

EL PODER DE POLICÍA FINANCIERO Y BANCARIO

EDUARDO MERTEHIKIAN

Director de la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP. Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Profundizado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor Protitular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y profesor del Master de Derecho Administrativo de la Universidad Austral en la materia Contratos Administrativos.

I. ASPECTOS QUE COMPRENDE

La doctrina ha señalado hace ya muchos años, que uno de los caracteres que denota la singularidad del denominado Poder de Policía es que su *contenido* sea por demás *indefinido*.¹ Sin perjuicio de ello, a los fines de este análisis puede ser concebido como “la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes”² e incluido junto a los contenidos que de él tradicionalmente se predicaban –seguridad, moralidad, salubridad– el de la *prosperidad*.³

En ese orden, según nuestra Constitución Nacional, la función de Policía financiera y bancaria le corresponde de manera exclusiva al gobierno federal como atribución delegada por las provincias, en cuanto le asigna al Congreso de la Nación en esta materia el poder de “[...] hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras [...] adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación,⁴ [...] a la defensa del valor de la moneda; [...] Establecer y reglamentar el funcionamiento de un Banco Federal con facultades para emitir moneda, así como de otros bancos nacionales; [...] reglar lo necesario para asegurar la *prosperidad* y progreso de la Nación, dictando todas las leyes y reglamentos que resulten necesarios o convenientes para poner en ejecución dichos poderes que la Ley Fundamental le asigna al Congreso federal (cláusula de los denominados *Poderes implícitos*; Artículo 75, inciso 32 de la Constitución Nacional).⁵ Correlativamente, establece la prohibición para las provincias del ejercicio de los mencionados poderes asignados al gobierno federal y establece en forma terminante que ellas no pueden “[...] acuñar moneda, ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal” (Artículo 126 Constitución Nacional).

¹ Bielsa, Rafael. *Régimen Jurídico de Policía*. Buenos Aires, La Ley, 1957, p. 29.

² Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. IV, número 1515. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, sexta edición actualizada, p. 530.

³ Marienhoff, Miguel S. Op. cit., número 1520.

⁴ Previsión con base en la cual se ha señalado la inconstitucionalidad de la adopción de una moneda extranjera como signo monetario vernáculo (Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª edición actualizada, comentario que efectúa al tratar el Artículo 75, inc. 11 de la Constitución Nacional).

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos: 256:241, entre muchos otros.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶ es pacífica en la consideración de que existe una delegación de facultades propias del Poder Legislativo en el Banco Central de la República Argentina del denominado *Poder de Policía financiero y bancario*, entidad pública que con sustento en las atribuciones que la Constitución le asigna, el Congreso ha creado para delegarle esa función. Del mismo modo tiene reconocido que el régimen jurídico que rige la relación entre dicha autoridad administrativa de regulación y fiscalización y la actuación de las entidades bancarias y financieras es el Derecho administrativo.⁷

Pues bien, en forma sintética puede decirse que la función de Policía financiera y bancaria del Estado nacional abarca esencialmente dos aspectos; la de emitir moneda de curso legal forzoso en todo el ámbito de la República Argentina y la de autorizar, regular y fiscalizar el funcionamiento del sector financiero y bancario, actividades para cuyo desarrollo el legislador ha creado una misma autoridad administrativa independiente: el Banco Central de la República Argentina.

II. EL PRIMERO DE ESOS ASPECTOS. LA EMISIÓN DE MONEDA Y LA DETERMINACIÓN DE SU VALOR

Recientemente⁸ nos hemos ocupado del problema que suscita en nuestro medio la creciente emisión de dinero inconstitucional (por violar la expresa prohibición constitucional) de parte de las provincias, a través de la emisión de títulos públicos que reúnen las características no sólo extrínsecas, sino intrínsecas del papel moneda, circunstancia que ya había merecido la atención crítica de la doctrina.⁹ Para ello se ha invocado la severa situación de emergencia por la que atravesaban los estados provinciales que llevaron a cabo tal emisión, como si el estado de emergencia posibilitara la violación de la Constitución Nacional y la distribución de las competencias que ella lleva a cabo organizando el régimen federal de gobierno¹⁰ y violando lo establecido en los Artículos 30¹¹ y 31¹² de la Ley Orgá-

⁶ Fallos: 256:241; 366: 303:1.776; 310:203 "Cambios Teletour S.A." entre otros.

⁷ Fallos: 308:594; 310:203, entre otros.

⁸ "La emergencia y la emisión de las cuasimonedas por las Provincias"; en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP* N° 303:83 (Año XXVI).

⁹ Muratorio, Jorge I. "Los títulos públicos provinciales asimilables a la moneda"; en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP* N° 287:29 (Año XXIV). Capón Filas, Juan Pablo. "Análisis Constitucional de las Cuasimonedas Provinciales"; en *Revista La Ley* ejemplar del 7 de mayo de 2003.

¹⁰ Tal como se señala en el trabajo mencionado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había fulminado por inconstitucional desde antiguo esta práctica, en las sentencias recaídas en las causas "Galleti" del 20-12-1926 y "Viñuelas" del 12-09-1927. Bien vale la pena recordar nuevamente las expresiones de Juan Bautista Alberdi cuando decía: "[...] la creación de un gobierno general supone la renuncia o abandono de cierta porción de facultades por parte de los gobiernos provinciales. Dar una parte del gobierno local y pretender conservarlo íntegro, es como restar de cinco dos y pretender que queden siempre cinco [...]" (*Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires, Edición Librería Platero, 1991, p. 109).

¹¹ "El banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, banco u otras instituciones cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda."

¹² "Los billetes y monedas del Banco tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos [...]"

nica del Banco Central de la República Argentina (Ley N° 24.144, modificada por su similar N° 25.562, en adelante, LO) y puede comprometer seriamente la actuación de dicha entidad de regulación y fiscalización, pues comprobada la violación de su función exclusiva de emitir moneda, la ley le impone el deber de denunciar el hecho ante la autoridad correspondiente y comunicarlo al Poder Ejecutivo para que éste tome las medidas correspondientes (Artículo 32, LO).

Pero no solamente le corresponde la atribución de emisión de billetes en *forma exclusiva*, sino –añadidamente– de preservar su valor, facultad que le asigna el Artículo 3° de la LO en cuanto dispone: “Es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda”.

Sin embargo y en esas paradojas que tiene nuestro país, en el cual se ha acudido sistemáticamente al instituto de la emergencia asimilándola a una catástrofe producida por causas naturales y con cada una de esas declaraciones se ha producido una degradación de nuestro *Estado de Derecho*;¹³ el actual estado de emergencia pública declarado legislativamente a través de la Ley N° 25.561, prorrogado y ampliado por la Ley N° 25.820 y con sustento en ella delega amplias atribuciones al Poder Ejecutivo nacional con base en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, involucra la facultad de establecer: “[...] por las razones de emergencia pública, para establecer *el sistema* que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias.” (Artículo 2°, Ley N° 25.561; el énfasis es agregado), de tal suerte que el legislador en una actitud inexplicable se ha desprendido –mientras dicha situación de emergencia perdure– de una atribución constitucional que le es propia y exclusiva, desprendimiento que a nuestro juicio resiente la división de Poderes.¹⁴

Con sustento en tal delegación de atribuciones, se dictaron el Decreto N° 71/2002 por el cual se determinó primero *un mercado oficial* y una *relación fija* entre el peso y el dólar estadounidense de u\$s 1 = \$ 1,40 y luego el Decreto N° 260/2002 por el que se estableció: “[...] *un mercado único y libre* de cambios por el cual se cursarán todas las operaciones de cambios.”

Cuadra señalar, a efectos de apreciar la inconveniente interferencia que provoca el propio legislador que por un lado crea y organiza una autoridad a la que le asigna una atribución

¹³ Mairal, Héctor A. “Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública Argentina”, en la obra de varios autores, *El derecho administrativo de la emergencia, III*, (Coordinador Sebastián D. Alanís). Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, pp. 129 y sigs. Es que –como también lo apunta la doctrina– el abuso a utilizar el instituto de la emergencia ha degenerado en el actual estado de emergencia del Derecho argentino, en el cual la ley no inspira confianza; Urrutigoity, Javier. “Del Derecho de la Emergencia al Derecho de la Decadencia” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP* N° 289:261, (Año XXV). Canosa A. - Mihura Estrada, G. “La emergencia y una degradación a la tutela judicial efectiva.” *El Derecho* del 04-12-2000. Las recurrentes declaraciones de emergencia administrativa, económica y financiera a las que el Estado argentino ha acudido en los últimos años ha motivado que un sector de la doctrina señalara, en una visión sumamente crítica del fenómeno, que el Derecho administrativo argentino desde 1983 en adelante se ha transformado en un instrumento autoritario y opresivo violatorio de las garantías constitucionales. Crivelli, Julio César. *La Emergencia Económica Permanente*. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 30.

¹⁴ González Campaña, Germán. “El mito de la delegación legislativa en el Derecho norteamericano” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP* N° 304 (Año XXVI).

con carácter exclusivo, dotándola de una independencia de criterio en la misión de preservar el valor de la moneda que no admite ninguna interferencia del Poder Ejecutivo Nacional cuando en forma categórica el Artículo 4º de la LO dispone: “[...] *en la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera el Banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional*” y luego provoca una situación incierta cuando a través del Artículo 10 de la Ley de Presupuesto para el año 2004 dispone: “Los organismos y entes autárquicos integrantes del Sector Público Nacional Financiero y No Financiero, ajustarán su actividad e implementarán libremente sus acciones y objetivos en el marco de las decisiones de política económica que determine el Poder Ejecutivo nacional, por intermedio del Ministerio de Economía y Producción.”¹⁵ Es a todas luces indudable que la norma atribuye al citado Ministerio una competencia que –a nuestro modo de ver– resulta incompatible con las fijadas al Banco Central dada la finalidad que se desprende del texto categórico del Artículo 4º de la Ley N° 24.441.

III. LA HABILITACIÓN, REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD BANCARIA Y FINANCIERA

Creado originalmente en el año 1935 por la Ley N° 12.155, el legislador federal le asigna al Banco Central de la República Argentina esta vertiente de su poder de policía de regulación en el campo económico¹⁶ que despliega a través del otorgamiento de las habilitaciones de funcionamiento de las entidades financieras y bancarias a través de la aplicación de la legislación que rige la actividad de éstas; de la regulación de ese funcionamiento; de la fiscalización de las mismas y de la aplicación de un régimen de sanciones específico,¹⁷ ámbito en el cual posee competencia para adoptar una serie de decisiones que no están exentas de un cierto grado de discrecionalidad.¹⁸

Organizado como entidad autárquica y en cuya historia la doctrina señala cinco períodos,¹⁹ su competencia típicamente administrativa y de carácter técnico²⁰ es la que en general se atribuye a un ente regulador²¹ y el Derecho administrativo –como se ha mencionado– es el que rige la relación que –en el ejercicio de esa función– entabla con las entidades que regula y fiscaliza, de modo que son aplicables sus principios y normas.²² Configura el eje del

¹⁵ Ley de Presupuesto N° 25.827 para el Ejercicio Financiero 2004.

¹⁶ Villegas, Carlos G. “El Poder de Policía financiero del Banco Central” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* - DCO N° 10. Buenos Aires, Depalma, 1977. p. 257 y sigs.

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte Federal tiene establecido el criterio de que el régimen sancionatorio del Banco Central de la República Argentina fijado en la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras, en ejercicio del Poder de Policía financiero, no es inconstitucional en la medida que permita una revisión judicial de carácter pleno (*Fallos*: 303:1.776).

¹⁸ Que la jurisprudencia de la Corte Suprema expresamente le ha reconocido (ver *Fallos*: 310:284). La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, también ha dicho: “El Banco Central no está obligado a observar una progresión determinada en la aplicación de las medidas tendientes a consolidar entidades financieras pues no se trata de etapas sucesivas y su implementación es una facultad discrecional” (“Figueroa, E.”; Sala III; 08-06-2000; *DJ* 2001-1-778).

¹⁹ Bianchi, Alberto B. *La Regulación Económica*. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 208 y nota 36.

²⁰ Villegas, Carlos G. Op. cit., p. 265.

²¹ Bianchi, Alberto B. Op. cit., p. 203.

²² De allí que se justifique su análisis en una obra que aborde los diversos aspectos del Poder de Policía, el Servicio Público y las actividades de Fomento; todas ellas manifestaciones del poder de intervención estatal.

sistema financiero, y la ley le concede atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a la política monetaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación, y la fiscalización de su cumplimiento.²³

Si bien no siempre fue así, el actual régimen legal que regula la actividad financiera y bancaria (tanto pública como privada) no permite considerarla un *servicio público*, pues las entidades financieras no toman los depósitos del público por cuenta y orden del Banco Central de la República Argentina, como sí sucedía con la calificación de *representantes* que le asignaba el Artículo 4º de la derogada Ley N° 20.520 de Entidades Financieras en situación análoga al régimen vigente entre los años 1946 a 1955 y 1973 a 1976.

Por lo anterior y con el criterio que surge de las Leyes N° 21.526 de Entidades Financieras y N° 21.495²⁴ de descentralización de depósitos, puede asumirse –en lo que aquí interesa– que la acción interventora del Estado en este campo se materializa a través de las *autorizaciones*²⁵ de funcionamiento que otorga el Banco Central de la República Argentina a las entidades financieras (Artículos 7º; 13, 16, primer párrafo, Ley N° 21.526) que dentro de la clasificación que realiza la doctrina²⁶ puede incluirse entre las que se señalan como autorizaciones de *funcionamiento* y *operativas*.²⁷

Mención aparte merece realizarse en cuanto al régimen de la responsabilidad del Estado por la actuación dicha entidad autárquica y en ese sentido el Artículo 3º de la LO N° 24.144 la establece expresamente, cuando dispone: “[...] el Estado nacional garantiza las obligaciones asumidas por el Banco.”, de donde puede afirmarse que la responsabilidad por los daños que ocasione en ejercicio de la competencia asignada es principal y directa de dicha entidad autárquica y debe ser atendida primeramente con su patrimonio y sólo en forma *subsidiaria* por el Estado nacional.²⁸

Un aspecto que tampoco debe omitirse en este breve repaso que nos hemos propuesto, es el vinculado a la procedencia del recurso administrativo de alzada regulado en el Artículo 94 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo contra las decisiones del Directorio del Banco Central. En ese orden y no obstante la complejidad que la cuestión

²³ CS; Fallos: 310:203, “Cambios Teletour S.A. v/ Banco Central de la República Argentina”, sentencia del 10 de febrero de 1987.

²⁴ Publicada en el Boletín Oficial del 21-01-1977 y llamada “Ley de Restitución a las Entidades Financieras de los depósitos recibidos por cuenta del Banco Central de la República Argentina”.

²⁵ La doctrina ha señalado en este punto la variedad terminológica a la que ha quedado sometida la expresión y al mismo tiempo ha debido destacar que la técnica autorizatoria ha sido la que ha sufrido quizá como ninguna otra, las consecuencias del profundo cambio de la realidad socioeconómica sobre la que la Administración opera (Cfr. Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Madrid, Civitas, 1999, 6ª edición, p. 132).

²⁶ Cassagne, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 87 y sigs.

²⁷ Cassagne, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 91 y 92.

²⁸ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I, número 128, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, 2ª edición, p. 441. Comadira, Julio Rodolfo. “La responsabilidad del Estado por la actuación de sus Entes Descentralizados (A propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos)” en *El Derecho* 145:380. Bianchi, Alberto B. “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores (Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control)” en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo (SJDA), *La Ley*, diario del 14-08-2000). Mertehikian, Eduardo. *La Responsabilidad Pública*. Capítulo VIII. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, pp. 225/243.

suscita, no debe perderse de vista en primer lugar, que en aquellas materias que se considerara procedente, el mentado recurso se encontraría limitado a las cuestiones de legitimidad del acto impugnado frente a la disposición del Artículo 97 del citado Reglamento, pues se trata de una entidad descentralizada creada por el Congreso federal en uso de atribuciones que le son propias,²⁹ pero también merece atenderse a la circunstancia de que el contenido restringido de la revisión administrativa basada en el control de tutela responde a una autolimitación del propio Poder Ejecutivo³⁰ con lo cual la cuestión no queda zanjada.

El problema se origina en la colisión que el ejercicio del control por vía del recurso provocaría frente a la categórica disposición del Artículo 3º de la Ley Orgánica N° 24.144 de manera análoga a lo que más arriba señaláramos cuando nos referimos al Artículo 10 de la Ley de Presupuesto N° 25.827 vigente y en ese sentido no es difícil coincidir con la doctrina que ha calificado incompatible el control por vía de este recurso con las competencias materiales específicamente atribuidas por el legislador al Banco Central, incluidas en el mencionado Artículo 3º de la LO; a lo que cabe añadir –como señala dicha doctrina– la derogación de la Ley N° 22.259 que regulaba un recurso de alzada optativo a la vía judicial en supuestos de intervención o liquidación de entidades financieras³¹ y que ese control de tutela, limitado a las cuestiones de legitimidad del acto impugnado, podría ser ejercido únicamente en aspectos vinculados a cuestiones de organización.³²

²⁹ Canosa, Armando N. *Los recursos administrativos*. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, p. 217 y en especial lo que se dice en nota 121 en esa misma página.

³⁰ Creo Bay, Horacio D. "El recurso de alzada como medio de control administrativo sobre las entidades descentralizadas" en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T. 49 N° 1, Mayo 1989, p. 67.

³¹ Canosa, Armando N. *Op. cit.*, p. 221.

³² *Ibidem*. Con relación a la situación que se suscitaba con anterioridad a la sanción de la Ley N° 24.144 nos remitimos a Halperín, David Andrés. "La impugnación de actos emitidos por la Superintendencia de Seguros de la Nación y por el Banco Central de la República Argentina" en *REDA* N° 4; p. 289 y sigs.