

ACTIVIDAD BANCARIA: ¿SERVICIO PÚBLICO O EMPRESA?

ERNESTO COZ R.

Abogado, profesor de Legislación Monetaria y Bancaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima

INTRODUCCION

El derecho bancario estudia un conjunto de normas vinculadas con diferentes ramas del derecho, las que son agrupadas atendiendo a consideraciones académicas; sólo para facilitar el análisis de las instituciones bancarias y de las actividades que realizan, así como los contratos que celebran y sus relaciones con las entidades reguladoras y organismos de control.

Si embargo, en opinión de la mayoría de los autores, el derecho bancario no puede considerarse como una parte autónoma del derecho, de modo tal que sus principios puedan considerarse peculiares frente a las otras ramas del derecho para ser considerados como independientes.

En el derecho privado, en un primer momento se reconoce plenamente el principio de la autonomía de la voluntad; sin embargo, la doctrina ha evolucionado y acepta en la actualidad la intervención del Estado para proteger los intereses de las partes débiles en las relaciones contractuales.

Este cambio de concepción alcanza igualmente al campo del derecho comercial y, en forma particular, al del derecho bancario. La actividad bancaria se transforma así de una simple actividad privada sometida sólo a la libre iniciativa de los particulares, a una función propia del Estado o en una actividad intervenida y regulada cuidadosamente por éste.

Es en este momento en que se plantea como cuestión fundamental a la actividad bancaria constituye una función de servicio público o es, simplemente, una actividad de interés público?

TENDENCIAS DOCTRINARIAS

En la doctrina, la tendencia publicista considera que el fin de la intermediación financiera es el bien común como motor del desarrollo económico, con prescindencia de cualquier ánimo lucrativo o preocupación en la obten-

ción de rentabilidad.

Bajo este esquema, la actividad bancaria sólo puede ser prestada por el Estado a través de organismos creados por él o mediante instituciones en las que participa, permitiéndose a los particulares desarrollar sólo temporamen-

te dicha función por la vía de la concesión administrativa.

En contraposición con esta tesis, para la tendencia privatista la actividad bancaria es una simple actividad mercantil de acceso libre, con requisitos legales de constitución predeterminados por la legislación común, con prescindencia de que los operadores de crédito sean públicos o privados.

De acuerdo a esta posición, el ejercicio de la actividad bancaria no es exclusiva del Estado y puede ser prestado libremente por particulares, los cuales sin embargo deben sujetarse al cumplimiento de diferentes normas de carácter legal para la realización de sus operaciones, contando con la respectiva autorización.

Desde el punto de vista teórico, existe notoria diferencia entre concesión y autorización. En el primero de los casos, no existe derecho previo del concesionario para dedicarse libremente a la actividad relativa a la concesión y su derecho nace con el acto administrativo que le otorga tal facultad; mientras que en el segundo, la autorización consiste en la observancia de ciertos requisitos estableci-

dos por las leyes para salvaguardar el interés, la seguridad y el orden público, existiendo el derecho previo del particular para realizar la actividad solicitada.

Algunos tratadistas como el italiano Giacomo Molle (1) señalan que si bien para fundar un banco se requiere de la correspondiente autorización, ésta no tiene la naturaleza de concesión dado que la actividad bancaria no es función del Estado. Sostiene que esa autorización debe ser considerada como un acto que habilita el acceso al ejercicio del crédito, sometiendo al sujeto al ordenamiento especial del sector. En consecuencia, si no se trata de una concesión, porque la actividad bancaria no es función del Estado, no estaríamos frente a un servicio público.

El español Joaquín Garrigues (2), en la misma línea de Molle, precisa que la intervención estatal, al regular coactivamente la profesión del banquero, se encuentra justificada por la enorme difusión de los bancos en el Estado moderno, como instrumentos indispensables de la política crediticia en la organización económica nacional.

Agrega que la intervención de los bancos dentro del sistema capitalista, en la formación del ahorro individual, en el financiamiento de empresas productivas y en las más amplias realizaciones sociales y económicas, exige una vigilancia indispensable por parte del Estado, que se traduce en normas reguladoras del tráfico mercantil bancario.

Sin embargo, otros importantes tratadistas, como el mexicano Miguel Acosta Romero (3) y el argentino Carlos Gilberto Villegas (4), sostienen que la actividad de las instituciones de crédito constituye un servicio público, sujeto tanto a concesión como a un régimen de derecho público. Señalan que la actividad bancaria y financiera es un instrumento formidable de los gobiernos para lograr el desarrollo

de sus pueblos y tiene por objetivo el bien común, satisfaciendo necesidades generales e intereses de toda la colectividad, razón por la cual ésta actividad no puede estar al servicio de un interés particular.

Es necesario pues analizar detenidamente el concepto de servicio público, así como sus principales elementos y características, para determinar si en realidad la actividad bancaria se encuentra o no comprendida dentro de los alcances de este término.

NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Para el efecto, el principal problema que encontramos es que no existe en la doctrina una definición uniforme de este concepto, llegando a comentar el español Renato Alessi (5), que hay tantos conceptos de derecho público, como de autores que incursionan en él.

Sin embargo, los diferentes enfoques pueden ser sistematizados siguiendo diversos criterios de clasificación. El costarricense Fernando Mora (6) expresa que algunos asumen una posición negativa sobre el tema, considerando que el concepto ha entrado en crisis, agotándose su utilidad, dado que la noción de servicio público se ha extinguido.

Agrega Mora, que otros autores estiman que el concepto de servicio público sigue vigente y asumen frente a este concepto una actividad positiva, con variantes que van desde una posición mínima a una máxima, pasando obviamente por la posición intermedia.

En el punto máximo se afirma que el servicio público es toda aquella actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado. Para León Daguit (7), el concepto de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público.

En la posición intermedia se sostiene

que el servicio público es toda actividad de la administración pública.

Finalmente, para los autores partidarios de la posición mínima, el servicio público constituye sólo una parte de la administración pública.

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO

En el Derecho Administrativo clásico (8), el servicio público es siempre una actividad de interés general desarrollada por la Administración del Estado. Sin embargo, el terreno se complica cuando personas administrativas desarrollan actividades que no corresponden necesariamente a un interés general y órganos privados administran servicios públicos.

En el Estado liberal, los conceptos son coincidentes: las actividades de interés general son administradas por órganos públicos bajo un régimen de derecho común. El liberalismo consigue excluir al Estado de toda actividad comercial o industrial, sobre la base del dogma de la libertad comercial. Se permite al Estado una moderada intervención en la reglamentación del quehacer privado, con el único propósito de mantener la paz social.

El fortalecimiento del nuevo industrialismo y el fenómeno de la concentración urbana en el siglo XIX, ponen en crisis la ideología política en que se basa el concepto del Estado liberal al presentarse un cúmulo de necesidades que deben ser satisfechas por el Estado. Estos problemas constituirán verdaderas necesidades colectivas para la vida en común de las ciudades.

A fines del siglo XIX se acepta la idea de un Estado que toma a su cargo los medios técnicos necesarios para satisfacer necesidades colectivas de ciertos bienes o servicios tales como luz, agua, electricidad, transporte o vivienda.

Después de la segunda guerra

mundial, toman nuevamente vigencia las ideas sobre un Estado que asume un papel no sólo de impulsador de las actividades económicas, sino que compete abiertamente con los particulares en el campo comercial e industrial.

Como sabemos, en la actualidad prevalecen las ideas sobre un Estado no empresario, que se limita a supervisar las actividades que realizan los ciudadanos, sin intervenir ni competir abiertamente con aquellos, salvo en actividades consideradas estratégicas, prioritarias o no atendidas suficientemente por la iniciativa privada, que podemos considerar como de interés general.

Exactamente, el servicio público tiene por finalidad el atender éstas necesidades de interés general, existiendo un organismo encargado de la gestión de dicho servicio, investido de las prerrogativas de la autoridad pública.

En base a lo anterior, podemos inferir que el servicio público es una forma de la acción administrativa por la que una persona de derecho público asume la satisfacción de una necesidad de interés general.

Cuando el Estado localiza una actividad de interés general, cuya no satisfacción es inaceptable y la encomienda a una persona pública para asegurar su continuidad, este servicio público puede ser operado de manera que sólo cubra sus costos o, inclusive, trabajar a pérdida.

Para la doctrina, no es doble reconocer la calidad de servicio público a personas de derecho público que satisfacen intereses generales, al igual que empresas privadas similares (9), en este contexto, la actividad de servicio público sólo podría presentarse en el caso de servicios monopolizados: si no existe monopolio público, se reconoce la existencia de empresas privadas en el mismo sector. Para Fernando Mora, "si

hay empresa privada y no hay monopolio, el acceso de aquella no ha sido por concesión; por lo tanto esa empresa privada está en el sector por mera autorización y no por concesión; si la empresa privada actúa en el sector por mera autorización es necesariamente, porque la naturaleza de su actividad no es de servicio público".

PLURALISMO ECONOMICO Y ACTIVIDAD BANCARIA EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

• Efectuado en estudio de la doctrina sobre la materia, corresponde ahora analizar las disposiciones contenidas en nuestra Carta Magna para determinar si la actividad bancaria que se desarrolla en el Perú constituye realmente un servicio público.

El artículo 112o. de la Constitución señala que:

"El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personalidad jurídica que la Ley señala, de acuerdo con sus características."

Por su parte, el artículo 113o. determina que:

"El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo."

En el artículo 114o. se prevé que:

"Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos."

En el Capítulo II sobre Propiedad, los dos primeros párrafos del

artículo 125. establecen que:

"La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a Ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada."

La Ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono."

En lo que respecta a la actividad bancaria y financiera, nuestra Constitución prescribe lo siguiente en sus artículos 152o. y 153o.:

"La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de la actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo."

"La actividad bancaria, financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado, directa ni indirectamente. La Ley señala los requisitos obligatorios, garantías y limitaciones de las empresas respectivas".

En síntesis: el Estado garantiza el pluralismo económico; promueve la economía del país y presta servicios públicos; puede reservar para su ejercicio, por causa de interés social, actividades productivas y de servicios; puede realizar procesos de expropiación por causas de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declaradas conforme a Ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

Asimismo, adhiriéndose evidentemente al criterio privatista, la Constitución expresa que la actividad bancaria cumple función social de apoyo a la economía del país y que no puede ser objeto de monopolio privado, directo ni indirectamente.

LA ACTIVIDAD BANCARIA NO ES SERVICIO PUBLICO

Como advertimos, las normas

constitucionales del país reconocen el pluralismo económico, razón por la cual coexisten en el desarrollo de la actividad bancaria nacional empresas privadas, empresas de propiedad directa e indirecta del Estado, empresas autogestionarias y cooperativas. Resulta obvio que desde el punto de vista Constitucional, la actividad bancaria y financiera que se realiza en el país no puede ser realmente considerada como de servicio público, sino como una importante actividad de interés público.

Dada la importancia de esta actividad, la Superintendencia de Banca y Seguros ejerce en representación del Estado, el control y supervisión de las instituciones que operan con fondos del público (Intermediarios financieros); y, en uso de sus atribuciones, le corresponde autorizar la organización y funcionamiento de éstas instituciones, cumplidos los requisitos que señala la Ley.

Consideramos que reconociéndose el pluralismo económico, esta autorización no tiene el carácter de concesión, por existir el derecho previo por parte de las empresas privadas, empresas del Estado, empresas autogestionarias y cooperativas, para el desarrollo de la actividad bancaria y financiera, debiendo simplemente cumplirse con las exigencias establecidas para obtener dicha autorización.

LA ACTIVIDAD BANCARIA EN LA LEY PERUANA

No obstante lo dispuesto por la Carta Magna sobre pluralismo económico, al dictarse la Ley 24723 del 29.9.87, conocida como la Ley de Estructuración o Estatificación de las Empresas Bancarias, Financieras y de Seguros -aún vigente-, nuestro legislador abrazó la tesis publicista.

En efecto; dicha Ley en su artículo primero reservó para el Estado el ejercicio de la actividad bancaria, financiera y de seguros, sustentándose legalmente la dación de dicha Ley en que la Constitución no prohíbe el monopolio público de dicha actividad, limitándose a prohibir su monopolio privado.

Es conveniente recordar que la versión original del artículo 153o. de la Constitución prescribía que la actividad bancaria no podía ser objeto de monopolio privado "ni público" (10).

El mismo artículo de la Ley 24723, consideró como de servicio público la actividad bancaria, financiera y de seguros al señalar lo siguiente:

"Declárase de interés social la actividad de servicio público de las empresas bancarias, financieras y de seguros, reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones que señala la presente Ley"

Vale decir que en la actualidad, los Intermediarios financieros nacionales vienen actuando por

concesión del Estado y no por simple autorización de éste, en el ejercicio de la actividad que les corresponde.

Consideramos que al reservar a favor del Estado la actividad de las empresas bancarias y financieras, se ha vulnerado el principio sobre pluralismo económico, garantizando por el artículo 112o. de la Constitución, que hace posible la coexistencia de las empresas privadas, empresas del Estado, empresas autogestionarias y cooperativas en este sector.

Aceptar la tesis según la cual esta actividad es de servicio público, será reconocer como válida la idea según la cual el objetivo de los intermediarios financieros es el de satisfacer las necesidades de interés general de los ciudadanos (obtención de crédito), sin ánimo de lucro, operando sólo para cubrir sus costos o trabajando a pérdida.

Entendamos que superadas las pasiones políticas del momento, en breve plazo dejarán de tener vigencia las normas por las cuales se reserva para el Estado el ejercicio de la actividad bancaria y financiera, la que dentro del pluralismo económico que rige en el país, podrá ser realizada libremente por las diferentes modalidades empresariales -al igual que en la mayoría de países occidentales- bajo la atenta y celosa supervisión del Estado, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros.

BIBLIOGRAFIA

- | | | |
|--|--|--|
| <p>1. Giacomo Molle
I Contratti Bancari
Giuffrè, Milano 1977</p> <p>2. Joaquín Garrigues
Contratos Bancarios
Ed. Aguirre, Madrid 1975</p> <p>3. Miguel Acosta Romero
Derecho Bancario
Ed. Porrúa, México 1978</p> <p>4. Carlos Gilberto Villegas
Régimen Legal de Bancos</p> | <p>Ed. Depalma, Buenos Aires 1983</p> <p>5. Renato Alessi
Instituciones de Derecho Administrativo
Ed. Bosch, Barcelona 1970</p> <p>6. Fernando Mora
Ponencia sobre Actividad Bancaria
Montevideo, 1989</p> <p>7. León Dawid
Las transformaciones del Derecho Público</p> | <p>Madrid, 1926</p> <p>8. George Vialat
Derecho Administrativo
Madrid, 1975</p> <p>9. Jean Rivara
Droit Administratif
Paris, 1980</p> <p>10. Enrique Chirinos Soto
La Nueva Constitución al Alcance de Todos
Ed. Andina, Lima 1979</p> |
|--|--|--|