) y IV (2008).

—————, “El servicio público y sus variadas expresiones. Actividad bancaria. Servicio fúnebre. Actividad del corsario”, *Jurisprudencia Argentina*, 29-1975, p. 728 y sigs.

—————, “Los privilegios en el derecho público”, *El Derecho*, 162-1200 y sigs.

-Mata, Ismael, “Noción actual de servicio público”, en *Jornadas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995.

-Mata y Trejo, Guillermo, “El control estatal de la actividad financiera”, *Rev. Derecho Empresario* N° 55, octubre de 1978.

-Mertehikian, Eduardo, “La regulación de los servicios públicos privatizados”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 197:5, Buenos Aires.

—————, “El poder de policía financiero y bancario”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas de la Universidad Austral del 7, 8 y 9 de mayo de 2003, Buenos Aires, Ediciones Rap.

-Mosquera, Gerardo R., “La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 150:32, Buenos Aires.

-Muratorio, Jorge I., “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994”, en *Estudios de la reforma constitucional*, p. 97 y sigs.

-Olivera García, Ricardo, “Manual de derecho bancario uruguayo”, *Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo*, Montevideo, 1989.

-Pérez Sánchez, Luis R., *El servicio público. Técnica de protección al usuario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

-Stefanelli, Carlos A. R., “Servicios públicos”, *La Ley* 2009-A, 1261-LLP 2009 –marzo–, p. 179.

-Velasco, Gustavo R., “Sobre la naturaleza jurídica de la concesión bancaria”, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XIX, abril-junio de 1969, n° 74.

-Villar Palasí, José L., “La intervención de la administración en la industria”, *Estudios de Administración*, t. I, Madrid, 1965.

-Villegas, Carlos G., “El Poder de Policía financiero del Banco Central”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 10, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 257 y sigs.

-Viller, Julio A. y Recio, José N., *El Banco Central y la Intermediación financiera. Límites de su competencia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

-Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio comentado y leyes complementarias*, t. V, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1972.