

## **PROGRAMA DE ASESORIA PARLAMENTARIA**

**Fundación Nuevas Generaciones**

en cooperación internacional con

**Fundación Hanns Seidel<sup>1</sup>**

### ***Análisis de los proyectos de reforma a la Ley de Entidades Financieras***

#### **Resumen ejecutivo**

*El presente trabajo tiene por objeto analizar someramente los proyectos de reforma de la ley 21.526 de Entidades Financieras más representativos y que serán objeto de tratamiento en las Comisión de Finanzas y en la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Asimismo, se ofrecerán ciertas propuestas.*

*A tal fin, se analizan los siguientes puntos: (I) Proyecto de ley – Reforma Ley 21.526 – Diputado Nacional Carlos Heller; (II) Análisis de Riesgos; (III) Proyecto de ley – Reforma Ley 21.526 – Diputados Nacionales Federico Pinedo, Gustavo Ferrari, Walter Agosto, Marcelo López Arias, Eduardo Amadeo, Jorge Triaca y Paula Bertol; y, por último, (IV) Propuesta para perfeccionar el proyecto de los Diputados Nacionales de Pro y Peronismo Federal..*

#### **I) Proyecto de ley. Reforma Ley 21.526 – Diputado Nacional Carlos Heller**

Aspectos sustanciales del proyecto:

- Actividad Financiera. Servicio Público (artículo 1°):
  - El proyecto incorpora esta nueva categorización de la actividad financiera como servicio público.
- Distinción entre entidades financieras nacionales y extranjeras (artículos 14° y 15°):
  - Se incorporan criterios más restrictivos para la actuación de entidades extranjeras y se amplía la responsabilidad a la casa matriz de la sociedad extranjera. Se define a

---

<sup>1</sup> La Fundación Hanns Seidel no necesariamente comparte los dichos y contenidos del presente trabajo.

entidad extranjera a aquella que tenga más de un 30 % de capital de origen extranjero, o aquella cuyos accionistas –provenientes de capital extranjero– prevalezcan en las decisiones asamblearias.

- Tasas de interés máximas (artículo 35°):
  - La tasa de interés activa de los préstamos en pesos, excluidos los adelantos y descubiertos en cuentas corrientes, que las entidades financieras otorguen a las Micro y Pequeñas Empresas no podrán superar en una proporción del 5 % la Tasa Media del sistema financiero para ese segmento.
  - La tasa de interés activa para los préstamos personales de hasta \$ 100.000 (Cien mil pesos) que se otorguen, no podrán superar en una proporción del 5 % la Tasa Media del sistema financiero para ese segmento.
- Denominada ‘democratización’ de los servicios financieros (artículo 40° y ss):
  - El BCRA establecerá un listado de “Servicios Esenciales”, dirigidos hacia los sectores de menores ingresos de la población, que las entidades deberán ofrecer con pautas, denominación, publicidad y comisiones comunes.
  - Se establecerá el nivel máximo de las comisiones que se pueden cobrar por dichos servicios, pudiendo en algunos casos ser gratuitos.
  - Se establece la obligación de las entidades financieras, en relación con las financiaciones que efectúa al sector privado, de destinar, como mínimo, el 38 % del promedio anual de las mismas, a micro, pequeñas y medianas empresas.
  - Se fija asimismo la obligación de destinar, como mínimo, el 2 % del promedio anual de las financiaciones al sector privado, al financiamiento de micro emprendedores. Se fija el deber de las entidades financieras de emitir un informe anual “Informe sobre Contribución a la Democratización de los Servicios Financieros” el cual tiene por finalidad informar sobre el desarrollo de las pautas citadas anteriormente.
- Defensa de la competencia. Limitaciones (artículo 55° y ss):
  - El BCRA controlará el nivel de concentración en las distintas operatorias de la actividad financiera con el objeto de asegurar un nivel razonable de competencia en el sistema financiero. Ninguna entidad financiera privada podrá tener una

participación en el conjunto del sistema financiero superior al 8 %, tanto en el total de depósitos provenientes del sector privado, como en el total de préstamos otorgados al sector privado.

- Trámite parlamentario:
  - La iniciativa ingresó a la Cámara de Diputados el 26.04.10.
  - El proyecto ha sido girado a la Comisión de Finanzas, y a la Comisión de Presupuesto y Hacienda para la emisión del dictamen relativo a su validez.
  - Para su promulgación como ley, deberá ser aprobado por las dos Cámaras del Congreso de la Nación. Se tratará originariamente en la Cámara de Diputados en sesión ordinaria y, luego de ello, se elevará a la Cámara de Senadores.

## II) Análisis de riesgos

- Categorización de la actividad financiera como servicio público:
  - Trae como consecuencia una mayor intervención e injerencia del Estado en la actividad financiera.
- Creación de un organismo de Defensa del Consumidor de Productos Financieros:
  - Hay consenso respecto de la necesidad de ofrecer herramientas de información para los consumidores que, en general, llegan a los servicios financieros mediante intermediarios. La nueva regulación financiera impulsada por el Presidente Barack Obama en EEUU recepta también este punto. Ello responde a una tendencia postcrisis generalizada en Occidente de proteger a los consumidores del sistema financiero. En consecuencia, no encontramos riesgos en la creación de este organismo.
- Obligación de los bancos a destinar al menos 38% de sus préstamos a micro, pequeñas y medianas empresas y un 2% a micro emprendimientos:
  - Existen entidades públicas y mixtas que tienen entre sus objetivos otorgar ese tipo de financiamientos. No existe la necesidad de poner un límite fijo para direccionar los negocios de las entidades financieras. En los países desarrollados no se prevén marcos regulatorios que pretendan que el sistema financiero responda a objetivos políticos ni a supuestas prioridades oficiales de asignación del crédito.

- Diferenciación entre bancos nacionales y extranjeros:
  - Es claro que, en principio, las entidades financieras nacionales apoyan el trato diferenciado, mientras que las extranjeras lo objetan. En definitiva, siempre depende de la forma en que se reglamente. En Brasil, por ejemplo, la política de controles sobre las entidades extranjeras se basa en tratados de reciprocidad con los países de origen de dichas entidades, para que las autoridades de control puedan cruzar la información y tengan todos los elementos necesarios para regular el funcionamiento y solvencia de las mismas. Sin perjuicio de ello, el proyecto establece que los bancos de capital extranjero responderán con la totalidad de su patrimonio local y el de su casa matriz por los pasivos que contraigan en la República Argentina. Esta determinación excede los límites de la Ley de Sociedades 19.550 y sus modificatorias. Asimismo, existe la posibilidad de que la restricción a la banca extranjera también permita luego facilitar la manipulación política orientada hacia el “capitalismo de amigos”.
- Pase del sistema de garantía de depósitos a manos del Estado Nacional:
  - El actual Sistema de Seguro de Depósitos (SEDESA) es un mecanismo que garantiza a los ahorristas, de acuerdo a la normativa vigente, disponer de sus depósitos en caso de que la entidad financiera no pueda cumplir con su obligación de pago. Funciona como sociedad anónima fiscalizada por el BCRA y, además, cumple la función de prevención de crisis sistémicas. La principal objeción al pase de sus funciones a manos del Estado Nacional es el posible avance de la discrecionalidad en el manejo de estos fondos. El SEDESA hoy por hoy correctamente su función, y también lo ha hecho durante la década del ‘80, el denominado ‘efecto tequila’ y otras crisis nacionales e internacionales.

### **III) Proyecto de ley. Reforma Ley 21.526 – Diputados nacionales Federico Pinedo, Gustavo Ferrari, Walter Agosto, Marcelo López Arias, Eduardo Amadeo, Jorge Triaca y Paula Bertol**

- Es un proyecto que atenúa muchos de los riesgos mencionados en el acápite B) anterior. No obstante, como todo, resulta perfectible.
- Se opone a la concepción de la actividad financiera como ‘servicio público’.

- Propone herramientas que generen más alternativas de ahorro y un blanqueo generalizado de la economía:
  - Propone fomentar el ahorro a través de la actualización del capital, de acuerdo al valor de precios de diferentes productos.
  - Fija un sistema generalizado de débitos directos y cuentas gratuitas con beneficios fiscales, para pagar impuestos, tasas y servicios públicos.
- También crea la figura del Defensor del Usuario y un tribunal administrativo en materia financiera para resolver los reclamos.
- Para subsanar deficiencias en el interior del país permite que diferentes comercios sean corresponsales de bancos y alienta la apertura de sucursales.
- En cuanto a créditos, el proyecto crea centrales de balances de empresas, premiando a los cumplidores, además de proponer la constitución de un Comité Asesor de Política Monetaria y Crediticia para coordinar las políticas entre el BCRA y el Ministerio de Economía.

#### **IV) Propuesta para perfeccionar el proyecto de los diputados nacionales de PRO y Peronismo Federal**

En términos generales, consideramos que el proyecto es bueno y no ofrece objeciones de fondo. No obstante, resulta necesario resaltar tres puntos:

- 1) El artículo 2 del proyecto introduce la expresión ‘servicio de interés público’. Si bien no es estrictamente la noción de ‘servicio público’, tal expresión podría llevar a confusiones, sea de los mismos usuarios o de las autoridades administrativas y/o judiciales encargadas de aplicar la futura ley.

Enseña Diez que la noción de servicio público es fundamental para el derecho administrativo, y uno de los conceptos más polémicos<sup>2</sup>. Por ello, se ha señalado que los conceptos de servicio público son tantos como autores existentes que se han ocupado de él<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> DIEZ, M. M., "Derecho Administrativo", T° 3, pág. 183, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967.

<sup>3</sup> ALESSI, R., "La prestazioni amministrative rese ai privati", Milan, 1956, p. 2

Entre otros, Bielsa define el servicio en trato como "Toda acción o prestación realizada por la Administración pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía"<sup>4</sup>. La noción de servicio público sigue siendo poco clara, tanto en nuestro país como en el extranjero, ya que su extensión es discutible. Su concepción cambia al compás de la vida social. No obstante, existe acuerdo sobre la necesidad de "reservar una actividad" bajo un "régimen jurídico especial" de derecho administrativo y ofrecerla al usuario con "carácter obligatorio".

Si bien hay consenso en que la actividad financiera no constituye un servicio público, cierto sector la ha incluido dentro del concepto de 'servicio público impropio o virtual'. Este concepto ha sido cuestionado desde antaño por importantísimos sectores de la doctrina, por entender que presenta el peligro de otorgar a la administración prerrogativas del poder legislativo, como lo ha hecho Waline<sup>5</sup> y Diez, afirmando que "...no corresponde aceptar el criterio de servicio público virtual, por cuanto, de hacerlo, la administración podría, en cualquier momento, erigir en servicio público cualquier actividad privada e imponerle la reglamentación de considerarse apropiada en perjuicio de los derechos del administrado"<sup>6</sup>, y tengamos en cuenta que también se ha dicho -en la doctrina francesa- que la noción de servicio público virtual es excesivamente vaga y arbitraria para reconocerle algún valor jurídico<sup>7</sup>. Asimismo, entre nosotros, Dromi ha escrito que "hablar de servicios públicos impropios es un error de principio y lenguaje. Todos los servicios son propios en el sentido de debidos. El término impropio para señalar la prestación no estatal constituye una inexactitud intrínseca"<sup>8</sup>.

No obstante la no aceptación mayoritaria del concepto de servicio público impropio o virtual, cabe resaltar que -de conservarse la expresión 'servicio de interés público' en el artículo 2 del proyecto en análisis- muchos sectores podrían utilizar tal noción -de por sí más flexible- para

<sup>4</sup> BIELSA, R., "Derecho Administrativo", t. I, p. 463, 6ª ed., Buenos Aires, 1964.

<sup>5</sup> DE LAUBADERE, A., "Traité Élémentaire de Droit Administratif", ps. 548/549, París, 1970.

<sup>6</sup> DIEZ, M. M., ob. cit., t II, p. 14.

<sup>7</sup> RIVERO, Jean, "Droit Administratif", p. 426, 8ª ed., París, 1977.

<sup>8</sup> DROMI, J. R., "Derecho Administrativo Económico", t. II, núm. 64 en p. 104, Buenos Aires, 1979.

confundir los términos e interpretar que el legislador habría querido tipificar a la actividad financiera como un servicio público.

Pero, ¿por qué la actividad financiera no puede ser considerada un ‘servicio público’?:

Uno de los factores fundamentales del servicio público lo constituye el de la "igualdad" de trato, que Marienhoff conecta como igualdad ante la ley<sup>9</sup>, requisito que es admitido, sin discrepancias, por la doctrina, como lo es el de la "obligatoriedad" de la prestación y el régimen especial de precio y pago a través de las "tarifas" sometidas a la autorización o aprobación administrativa<sup>10</sup>:

- En cuanto al elemento "igualdad", resulta evidente que tal circunstancia subvierte toda la operatoria bancaria, que se basa en pautas y criterios de selección de clientela y riesgos, que llevan a la concertación de operaciones sobre bases distintas, como resulta de la libertad de concertación de tasas. Ello que excluye un trato igualitario, lo que es lógico si se tiene en cuenta la indiscutible naturaleza de vínculos de derecho privado que tienen las relaciones que establecen las entidades financieras con sus clientes.
- En lo que hace a la "obligatoriedad" de la prestación, es intuitivo que ninguna entidad financiera privada puede ser obligada a, por ejemplo, otorgar créditos. Por tanto, si bien la circunstancia de que una actividad esté incidida por un ‘interés público’ no es argumento suficiente para calificarla como ‘servicio público’, recomendamos quitar tal expresión del artículo 2 del proyecto, a fin de evitar cuestionamientos que –inevitablemente- deberán ser dirimidos en sede judicial.

- 2) El artículo 166 del proyecto crea un Tribunal Administrativo en materia financiera que estará encargado de sustanciar y resolver en forma exclusiva los reclamos de los clientes y usuarios de servicios financieros.

<sup>9</sup> MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, núms. 315 y 359, Buenos Aires, 1966.

<sup>10</sup> FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", t. II, p. 210, 2ª ed., BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, p. 485, 5ª ed., VILLEGAS BASABILBASO, B., "Derecho Administrativo", t. III, p. 59, DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", t. III, p. 206; GORDILLO, A. A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. XX, XIII-4; CANASI, José, "Derecho Administrativo", vol. II, p. 27.

Entendemos que el proyecto no regula suficientemente cómo se compatibilizará este tribunal con las jurisdicciones provinciales. En este sentido, el artículo 170 del mismo establece que “las decisiones del Tribunal serán apelables por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, en los plazos y términos de la ley nacional de Procedimientos Administrativos”. Consideramos necesario que, de crearse este tribunal, debe determinarse un organismo y/o instancia provincial que también pueda atender en el proceso.

- 3) Asimismo, tampoco resultaría suficientemente claro cómo se conjuga el rol del Tribunal Administrativo en materia financiera con el llamado ‘Defensor del Usuario de Servicios Financieros’. El artículo 176 del proyecto crea dicho cargo y le otorga la competencia de ser “la autoridad de aplicación exclusiva en materia de reclamos bancarios de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial y sus modificatorias, y otras que pudieran ser de aplicación a reclamos -contra bancos y demás entidades financieras”.

Por tanto, tal como surge del sentido literal del proyecto, por un lado dicho Defensor tendría el doble carácter de juez y parte –lo cual, sería inconstitucional. Por el otro, no habría una división clara entre las facultades de tal Defensor -que sería “autoridad de aplicación exclusiva en materia de reclamos bancarios de la ley 24.240 y la ley 22.802”-, y las facultades del Tribunal Administrativo del artículo 166, el cual “estará encargado de sustanciar y resolver en forma exclusiva los reclamos de los clientes y usuarios de servicios financieros”.