

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Económico

Mención Derecho de la Empresa

El prestamista de última instancia

Carlos Cisneros Pazmiño

2000

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realce cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Carlos Cisneros Pazmiño

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Económico

Mención Derecho de la Empresa

El prestamista de última instancia

Carlos Cisneros Pazmiño

2000

En el presente trabajo se analizará la tesis económica neoliberal concerniente a la función del Estado como prestamista de última instancia, y su concreción en el ordenamiento jurídico, a partir de la expedición de las leyes de Régimen Monetario y Banco del Estado y General de Instituciones del Sistema Financiero, hasta la promulgación de la Ley de Transformación Económica del Ecuador.

Sus objetivos, problema e hipótesis, son los siguientes:

a) Objetivos:

- 1.- Verificar los fundamentos, tanto económicos como jurídicos, que reflejan la posición del prestamista de última instancia, a la luz de las tesis neoliberales, y de nuestro ordenamiento jurídico; y,
- 2.- Analizar la vinculación entre la tesis económica neoliberal que le confiere al prestamista de última instancia un determinado rol, y el ordenamiento jurídico en el cual tiene que plasmarse.

b) Problema:

¿La función del prestamista de última instancia que le otorga la tesis económica neoliberal, es fielmente concretizada en el campo jurídico?

c) Hipótesis:

La función que la tesis económica neoliberal le confiere al prestamista de última instancia, no es concretizada fielmente en el campo jurídico.

El presente trabajo, entonces, tratará de encontrar los fundamentos, tanto económicos como jurídicos, que reflejen la posición del prestamista de última instancia, dentro del neoliberalismo, y de verificar la sujeción de nuestro ordenamiento a dichos postulados.

La intención descrita, en fin, tiene especial trascendencia ya que recoge el estudio de la concreción jurídica de una forma de intervención del Estado en la economía, con unos parámetros definidos en la teoría económica.

A la memoria de mi padre,
a mi madre,
a José,
a Guillermo

Al doctor Marco Antonio Guzmán, tutor de la tesis, un especial agradecimiento por el interés que mostró sobre el tema, como por sus comentarios y recomendaciones que, sin lugar a dudas, mejoraron en mucho su contenido; pero, sobre todo, debo agradecerle por el generoso apoyo que supo darme en momentos de flaqueza.

De igual forma, debo expresar mi más alta gratitud a la Dra. Ximena Endara, quien no sólo se preocupó constantemente de mi persona y de la investigación, sino que supo proporcionarme ese ambiente tan necesario como para que ésta fructificara.

En fin, les doy las gracias a todas y cada una de las personas que de alguna forma colaboraron en la prosecución de este trabajo, en especial a las autoridades y personal de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Quito, junio del 2000

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

EL ESTADO NEOLIBERAL

- 1.1.- La tesis neoliberal fundacional.
- 1.2.- La tesis neoliberal globalizante.
- 1.3.- América Latina y el Estado neoliberal.
- 1.4.- La tesis neoliberal y el intervencionismo mercantilizante del Estado.

CAPITULO II

EL PRESTAMISTA DE ULTIMA INSTANCIA

- 2.1.- El sistema financiero
- 2.2.- El Estado neoliberal y el sistema financiero
 - 2.2.1.- La estabilidad monetaria
 - 2.2.2.- La estabilidad del sistema financiero
 - 2.2.2.1.- La supervisión de los bancos
 - 2.2.2.2.- El seguro de depósitos
 - 2.2.2.3.- El prestamista de última instancia
 - 2.2.2.3.1.- El prestamista de última instancia según la doctrina clásica
 - 2.2.2.3.2.- El prestamista de última instancia según el Comité de Basilea

CAPITULO III

EL ESTADO DE DERECHO

- 3.1.- El Estado de Derecho
 - 3.1.2.- El Estado de Derecho y el Estado neoliberal
- 3.2.- El principio de legalidad
 - 3.2.1.- Las potestades discrecionales
 - 3.2.2.- La arbitrariedad
- 3.3.- La posición del Comité de Basilea sobre el prestamista de última instancia y su juridificación

CAPITULO IV

EL PRESTAMISTA DE ULTIMA INSTANCIA EN EL DERECHO POSITIVO

- 4.1.- La Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado
- 4.2.- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
- 4.3.- La Constitución Política

4.4.- La Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera

4.5.- La Ley para la transformación económica del Ecuador

4.5.1.- La dolarización

4.5.1.1.- El prestamista de última instancia

4.5.1.2.- Los antecedentes inmediatos de su implantación

4.5.2.- El contenido de la Ley

4.5.3.- El Fondo de liquidez

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

El país se ha visto convulsionado por la crisis financiera, y la opinión pública ha observado la actitud del Estado frente a la misma, una de cuyas aristas es la provisión de recursos que efectuó para el salvataje bancario, y que ha merecido críticas de parte y parte, pero ha dejado traslucir una confusión en cuanto al proceder que debió y debe adoptar.

La intervención del Estado, a través de una o de varias de sus instituciones, en los casos en que existe el peligro de que se produzca, o cuando llega a ocurrir, una crisis del sistema financiero, ha recibido el nombre de función de *prestamista de última instancia*.

Las tesis neoliberales, muy en boga en estas latitudes, plantean un nuevo guión para el desempeño de ese rol, que se resume en el hecho de que debe quedar como un hecho excepcional, totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume.

La base de esta ponencia está en los peligros que la participación del Estado puede producir y que son: la perturbación del equilibrio monetario al inyectar liquidez en un monto importante, los efectos perjudiciales eventuales para la disciplina del mercado y la competitividad del sistema financiero, y la aparición del riesgo moral. Para evitar estos inconvenientes, es necesario que, los prestamistas de última instancia mantengan un ambiente de ambigüedad constructiva sobre sus intenciones y que convencan a los agentes financieros que su intervención no es inevitable, ya que se parte del principio de que, sólo pueden mantener toda su eficacia si nunca se ven en la necesidad de intervenir.

No obstante, esta tendencia, si bien acepta la intervención del prestamista de última instancia, al estatuir que ésta no puede ser predecible, conlleva la imposibilidad de que sea reconocida en un precepto jurídico, lo que contradice el Estado de Derecho.

Y es que, en efecto, el Estado de Derecho constituye una limitación estricta a la actuación del Estado, en tanto éste sólo puede hacer lo que le está permitido por el ordenamiento, por la norma

que detalla los presupuestos y consecuencias de esa intervención. Todo lo que se oponga, o que vaya más allá del Estado de Derecho, de la Ley, es arbitrariedad.

A continuación, buscaremos desentrañar los enredados entretelones de esa relación entre la tesis económica neoliberal sobre el prestamista de última instancia y el Estado de Derecho.

CAPITULO I

EL ESTADO NEOLIBERAL

El neoliberalismo puede ser concebido de diversas maneras, según la óptica con la cual se mire. Para su adecuada conceptualización es necesario reconocer las consecuencias de cada una de estas perspectivas. En su desarrollo histórico, podemos reconocer dos puntos de vista claramente definidos: el de los Estados centrales, y el de los Estados periféricos. El análisis conjunto de estas realidades, nos hacen ver como pertinente el esquema de definición de Ezcurra¹, según el cual, la tesis neoliberal tiene tres etapas: La primera, fundacional y teórica, que recoge el fundamento básico que en el futuro se presentara con ciertas variantes, y que consiste en que “el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades”. La segunda, de raigambre estatal, cuya característica política es el advenimiento al poder de las administraciones Thatcher (Gran Bretaña, 1979) y Reagan (EEUU, 1980), con dos ámbitos de cambio: la fijación de los parámetros de un “programa de política económica”, que consideró al mercado mundial como el principal mecanismo de asignación de recursos; y la consolidación de un proyecto de sociedad integral de carácter internacionalista, que no se limitaba al terreno económico y abarcaba al régimen político, con el reconocimiento de “valores democráticos”. La tercera, con un revalorizamiento del papel del Estado y por ende una mayor participación pública con fines distributivos, pero con criterios y mecanismos de mercado; se trata de una “intervención mercantilizada”. Desarrollemos cada una de estas etapas.

1.1.- La tesis neoliberal fundacional

En un ambiente en el cual se produjo un realce de la economía en lo político, el neoliberalismo fue gestado en el primer mundo como una reforma al Estado de bienestar.

Como diría Endara², debido a las “crisis capitalistas”, radicadas en sucesos mundiales, tales como la I Guerra Mundial, la Revolución Rusa, la crisis de 1929, la II Guerra Mundial, la constitución del Bloque Socialista, “la etapa vivida en la segunda postguerra se caracterizó por convertir a la esfera económica en el punto medular de la preocupación política de todos los gobiernos del mundo y de los organismos internacionales; esto, a su vez, significó la preponderancia del pensamiento económico en el conjunto de las ciencias políticas y sociales”.

¹ Ana María Ezcurra, *El Neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 1998, pp. 15-33

² Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 1999, p. 20

Esta corriente tomó cuerpo desde el inicio, gracias a la ilustración, al racionalismo y al positivismo comtiano, en tanto nos hacen ver que, “parece sugerirnos que todo problema puede lograr una solución objetiva y políticamente neutral si es enfocado de manera científica”³. Se creía ciegamente en la existencia de una sola solución, solución objetiva, a la mano de todos; y se pensaba que el único medio para alcanzarla era la razón como base del accionar político. Para Valencia Sáiz⁴, la política considerada como diálogo, conflicto o pluralidad es sustituida por la certeza de la ciencia y de la técnica, convirtiéndose la eficacia en un criterio fundamental para la adopción de decisiones políticas. La ciencia empieza a copar el campo político; la realidad de los hechos, traducida por el empirismo cientista, le obliga a reedificar los mecanismos de su accionar; ya no se trata simplemente de dirimir mediante el voto criterios contrapuestos, sino de la imposición, mediante la razón, y qué mejor la razón científica, la más racional de las razones, de saber cuál de los sujetos contendientes tiene la tesis más adecuada, la tesis más cercana al ideal objetivo que la misma ciencia le decía debe buscar. Dentro de este contexto, por la urgencia de solución que requerían los asuntos económicos, la economía toma preeminencia.

El racionalismo y científicismo económico, empieza su labor determinando los fines que debe alcanzar una sociedad, y los hace suyos, inquebrantables, únicos, racionales, y más que todo absolutos: la vida tiene sentido sólo en función de esos fines; todo lo que se oponga a ellos, que esté en contra de su lógica, de su racionalidad, no tiene valor. Concomitantemente con esto, se trabaja en formar una *guía* que, al igual que los fines a los cuales sirve, es también última, inquebrantable, única, racional, y más que todo absoluta.

Pero, poco a poco, la atención a los fines va siendo suplantada por la de los medios. Como diría Valencia Sáiz⁵, “se produce una subordinación de los fines a los medios”; y esto porque, se parte de una premisa única: “la ciencia como técnica racional de gobierno crearía una sociedad mejor”. Su explicación era simple: “se creía que las leyes de la ciencia y de la técnica llevaban en sí sus propios fines o metas, que únicamente podían ser buenos. Por lo tanto era posible concentrarse en las técnicas o medios, en la seguridad de que los fines estaban por encima de toda duda y de que se cuidarían de sí mismos”.

³ Angel Valencia Sáiz, “La teoría política en la era de la tecnocracia”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI, p. 442

⁴ *Ib.*, pp. 433, 434

⁵ *Ib.*, p. 441

Habermas⁶, interpreta esta sujeción de los fines a los medios, en base a la distinción que Max Weber hizo de los tipos de racionalidad; que entre otros son: la “racionalidad de los medios” y la “racionalidad de los fines”. La primera, “se preocupa por escoger los medios idóneos para alcanzar un fin previamente estipulado, sin pronunciarse sobre el valor de tal fin”, cuya variante es la “racionalidad técnica”, “en el caso de que se trate de operar no sólo con cosas sino también con las actitudes de otros posibles actores”; y la segunda, dilucida el valor de dichos fines. Con esto, Habermas sostiene que, en las democracias liberales, la “racionalidad de los fines”, “se remite a la esfera puramente subjetiva y se abandona la ética al irracionalismo”, tratándose de complementar “entregando la vida pública a manos de los expertos, inmunizados así frente a la crítica moral, que se reserva para las decisiones privadas”.

Es así como, la solución de los problemas políticos, o para decir mejor sociales, está en manos de los economistas; más éstos, a pesar de creerlo como un dogma, no tienen una solución única. Sin embargo, los eventos de inicios y finales del siglo pasado, debilitaron la legitimación moral de las alternativas hasta ese entonces propuestas y en práctica.

En este ambiente se presta oídos a las ideas de Adam Smith, a través del discurso de Hayek.

El filósofo escocés creyó en la “mano invisible” del mercado; forma de automatismo social que entra en escena siempre que cada individuo actúa buscando su propio interés; y que consiste en que:

Ninguno, por lo general se propone originariamente promover el interés público, y acaso ni aun conoce cómo lo fomenta cuando no abriga tal propósito. Cuando prefiere la industria doméstica a la extranjera, sólo medita su propia seguridad, y cuando dirige la primera de forma que su producto sea del mayor valor posible, sólo piensa en su ganancia propia; pero en este y en otros muchos casos es conducido, como por una mano invisible, a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención.⁷

Hinkelammert, describe esta teoría de la siguiente manera:

⁶ Habermas, citado por Carlos Gómez Sánchez, “La Escuela de Frankfurt: J. Habermas”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI, pp. 243-244

⁷ Adam Smith, citado por Franz J Hinkelammert, “Nuestro proyecto de nueva sociedad en América Latina. El papel regulador del Estado y los problemas de la auto-regulación del mercado”, separata de la *Revista Pasos* (San José), 33 (febrero 1991): 10

Comportándose el hombre en mercados, su persecución del interés propio asegura el interés común de todos. El mercado es una estructura maravillosa que exime al hombre de toda responsabilidad por el resultado concreto de sus actos, porque automáticamente garantiza que este resultado será directa o indirectamente, de provecho para todos.⁸

Por ello, a esta espontánea y beneficiosa forma de organización social, era imprescindible dejarla que actúe sola; nadie debía ni podía intervenir en ella.

Esta creencia tomó cuerpo político recabando ciertos elementos de la escuela fisiocrática, que básicamente propugnaba la natural perfección y armonía de la naturaleza aún en el orden económico, por lo cual el gobernante no debe poner trabas a su desarrollo, y en especial el célebre axioma de Gournay, que sintetizaba todo lo dicho: laissez-faire, laissez passer, y que no era otra cosa que dejar en libertad al mercado. En palabras de Toynbee, era una “moderna creencia occidental en la omnipotencia de la suerte”, y que consistía en una “filosofía de la vida práctica que se fundaba en la fe en la iluminación milagrosa del autointerés”⁹. Experiencia ésta que fue transitoriamente satisfactoria en Inglaterra luego de la revolución industrial, y que se basaba en el hecho de que el Rey, “permitiera al burgués manufacturar lo que quisiera, sin restricciones, y enviar sus mercancías a cualquier mercado, sin impuestos”¹⁰.

Luego de muchos años, Hayek retoma la posta cedida por Smith; sin embargo, él tiene que desenvolverse en un contexto totalmente diferente al de su antecesor. Ha pasado mucha agua por debajo del puente; el capitalismo ha comenzado a mostrar sus dientes, y el Estado, sin quedarse atrás, ha querido limarlos. El Estado, ahora, ya no es ese Estado permisivo que aplica la política del laissez-faire, laissez passer, o que espera con paciencia que todo se arregle espontáneamente; es un Estado que ha intervenido en el mercado, en esa diosa Fortuna incólume del liberalismo. Y lo que es peor, el individuo ha aceptado esa intervención. Siguen defendiéndose la libertad política y la libertad económica, pero bajo el tamiz del bien social, el Estado es el intermediario.

El Estado de bienestar, como se lo llamó, surgió, en palabras de Hinkelammert¹¹, como consecuencia del modelo de la “competencia perfecta”, cuyo principal presupuesto es el

⁸ Id.

⁹ Arnold Toynbee, *Estudio de la Historia*, Buenos Aires, EMECE EDITORES S.A., 1959, p. 448

¹⁰ *Ib.*, p. 449

¹¹ Franz J. Hinkelammert, “Nuestro proyecto de nueva sociedad en América Latina. El papel regulador del Estado y los problemas de la auto-regulación del mercado”, op. cit., pp. 13-14

“conocimiento impecable de parte de todos los participantes en el mercado”; para efecto de lo cual, es necesario un intervencionismo estatal, “el cual se autointerpreta como una actividad necesaria para que el mercado pueda encontrar sus metas, descritas por la utopía de la competencia perfecta”. El individuo goza de libertad económica, puede actuar libremente en el mercado; pero, el Estado puede intervenir en él, con el único fin de favorecer su desenvolvimiento.

La lucha de Hayek es una crítica al Estado de bienestar, y se centra en “limitar la acción gubernamental”¹², porque convierte el funcionamiento del mercado en la hipótesis de la sociedad como un todo; Hayek, según Díaz Arenas, “ve en el mercado la matriz y el modelo insustituible de orden social”¹³; para él, “el mercado constituiría el modelo del orden espontáneo por antonomasia”¹⁴. La base de esta ponencia está en que tiene una gran ventaja respecto de otras formas de organización económica que radica en su inmensa capacidad para diseminar información y coordinar las actividades económicas. El mercado aporta datos que reflejan con gran precisión qué medidas son económicamente correctas y cuáles no. Es la típica función que no puede ser suplida por ninguna instancia central, incapaz de amasar tan inmensa cantidad de información¹⁵.

Pero Hayek, en su teoría, reconoce ciertos elementos que la distinguen de los postulados liberales. En palabras de Vallespín y García-Gaitán¹⁶, en primer lugar, para Hayek, “la peculiaridad del mercado [...] estriba en que no es ni un fenómeno estrictamente natural [...] ni el producto de un diseño intencionado, producto de un artificio humano [...] es un sistema ‘autoregulado’ que no es ni una cosa ni otra”.

En segundo lugar, enfoca al mercado como estabilizador de las relaciones sociales, señalando que, su gran ventaja para cumplir dicho cometido “proviene también de este mismo carácter anónimo, que permite una aceptación social de las desigualdades inimaginable en sistemas en los que predominan las intervenciones estatales”; es decir, reconoce las desigualdades sociales, pero así mismo, sostiene que el mercado legitima - legitimación entendida como aceptación social - esa desigualdad.

¹² Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI, p. 565

¹³ Pedro Díaz Arenas, *Estado y tercer mundo, el constitucionalismo*, Bogotá, Editorial Temis, 1997, p. 492

¹⁴ Fernando Vallespín y Elena García-Gaitán, “El neoliberalismo: Friedrich Hayek, Raymond Aron, Isaiah Berlin”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI, pp. 32, 33

¹⁵ Id.

Esta legitimación está dada por la “generalidad intrínseca” de la concepción del Estado; el cual, ante todo, debe intervenir, por un lado, bajo el “modelo de organización” imperante, el mercado, que es espontáneo; y por otro, fuera de esa pauta, siempre que sea capaz de controlar las consecuencias concretas de esa participación. Al intervenir bajo el primer patrón, debe hacerlo con el fin de promocionar las posibilidades que se abren a la acción de cada cual, o en otros términos, en función de los deseos e intereses de todos los miembros de la colectividad, para favorecer la “ampliación de su ámbito de actuación individual”, en forma igual.

Para llegar a semejante consecuencia, parte del supuesto de que, “no es posible ampliar las esferas de libertad mediante medidas de acción social”. Por ello, la única alternativa de la participación del Estado, es una para todos, de manera general y abstracta; en caso contrario, todo acto de injerencia “equivale a la imposición de una coerción, ya que crea un privilegio en el sentido de que asegurará beneficios para algunos a costa de otros de una manera que no puede ser justificada por principios capaces de aplicación general”.

El aporte de Hayek consiste en destacar la relación existente entre igualdad y libertad, en el sentido de que, un Estado que reconozca la primera, plasmada en normas generales, observa la segunda.

En efecto, para Hayek la libertad es el bien máspreciado que sólo se consigue con la no intervención del Estado, la cual se justifica porque atenta contra la igualdad. Cada uno de los miembros de la sociedad persigue fines distintos, siendo la razón de la intervención del Estado el atender a todos y cada uno de estos fines; teniendo presente que no existe un fin único que legitime su intervención, esa intervención viola el derecho a la igualdad de trato que deben recibir cada uno de los individuos de esa comunidad y sus fines propios; por ello, opta porque cada cual organice sus fines sin más interferencia que la derivada del Estado que se concreta en un conjunto de reglas impersonales, generales, que delimitan la esfera dentro de la que cada individuo organiza su vida. Reglas generales y abstractas que nos permiten definir qué sería lo más deseable para todos los miembros de una sociedad; cuyo establecimiento por ende, es el resultado de un proceso de selección espontáneo y evolutivo¹⁷.

¹⁶ Id.

¹⁷ Fernando Vallespín y Elena García-Gaitán, “El neoliberalismo: Friedrich Hayek, Raymond Aron, Isaiah Berlin”, op. cit., p. 33

La libertad, que es la ausencia de coerción, entendida como aquella situación en la que las personas no dependen de la voluntad arbitraria de otro¹⁸, viene a ser sinónima de la no intervención estatal, y el mercado el campo más abonado para su aplicación, ya que es una “regulación no sujeta a la voluntad conformadora de nadie”; en él, “cada cual puede organizar su propia vida sin más interferencias que las impuestas por las reglas generales, que no persiguen un fin concreto salvo permitir el libre despliegue de los distintos intereses”. Libertad-igualdad, igualdad-libertad pasan a ser el dúo neoliberal.

Este desarrollo doctrinal constituyó una crítica al Estado de bienestar en el grado de su intervención. La intervención del Estado de bienestar, con las tesis neoliberales, no se la limitó de tal manera como para que los individuos ejercieran su libertad a discreción; se entendió implícitamente que ese ejercicio de la libertad a discreción era pernicioso, y que en tanto fuere pernicioso, el Estado debía intervenir. El fin era claro, limitar al Estado intervencionista, con el objetivo de que los individuos actúen en libertad, dentro de un mercado libre, que era protegido por el Estado.

Al encomendarle al mercado el papel protagónico en la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades, se reconoció una regulación que favorecía la igualdad jurídica de los individuos a través de normas generales, cuya consecuencia fue la extensión cuantitativa de la libertad económica a los ámbitos que hasta ese tiempo eran interferidos por el Estado. Mas, cualitativamente, la libertad económica, según la cual, los individuos eran sujetos determinados y limitados por las reglas del libre mercado, alcanza otra connotación cuando se transfiere a ese individuo la responsabilidad por su actuación en el libre mercado y del funcionamiento del mismo, pero no un responsable absoluto; en cierta medida, el Estado, aunque muy atenuadamente, cargaba también con ese peso.

Ezcurra¹⁹ sintetiza esta etapa con la génesis de la idea de que, “el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades”. Pero, no sólo fue eso, sino que, como lo hemos analizado, cambió la concepción de lo imprescindible de la intervención del Estado, estableciendo la imperiosa necesidad de imponer límites precisos a la misma. Jamás se recurrió a la idea del liberalismo del siglo XVIII.

1.2.- La tesis neoliberal globalizante

¹⁸ *Ib.*, pp. 36, 37

¹⁹ Ana María Ezcurra, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, op. cit., pp. 15-33

En esta fase, la tesis neoliberal puede ser resumida, en palabras de Jaguaribe²⁰, en lo siguiente: “la libertad de mercado, acompañada por la apertura internacional”. Efectivamente, el neoliberalismo reconoce dos premisas: la libertad de mercado, y la apertura internacional. Ezcurra²¹, señala que esta etapa se caracterizó por el advenimiento al poder de las administraciones Thatcher (Gran Bretaña, 1979) y Reagan (EEUU, 1980), con dos ámbitos de cambio: la fijación de los parámetros de un “programa de política económica”, que consideró al mercado mundial como el principal mecanismo de asignación de recursos; y, la consolidación un proyecto de sociedad integral de carácter internacionalista, que no se limitaba al terreno económico y abarcaba al régimen político, con el reconocimiento de “valores democráticos”. Su desarrollo lo veremos a continuación.

La crisis del capitalismo se genera en los países centrales en los años 70, como señala Endara²²:

por el agotamiento del patrón de industrialización y acumulación que surge en la posguerra, que estaba basado en el desarrollo de determinadas ramas de la gran industria, en la dinamización del comercio internacional, en el derroche del petróleo debido a su precio muy bajo y en el mantenimiento de un orden monetario y financiero que garantizaba la hegemonía económica y política de los Estados Unidos.

En esos años, “los países de la OCDE vieron disminuir el ritmo de crecimiento del PIB [...] sufrieron una gran elevación de los índices de inflación y soportaron el crecimiento sostenido del desempleo”²³; se produjo la llamada “estanflación”, debido a que la principal manifestación de la crisis fue el persistente estancamiento de la economía y la creciente inflación.

Ante estas circunstancias recesivas, se aplicaron dos mecanismos; el primero, la expansión del crédito y la masa monetaria en circulación, de tal manera que se compensaran las caídas del ciclo de la producción; el segundo, las tesis neoliberales.

En términos de Endara²⁴, se aplicó el típico mecanismo anticíclico como paliativo: se expandió el crédito y la masa monetaria en circulación de tal manera que se compensaran las caídas del ciclo de la producción, buscando la recuperación de la economía de los países centrales, pero en esta ocasión

²⁰ Jaguaribe, citado por Alicia González Vidaurri, *Globalización económica y jurídica*, p. 4

²¹ Ana María Ezcurra, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, op. cit., pp. 15-33

²² Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 28

²³ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 31

²⁴ *Ib.*, p. 32

desplazándolo hacia los países periféricos. El sistema financiero internacional fue el medio para ello.

Así, la banca internacional privada, en las décadas del 70 y 80 se convierte en el principal instrumento de reasignación internacional del capital. Massad²⁵ indica que, “por la misma razón de que los tipos de cambio fluctúan, el sector privado tiene que cubrirse de estas fluctuaciones y es, entonces, el sector privado el que asume una función de intervención de gran importancia en los mercados cambiarios”; lo que produce que, “la demanda privada de liquidez esté reemplazando, en cierto sentido, a la demanda oficial de liquidez sin que ésta haya desaparecido”. El manejo de la liquidez internacional básicamente pasó a manos privadas.

La utilización de este instrumento se debió a que se partía del hecho de que, “durante los períodos de crisis se ha visto que el sector financiero no se halla subordinado a la esfera de la producción, sino que tiene una relativa autonomía y una dinámica propia que en ocasiones tiende a subordinar a la esfera productiva”²⁶. En las crisis de la producción, como la de los años 70 y 80, el capital financiero “suple las dificultades que en el proceso de acumulación ampliada tiene la esfera de la producción”²⁷. Bajo esta premisa, en los países centrales, se consideró al capital financiero como el salvador de la recesión económica; era necesario darle los instrumentos como para actuar en su lógica, que superaba tanto a las demás esferas económicas como a las políticas ensayadas por los estados²⁸.

Dentro del sistema financiero internacional adquirió especial protagonismo la banca privada, cuando uno de los pilastres del orden económico imperante, el Sistema Monetario Internacional de Bretton Woods, en palabras de Cohen²⁹, “pasó a la historia”, el 15 de agosto de 1971, día en que Nixon “suspendió la convertibilidad del dólar en oro, liberando de hecho al dólar para que buscara su propio nivel en el mercado de cambios”. La consecuencia de esta medida fue que, parafraseando a Block³⁰, la continuación del déficit norteamericano en balanza de pagos de 1976, hizo optar a los otros países que no querían acumular dólares americanos, por dejar flotar sus monedas. Con esta

²⁵ Carlos Massad, *Los acontecimientos recientes en el sistema monetario internacional y sus impactos en América Latina*, México, Cemla, 1994, pp. 4-6

²⁶ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 43

²⁷ *Ib.*, p. 42

²⁸ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 41

²⁹ Benjamín J. Cohen, *La organización del dinero en el mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 133

flotación, era prácticamente imposible regular la liquidez internacional y establecer las paridades cambiarias, era evidente la quiebra del Sistema Monetario Internacional, y el poder que adquirirían los bancos privados en la fijación de los tipos de cambio, y en la propia liquidez internacional.

La mejor ayuda que se le dio a la banca para cumplir el proceso de revalorización fue la libertad de movimientos; libertad de movimientos que no podía limitarse a los países centrales, sino que, por su misma operatividad, tenía que ser mundial. El marco de desarrollo de esta alternativa estaba favorecido por el avance tecnológico y de las comunicaciones, y sobre todo, por el desarrollo del proceso de transnacionalización de la economía.

Con este antecedente, se empezó a consolidar la idea de que las políticas económicas de las naciones eran un gran obstáculo para los intereses del capitalismo en su conjunto, ya que se elevaría a límites intolerables a la competencia que ya se había dado entre los estados. Frente a esto, la ideología transnacional reclamaba la eliminación de barreras a sus actividades y reafirmaba la necesidad de hacer de la libertad de comercio y de la inversión un credo mundial, rechazando toda forma de nacionalismo económico³¹.

En pocas palabras, el primer mecanismo para solucionar la crisis que sufrían los países centrales, fue el expandir la base monetaria y el crédito a los países periféricos a través, principalmente, de la banca privada internacional; para ello se optó por dejar que el mercado internacional, con libertad, fijara las condiciones para su desenvolvimiento. Esto produjo una transformación en los Estados ya que éstos debían adecuarse al nuevo contexto mundial, la libertad de movimientos del capital financiero.

El segundo mecanismo por el que optaron los países centrales fue el aplicar las tesis neoliberales. Empezaron a tener cabida las ideas de Hayek y otros, que propugnaban que el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades, y que por ello, era imprescindible el establecer límites precisos a la intervención del Estado de bienestar.

³⁰ Fred L. Block, *Los orígenes del desorden económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 297

³¹ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 40

Aupó esta corriente el resurgimiento de la teoría cuantitativa del dinero que, con Friedman a la cabeza³², señalaba como único responsable de la inflación y estancamiento de la economía, en este caso de los países centrales, a la intervención discrecional y excesivamente determinada por presiones sociales, del Estado. Criticaba abiertamente la receta keynesiana de la expansión de la moneda y el crédito como paliativo a la crisis.

En su lugar, recomendaba terminar con la tan odiosa discrecionalidad y reducir la tasa de crecimiento monetario, incluido el crédito, por medio del control del gasto y el déficit público. Los países centrales, con Estados Unidos y Gran Bretaña como líderes, en su economía, iniciaron la ejecución de estos postulados.

Pero, en el difícil camino del neoliberalismo se encuentran con un óbice pragmático: mientras ellos tratan de ser neoliberales, el resto del mundo no. Aunque, en buena o mala medida abran sus mercados, los otros países no dejan de ser intervencionistas: tienen una gran injerencia en la economía, reflejada por sus altos déficits fiscales. Y más que todo, son los destinatarios inmediatos, aún cuando no mediatos, de la expansión monetaria y crediticia de los países centrales, y se han enseñado a ello, a ser beneficiarios del capital financiero internacional.

Si vemos esta novedad teniendo en cuenta la integración económica mundial, nos encontramos frente a un gran problema: la actuación intervencionista de los países periféricos perjudica la puesta en marcha de la política económica de los países centrales. La solución: neoliberalizar todos los Estados del planeta, y así brindar las condiciones para que siga superviviendo el capital financiero internacional.

Pero hay más: el respaldo moral, mejor dicho científico, de la política económica mundial, también sufre serios contratiempos en su base. Para aquélla, el Estado tiene una función en la economía distinta a la limitada de los neoliberales; tiene que permitir y dejar actuar (un verdadero *laissez faire-laissez passer*) al capital financiero internacional; más que eso, el Estado tiene que adecuarse institucionalmente e *intervenir* en su mercado de tal manera que lo haga atractivo a dicho capital financiero; es decir, el Estado reconoce una dependencia del capital financiero internacional, y así mismo, reconoce que él debe someterse a la lógica del mismo. Como dice Etxezarreta, citando a

³² Ver supra 2.2.1

Vilas: “Los Estados ya no tienen una política productiva propia, sino que su única política productiva consiste en hacer atractivo su territorio al capital internacionalizado”³³.

El justificativo de la política económica mundial, ya no es el individuo, ni sus derechos preeconómicos y prepolíticos, propios del liberalismo clásico, sino que son los Estados y los organismos internacionales constituidos por esos Estados. Ezcurra³⁴, muy acertadamente, señala que el programa neoliberal conservador es un proyecto político, incitado, básicamente, por ciertas estructuras políticas. Los presupuestos neoliberales pasan a ser los “últimos” fundamentos de esta tendencia, y como “últimos”, muy difícil de percibirlos en la realidad de los hechos políticos y económicos.

Por estas razones, la tesis neoliberal fundacional sufre un cambio de ciento ochenta grados, y lo sufre en su misma estructura, lo que nos lleva a decir que, más que una segunda etapa de definición de dicha tesis, como lo señala Ezcurra, la “solución” globalizante no es una secuencia histórica del Estado neoliberal, aunque se lo llame así, sino que es un nuevo modelo de conceptualización del Estado, distinto de aquél. Como diría Vilas, “en lo que toca a la relación entre Estado y mercado, no es menos Estado y más mercado, sino otro tipo de Estado y otro tipo de mercado”³⁵.

Es un tipo de Estado generado en función de una forma de capitalismo basado en el capital financiero internacional que aparece en nombre del antiestatismo. Lo único que nos toca decir, siguiendo a Del Aguila, es que estos hechos son la muestra histórica de que el liberalismo, en su disyuntiva existencial, ha dejado el idílico mundo de la armonía natural de las instituciones sociales y económicas, y por necesidad política, ha optado, como es ahora el caso, por acudir al Estado como instrumento disciplinador y enmarcador de conductas³⁶; y es que, en palabras del mismo autor, el liberalismo constituye también un tipo de disciplina social que educa a los ciudadanos y no sólo recoge a éstos como portadores de intereses prepolíticos³⁷.

1.3.- América Latina y el Estado neoliberal

³³ Vilas, citado por Miriam Etxezarreta, *El debate sobre el Estado en la era de la globalización*, p. 9

³⁴ Ana María Ezcurra, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, op. cit., p. 19

³⁵ Vilas, citado por Miriam Etxezarreta, *El debate sobre el Estado en la era de la globalización*, op. cit., p. 13

³⁶ Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, op. cit., pp. 566, 567

³⁷ *Ib.*, p. 577

En las postrimerías de la crisis capitalista mundial se produjo la suspensión de los flujos financieros privados hacia América Latina, que en años pasados habían constituido el mecanismo por el cual se buscaba compensar las caídas del ciclo de la producción en los países centrales. La mayoría de los gobiernos debieron acudir al Fondo Monetario Internacional (FMI), el cual, parafraseando a Endara³⁸, aprovechó para imponer sus “programas de ajuste”.

Según Buira³⁹, los “programas de ajuste”, en su porte tradicional, partían del presupuesto de que consideraban a las variaciones de la demanda agregada como la causa de las fluctuaciones a corto plazo del producto, los precios y la balanza de pagos, dando como resultado la regulación de la tasa de crecimiento de la demanda agregada, normalmente a través de la política crediticia y fiscal. La corrección de los desequilibrios fiscales y monetarios, objeto de dichos programas, buscaba reducir los excesos de demanda para aminorar la inflación y restablecer el equilibrio entre la oferta y demanda agregadas.

Ante el reconocimiento de que ciertos países presentaban un serio desequilibrio de pagos relacionado con desajustes estructurales en la producción y el comercio y con numerosas distorsiones en los precios y costos, y que tenían bajas tasas de crecimiento y una situación débil de balanza de pagos que impide que se siga una política activa de desarrollo, se instauró un “Servicio Ampliado del Fondo”, cuya receta era, a más del manejo de la demanda “prudente”, el adoptar “estrategias de cambio estructural [...] al incluir programas para mejorar la eficiencia de la economía”; estos programas consistían en medidas que les permitieran incrementar sus ingresos en divisas y superar sus problemas de balanza de pagos a través del crecimiento económico. En muchos casos, dichas estrategias pasaban por la apertura económica como medida indispensable para promover las exportaciones, por la reducción del tamaño del sector paraestatal como medio para alcanzar el equilibrio en las finanzas públicas, por ambiciosos programas de inversión para resolver cuellos de botella que inciden sobre la balanza de pagos y la inflación, y por programas de desregulación con miras a lograr una asignación más eficiente de los factores de la producción.

Estos “programas de ajuste”, como se puede ver, iban más allá de un simple programa de equilibrio de la balanza de pagos, atendían problemas estructurales de las distintas economías y sus Estados; por ello, fueron entendidos como la forma en que las economías deben adaptarse a las nuevas condiciones de la economía mundial: cambios tecnológicos que demandan flexibilidad dentro de las

³⁸ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 66

³⁹ Ariel Buira, *Reflexiones sobre el sistema monetario internacional*, México, Cemla, 1994, pp. 43-54

empresas y una mayor descentralización de la producción, más mercados mundiales más competitivos e inestables⁴⁰.

Los requerimientos señalados, que sustentaba la política económica de los países centrales en pro de “neoliberalizar” todos los Estados del mundo, llevaron a los diversos países latinoamericanos a ir desmontando la estructura económica y jurídica que se esmeraron en construir desde 1950 al calor de los procesos de sustitución de importaciones⁴¹. En esta nueva tendencia, regular las acciones de los agentes económicos, incidir en la dirección e intensidad de determinados procesos productivos para ajustarlos a los objetivos de la política económica de los gobiernos, son funciones que de ninguna manera debe cumplir el Estado. Se empezó un proceso para *desregular* la economía; es decir, reducir el papel del Estado en la misma, como empresario o prestador de servicios, liberalizar el comercio y el sistema financiero.

Efectivamente, la *solución globalizante*, para su implantación, se sirvió, en la teoría, de las tesis neoliberales, y en la práctica, de los *obligatorios* programas de ajuste. Para éstos, el objetivo era contraer la demanda agregada a través de reducir el gasto fiscal, lo que tenía correlación perfecta con la tesis neoliberal de un Estado mínimo; la que a su vez, interpretada de cierta forma, favorecía la liberalización y la consecuente eliminación de la discrecionalidad de la actuación estatal y la transnacionalización del mercado nacional.

A esto hay que sumar que, el mecanismo de inserción de la concepción dominante fue adoptado por un organismo internacional formado por Estados, y cuyo control lo ejercen los Estados centrales; que responde a la conceptualización de un nuevo orden económico internacional, regentado por esos Estados centrales; y que, en la génesis de ese nuevo orden económico internacional, como en la praxis política de las tesis neoliberales, jamás participaron ni los Estados periféricos, ni sus sociedades. Las elaboraciones técnicas y doctrinales sobre estas particularidades se hicieron en el Norte; al Sur, simplemente, le toca desempeñar el papel asignado en las mismas.

Bajo esta perspectiva, el Estado latinoamericano se convierte en un Estado que se ve imposibilitado de intervenir en la economía, sea por cuestiones financieras, bien por la condicionalidad del crédito internacional o bien por su adecuación a la lógica del capital financiero privado internacional; o sea

⁴⁰ UNCTAD, citado por Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 66

⁴¹ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 66

por asuntos de legitimidad, porque se le hizo creer a nuestras sociedades que la racionalidad, técnica y doctrinal, le dice que no debe hacerlo.

Acogiendo como modelo la comparación del marxismo con la religión de Schumpeter⁴², por medio de la fuerza política de la razón, y del FMI, se nos inculcó un nuevo credo: el neoliberalismo, que para el creyente presenta, en primer lugar, un sistema de fines últimos que informan el sentido de la vida y que son pautas absolutas para enjuiciar, con arreglo a ellas, acontecimientos y acciones, y, en segundo lugar, una guía para aquellos fines, lo que implica un plan de salvación y la indicación del mal del que tiene que salvarse la Humanidad o una parte elegida de la Humanidad. Podemos especificar aún más: el neoliberalismo pertenece también al subgrupo que promete el paraíso en la vida terrena.

La reciente creencia consiguió adeptos a raudales, que como Vargas Llosa, el ejemplo prototipo del converso a la nueva fe, la defienden a capa y espada cual cruzados de la era moderna. Para muestra, veamos cómo piensa el emérito escritor, cuando dice:

Los liberales no sólo pretenden que sobrevivan los Estados sino que ellos sean lo que, precisamente, precisamente, no son en América Latina: fuertes, capaces de hacer cumplir las leyes y de prestar aquellos servicios, como administrar justicia y preservar el orden público, que les son inherentes [...] Este es seguramente el más grande reto que tiene la opción liberal entre nosotros: adelgazar drásticamente el Estado, ya que ésa es la mejor y más rápida manera de tecnificarlo y de moralizarlo. Se trata [...] en una palabra, de crear genuinas economía de mercado, de reglas simples, claras y equitativas, en la que el éxito y el fracaso no dependan del burócrata sino siempre del consumidor. Se trata, sobre todo, de desestatizar unas mentalidades acostumbradas por práctica de siglos [...] a esperar de algo o de alguien –el emperador, el rey, el caudillo o el gobierno– la solución de sus problemas, una solución que tuvo siempre la forma de la prebenda o la dádiva [...] Esta revolución significa la reforma y el perfeccionamiento de nuestro sistema democrático y el establecimiento, en vez del capitalismo mercantilista que tenemos, del capitalismo a secas, es decir, aquel que se asienta en la propiedad privada y el mercado competitivo y es eminentemente popular. Sobre todo hay que ser claros: el liberalismo es inseparable del sistema democrático [...] y del mercado libre como sistema para la asignación de los recursos y la creación de la riqueza [...] Para una versión estereotipada –pero muy

⁴² Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Ediciones Folio, 1996, p. 29

extendida- liberalismo quiere decir capitalismo y mercado y nada más. En verdad, antes que eso, quiere decir libertad económica y política, propiedad privada e imperio de la Ley.⁴³

1.4.- La tesis neoliberal y el intervencionismo mercantilizante del Estado

La *solución globalizante*, a los años de su aplicación coercitiva a través de los programas de ajuste del FMI, empezó a sufrir críticas en su punto más visible, precisamente, los programas de ajuste.

Salgado⁴⁴ señala que, a partir de dicha crisis, la función del FMI ha sido la de “velar por los intereses de los bancos privados, coordinando su participación en las operaciones de refinanciamiento e imponiendo a los deudores políticas de ajuste orientadas a mantener el servicio de las deudas contratadas anteriormente, con los consiguientes costos sociales internos”.

Buira⁴⁵, admitió ciertos problemas en el nivel del ingreso real y en el empleo de los países que aplicaron dichos programas; así como reconoció que, “los altos niveles de deuda interna y externa [...] tienen importantes consecuencias fiscales y de pagos que inciden en el proceso de ajuste”; y que, “los países latinoamericanos han tenido que implementar programas de ajuste y al mismo tiempo realizar sustanciales transferencias netas de recursos a sus acreedores”.

Sachs⁴⁶, reconociendo los problemas de los países deudores, entre otras cosas, dijo que el FMI “debe prestar mayor atención que hasta ahora a las consecuencias que los programas de ajuste tienen sobre la distribución del ingreso”.

Pero, la principal observación fue por el lado del recorte del gasto social. Las medidas de aplicación de un programa de ajuste, tomando lo dicho por Endara⁴⁷, se consigue con la reducción del gasto público, especialmente en lo social e infraestructura, lo que ha significado recortes presupuestarios en salud, seguridad social y obras públicas, y elevación de los precios de los servicios públicos que presta el Estado.

⁴³ Mario Vargas Llosa, América Latina y la opción neoliberal, en *El desafío neoliberal*, compilación de L. Stanley, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1992, pp. 28-32

⁴⁴ Wilma Salgado Tamayo, *Entorno internacional y crisis de la deuda*, p.142

⁴⁵ Ariel Buira, Ariel, *Reflexiones sobre el sistema monetario internacional*, op. cit., p. 45

⁴⁶ Jeffrey D. Sachs, *El fortalecimiento de los programas del FMI en los países muy endeudados*, p. 146

⁴⁷ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., p. 66

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁴⁸, manifestó:

A falta de instancias internacionales para apoyar democracias frágiles, el sistema financiero internacional tomó la batuta. Las políticas de ajuste eran necesarias, pero no se atendió a la particularidad de cada caso, ni al efecto esperable de desprotección de los más débiles. Los promotores del nuevo modelo sostenían que las medidas de shock eran inevitables, y que luego fluiría la inversión por su cauce natural; irrumpiría el crecimiento económico y se derramaría a toda la sociedad. Hoy se puede comprobar que, aunque el modelo se sigue aplicando, el itinerario delineado no se ha cumplido. Parece claro el componente ideológico de la estrategia, de fe inmovible en su aplicación técnicamente eficiente.

Para concluir:

El desarrollo humano es una reacción contra la confianza irrestricta en la infalibilidad de ciertos modelos. Recela del solo argumento de las cifras, para remitir a la vida de la gente como criterio definitivo de validación. Por ello, no es una receta alternativa al modelo anterior. Enjuicia su presupuesto central, de que la difusión del bienestar se logra por la sola vía tecnocrática. Alerta contra el peligro de confiar en pequeñas minorías depositarias del conocimiento y los recursos, que concentran las decisiones.

Esta crítica no sólo se centró en el tercer mundo sino que, con matices, fue parte del ambiente del primero. Así, dejando a un lado una falaz interpretación de la teoría neoliberal, se redefinió la función del Estado. Esta nueva concepción se caracteriza por el revalorizamiento su papel y, por ende, por el de una mayor intervención pública con fines distributivos, pero con criterios y mecanismos de mercado; se trata de una *intervención mercantilizada*, en tanto “se auspicia la generalización de criterios y mecanismos de mercado en el Estado”. De esta forma, surge la fórmula del “Estado eficaz”, que desplaza y suple al viejo ideal del “Estado mínimo”⁴⁹.

Este nuevo Estado reconoce el problema social, así como cierta responsabilidad en él. Se ha derrumbado, parecería, la tesis neoliberal fundacional, consistente en que el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades; es necesaria la intervención del Estado, pero de un Estado con funciones redefinidas “en orden a

⁴⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La dimensión política del desarrollo humano*, Avance para la cumbre hemisférica de Miami de diciembre de 1994, p. 23

⁴⁹ Ana María Ezcurra, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, op. cit., pp. 15-33

promover una economía más eficiente y a redistribuir mejor el ingreso”⁵⁰. Ahora prima otro, el Estado como facilitador del mercado, que se encargue de “procurar la equidad y garantizar la competencia en mercados imperfectos”⁵¹.

Se persigue, en palabras de Ezcurra⁵², tres cosas: la primera, “una reducción del papel del Estado como agente directo, delegando (parte de) las prestaciones del sector privado. Es decir, se trata de agrandar la gestión u oferta privada”; la segunda, “una mutación sustancial en la asignación de los recursos gubernamentales. En particular, se auspicia que el sistema de prestadores (públicos y privados) compita por los caudales estatales”; y la tercera, “un cambio decisivo en la materia de fuentes. O sea, respecto del origen de los fondos: una “diversificación” que apunta centralmente a una privatización, sí, pero ahora del financiamiento estatal. El asunto, entonces, ya no alude a los actores (quién brinda el servicio, en pro del engrosamiento de la iniciativa privada), sino a la procedencia (privada) de los recursos (fiscales); por ejemplo, el arancelamiento y, en general, la denominada recuperación de costos”.

Los resultados políticos deseados del *Estado eficaz* no son del todo claros en la práctica; los recuerdos del fantasma de la limitación del Estado, traídos vagamente a la memoria por los acuerdos con el FMI, vuelven prácticamente ininteligible la razón y consecuencias del supuesto intento de aplicación. A pesar de ello, en el presente trabajo, haremos el firme intento de tener como prisma de nuestro análisis la presente tendencia.

⁵⁰ Fernando Zumbado, en *La dimensión política del desarrollo humano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, op. cit., p. 3

⁵¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La dimensión política del desarrollo humano*, op. cit., p. 17

⁵² Ana María Ezcurra, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, op. cit., pp. 30-31

CAPITULO II

EL PRESTAMISTA DE ULTIMA INSTANCIA

No se puede entender la función del prestamista de última instancia si no se empieza por revisar la naturaleza del sistema financiero y la injerencia de las tesis neoliberales en el papel del Estado sobre ese sistema, para luego abordar el estudio del prestamista de última instancia. En el presente capítulo atenderemos cada uno de estos puntos.

2.1.- El sistema financiero

Los bancos pueden ser analizados desde dos perspectivas: la primera, como entes individuales; y la segunda, como parte de un sistema, el sistema financiero. El primer punto de vista, de acuerdo al campo de investigación escogido, no dista mucho del examen que se puede hacer de cualquier empresa comercial: su desarrollo debe desenvolverse de acuerdo a parámetros de mercado; éste es quien determina si un banco debe abrir sus puertas al público, funcionar o extinguirse. La preocupación del Estado se limita a otorgar las suficientes garantías para que ese banco, en igualdad de condiciones que otros de su misma especie, cobre y desempeñe su vida jurídica; y en el caso de disolución, para que todos y cada uno de los interesados, llámense éstos, depositantes o accionistas, concurran al proceso de liquidación de tal forma que sus intereses pecuniarios se vean afectados lo menos posible.

La situación cambia si partimos de la óptica que nos permite advertir a un banco como miembro del sistema financiero, por la relevancia que éste ha adquirido dentro de la economía. Esta importancia se da principalmente por tres funciones que se le confieren: constituye un sistema de pagos de uso común; es un canalizador de recursos financieros; y como consecuencia de las dos anteriores, es un factor que incide determinadamente en la creación y manejo del dinero⁵³.

⁵³ En el presente trabajo, se utilizará la expresión dinero para hacer referencia al dinero base o dinero a la vista, conformado por el dinero efectivo o billetes de curso forzoso emitidos por los bancos centrales, y las reservas bancarias.

En efecto, el sistema financiero es trascendente para la economía por cuanto, en primer lugar, provee medios de pago de aceptación general⁵⁴, constituyendo un sistema de pagos de multitud de sistemas económicos; en segundo lugar, intermedia y conduce los recursos financieros entre los diversos oferentes y demandantes, agentes y actividades de la economía; y, en tercer lugar, al tener como cometido la creación, el intercambio, la transferencia y la destrucción de activos y pasivos financieros⁵⁵, y como tal, la creación, intercambio, transferencia y destrucción de dinero, influencia determinadamente en éste. Estas tres funciones del sistema financiero se hacen inteligibles sólo a la luz de la comprensión de la peculiaridad de la actividad bancaria.

La captación de recursos del público, sustrato de la actividad bancaria, esencialmente muestra inseguridad. Hay tres razones para ello: La primera consiste en que, el público entrega dinero a cambio de papeles que representan una promesa de restitución de ese dinero con una ganancia, sin un real respaldo en la negociación, ya que el banco sólo maneja dinero y puede dar dinero; Latter, sintetiza esta característica diciendo que, el depósito bancario “es comúnmente una obligación de capital no asegurada”⁵⁶.

La segunda hace referencia a que, los bancos tienen una falta de liquidez consustancial a su actividad, porque en promedio, los prestatarios necesitan recursos por mayores períodos de tiempo que los que depositantes están dispuestos a otorgar⁵⁷.

Y, la tercera, señalada por Mises, hace relación a que, el “medio fiduciario de pago”, creado por los bancos ante su imposibilidad de crear de la nada medios de capital, suscita por naturaleza un problema insoluble, al carecer de valor intrínseco alguno⁵⁸.

Estas dos últimas particularidades demuestran que el sistema financiero es ilíquido en su esencia misma; característica ésta que al juntarse a la naturaleza del depósito como obligación no asegurada, impone como necesario, a fin de viabilizar el negocio bancario, un imperativo, consecuencia de la promesa de restitución de dinero que toda captación de depósito contiene, y que implica otorgar a

⁵⁴ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, México, Cemla, 1993, p. 11

⁵⁵ *Ib.*, p. 7

⁵⁶ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, México, Cemla, 1997, pp. 4-5

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Mises, citado por José Antonio De Aguirre, *La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días*, en Vera Smith, *Fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria*, Madrid, Unión Editorial Ediciones Aosta, 1993, pp. 221-222

los depositantes la facilidad de retiro inherente al compromiso de convertibilidad⁵⁹, y que consiste, según el mismo Mises, en que “los que emiten medios fiduciarios de pago (billetes y cheques) y son responsables de mantener la equivalencia entre aquéllos y el dinero auténtico, al que se refieren, tienen que ser capaces de convertir esos sustitutos en dinero, siempre que sus tenedores así lo necesiten, porque tengan que hacer pagos a personas que no reconocen esos medios fiduciarios”. Tal compromiso de convertibilidad, es la única forma de impedir que existan diferencias entre el valor del dinero, de una parte, y el de los billetes y cheques, de otra⁶⁰; y también es la única manera de hacer concurrir al público, con su dinero, a los bancos.

Mas, este compromiso de convertibilidad refuerza la iliquidez del sistema financiero porque impone a los bancos la obligación de pagar una suma de dinero de la que no pueden disponer cuando se requiere, porque no pueden hacer sus activos plenamente líquidos en todo momento⁶¹.

Entonces, nos es lícito preguntarnos: ¿cómo puede desarrollarse la actividad bancaria si es esencialmente insegura e ilíquida? La respuesta, y razón de la actividad bancaria, no puede ser otra que la confianza, la confianza del público con respecto al banco y a que éste honrará el compromiso de convertibilidad; confianza ficticia en que lo hará en cualquier oportunidad y ante todos los depositantes, y que permitirá que pueda cumplirlo en los hechos si esa fé se mantiene, y manteniéndose evita que la plenitud de acreedores se acerque a un tiempo a sus ventanillas.

Pero, la confianza en la actividad bancaria no es un fenómeno individual, porque o es participada por todos y con respecto a todos los bancos, o no existe en absoluto. Los medios fiduciarios sólo pueden cumplir su misión si satisfacen en todo la condición de ser equivalentes a las sumas de dinero a la que se refieren y esa equivalencia cesa tan pronto como la confianza en un banco es puesta en duda, aunque sólo sea por una parte de la comunidad. En definitiva, la antedicha confianza debe ser del público con respecto a todos los bancos, o en otras palabras, del público hacia el sistema financiero.

⁵⁹ Goodhart, Algunas reflexiones sobre regulación bancaria, en *La banca central en América Latina*, comp. Banco de la República, Bogotá, Tercer Mundo S.A. Editores, 1997, pp. 222-224

⁶⁰ Mises, citado por José Antonio De Aguirre, *La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días*, op. cit., pp. 222, 223

⁶¹ Id.

Y si faltare esa seguridad, todos nos interrogaríamos ¿cómo podría funcionar el sistema financiero como sistema de pagos, como canalizador de recursos financieros? ¿Cómo ese sistema financiero incidiría en la confianza del público en el dinero?

Cuando se pierde la fé en el sistema financiero se pierde la continuidad del funcionamiento fluido del sistema de pagos y cancelación de cuentas, y por tal, la continuidad del funcionamiento de los diversos sistemas económicos⁶²; y, se quebranta la confianza en el medio fiduciario de pago, que al carecer de valor intrínseco alguno, que hace que la conversión inmediata en dinero sea impracticable, nos lleva a la imposibilidad de eludir el pánico, y de ahí al colapso del sistema⁶³.

Por esta razón, y visto el hecho de que los individuos privados que desarrollan esta actividad, por sus propios fines, su preocupación dedicada exclusivamente a su empresa y su limitadísima capacidad para influir en el resto de participantes, hace que el Estado deba preocuparse de la estabilidad del sistema financiero, a través de fomentar la confianza del público en el mismo.

La confianza, pues, es la esencia del funcionamiento del sistema financiero, he ahí su diferenciación de otras actividades económicas, y he ahí la distinción de trato y especial preocupación que debe recibir del Estado para que alcance a plenitud las tres altas funciones que se le asignan.

2.2. El Estado neoliberal y el sistema financiero

En el capítulo anterior, al analizar la etapa de la evolución del neoliberalismo vimos cómo, en su nombre, ante la crisis del capitalismo de las décadas de los 70 y 80, se aplicó como mecanismo de salvación la expansión del crédito y la masa monetaria en circulación, de tal manera que se compensaran las caídas del ciclo de la producción, partiendo de la premisa de que, durante los períodos de crisis, el sector financiero no se halla subordinado a la esfera de la producción, sino que tiene una relativa autonomía y una dinámica propia, que en ocasiones tiende a subordinar a la esfera productiva, y suple las dificultades que en el proceso de acumulación ampliada tiene la esfera de la producción.

⁶² Goodhart, *Algunas reflexiones sobre regulación bancaria*, op. cit., p. 221

⁶³ Mises, citado por José Antonio De Aguirre, *La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días*, op. cit., pp. 222, 223

El contexto que rodeaba a esta medida se caracterizaba porque tenía fuerza el criterio de que el mercado es el mejor asignador de recursos, no sólo en el ámbito nacional sino internacional, frente al Estado y sus políticas económicas nacionales, que interferían desfavorablemente en esa asignación, por lo que se propugnó la libertad de mercado y la correlativa apertura internacional. El mecanismo de salvación de la crisis del capitalismo, entonces, fue dejar actuar al capital financiero sin restricción, bajo su propia lógica. El canal por el cual se introdujo esta tendencia fue el FMI.

Efectivamente, los postulados ortodoxos del FMI parten de concebir que, las causas de los dos desequilibrios fundamentales que enfrentan los países del tercer mundo, el déficit permanente en balanza de pagos y la inflación, son resultado de un exceso de demanda agregada. Dicho exceso refleja una diferencia negativa entre exportaciones e importaciones, que es absorbida mediante el financiamiento externo (deuda externa) y/o una emisión excesiva de circulante interno que repercute sobre el déficit fiscal y que a su vez se traduce en mayores niveles de inflación. En este sentido, “las políticas de ajuste tienen como objetivo esencial eliminar la parte del déficit en cuenta corriente que no puede seguir siendo financiada con la captación neta de préstamos e inversiones externas o mediante las reservas internacionales”⁶⁴.

En función de este fin, se consideran como viables dos tipos de políticas: la primera, el control de la demanda agregada, que implica la reducción del déficit público mediante la elevación de la tributación, alza de tarifas de las empresas del sector público y recortes en los gastos corrientes; límites a la expansión de los activos externos netos del Banco Central y al endeudamiento externo e interno del sector público; la segunda, consiste en elevar el precio relativo de los bienes transables internacionalmente en comparación con los bienes y servicios no transables. Su instrumentalización práctica contempla la adopción de políticas cambiarias, arancelarias o de promoción de las exportaciones⁶⁵.

Para aplicar estos mecanismos, y teniendo en cuenta la insuficiencia de recursos financieros en el sector público que su ejecución genera, y sobre todo los fines a alcanzarse, adquiere relevancia un adecuado funcionamiento del sector financiero, como principal canalizador de recursos privados, tanto nacionales como internacionales, para atender los requerimientos de la producción.

⁶⁴ Gilberto Barón Leguizamón, *La multinacionalización bancaria y sus impactos de crisis en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 35

⁶⁵ *Ib.*, pp. 39-40

En este contexto, parte de la adopción del programa de ajuste estructural es el funcionamiento de un sistema financiero altamente eficiente, que necesariamente debe alcanzar ciertos objetivos⁶⁶: a) reducir costos de la intermediación financiera; b) suministro de nuevos servicios; y, c) retención del ahorro nacional; y, como corolario, para lograr estas metas se establecieron dos instrumentos a utilizar: la liberalización del sector financiero y el control de los intermediarios financieros.

En cuanto a la liberalización, por un lado, se facilitan las condiciones de entrada al mercado financiero y al mercado monetario de parte de nuevos intermediarios financieros⁶⁷; y por otro, se trata de dar mayor flexibilidad y libertad a los intermediarios financieros para realizar sus tareas, a través de concederles mayor libertad para decidir acerca del destino de los recursos que tienen a su disposición y de permitirles el acceso a los diferentes mercados financieros internacionales, con el propósito de obtener del exterior los recursos requeridos para sus propias labores⁶⁸.

En lo referente al control, al propugnarse que dicho sector financiero debe desempeñarse bajo la sombra del libre mercado, se estatuyó que el Estado, como guardián del mismo, debe limitarse a supervisar y controlar a los intermediarios financieros tratando de alcanzar al menos dos destinos: el primero, asegurar una mayor transparencia en el funcionamiento de los intermediarios financieros; y el segundo, lograr una mayor seguridad para el público⁶⁹.

Pero esta solución se encontró con un accionar del Estado que no le favorecía y que se reflejaba en las medidas de política económica nacionales que constituían un obstáculo para el mentado desarrollo del sistema financiero. A este desempeño del Estado se lo llamó *represión financiera*, y se sostenía que producía una fragmentación inducida en el mismo, en tanto provenía de una política económica que discriminaba y creaba privilegios, y de esta manera debilitaba su eficiencia ya que no contribuía a fomentar la libre competencia⁷⁰. Según Lizano⁷¹, incluía, entre otros, los siguientes óbices: tasas elevadas y variables de inflación; tipos de cambio sobrevaluados; encajes elevados y no uniformes sobre depósitos bancarios; estructura de tasas de interés; política de redescuento; restricciones cuantitativas y cualitativas a las operaciones de crédito; composición de cartera; trato tributario asimétrico al ahorro; y, manejo de la deuda externa.

⁶⁶ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., *Banca central en América Latina*, en *Estabilización y ajuste*, México, Cemla, 1991, t. III, pp. 125-126

⁶⁷ *Ib.*, pp. 140

⁶⁸ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., p. 71

⁶⁹ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., *Banca central en América Latina*, op. cit., p. 128

⁷⁰ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., p. 43

⁷¹ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., pp. 19-20

Ante esta *represión* se puso como panacea la libertad, la *libertad financiera* o *desregulación financiera* que, a su vez, buscaba la eficiencia del sector financiero, entendida ésta como la eficiente, en tanto se mejora la calidad de los servicios así como se reduce su costo⁷², asignación de fondos a través de mecanismos de mercado⁷³. Se alcanzaba por medio de la innovación tecnológica, y a través de fomentar la competencia y una correlativa disminución de la intervención gubernamental en las decisiones económicas⁷⁴; la competencia se conseguía con la apertura internacional⁷⁵, que además de buscar la incorporación a los mercados financieros globalizados, debía ayudar al proceso de la apertura comercial, para asegurar una mayor inserción de la economía nacional en la internacional⁷⁶.

Para Swary y Topf, la desregulación bancaria ha sido una causa y un resultado de la globalización de los mercados financieros. A menudo –sostienen– se ha desmantelado la regulación protectora para estimular la competencia en la provisión de servicios financieros como parte de un movimiento más generalizado hacia una competencia más libre; esto ha requerido con frecuencia una desregulación más profunda para permitir que los bancos sobrevivan y compitan en los mercados más competitivos que han surgido⁷⁷. Lerda, por su parte, establece que, la desregulación financiera ha promovido mayor competencia interna, movilidad internacional de capitales de corto plazo, y creciente integración financiera internacional⁷⁸.

El discurso de la tendencia en ciernes, muy difundido en ésta parte del mundo por la coyuntura política y social que vivían nuestros países, facilitó la concreción política, y luego jurídica, de las intenciones del FMI. Prestando oídos a los cantos de sirena, se define una nueva relación Estado-sistema financiero.

En efecto, en virtud de las tesis neoliberales, el Estado ha reconocido, primero, la preeminencia del capital financiero en la economía; segundo, que ese capital financiero principalmente debe provenir

⁷² Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouña V., *Banca central en América Latina*, op. cit., pp. 164

⁷³ Yasushi Mieno, Cambios en el medio financiero y tareas del banco central, en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, Cemla, 1993, t. I, p. 121

⁷⁴ Itzhak Swary y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 539

⁷⁵ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 11

⁷⁶ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., p. 36

⁷⁷ Itzhak Swary y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, op. cit., p. 10

⁷⁸ Juan Carlos Lerda, *Globalización de la economía y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias*, Santiago, CEPAL, 1996, p. 12

de una fuente privada, sea nacional o internacional; y, tercero, que ese capital financiero se encuentra en libre circulación alrededor del mundo, y se maneja de acuerdo con parámetros de mercado. El Estado debe adecuarse institucionalmente para hacer atractivo el mercado nacional a dicho capital financiero, utilizando como mecanismo para ello la instauración del libre mercado.

De esta forma, la intervención del Estado en el sistema financiero, defendiendo ante todo el libre mercado, se divide en dos funciones: la primera, el control de la estabilidad monetaria; la segunda, el control de la estabilidad del sistema financiero, a través de tres mecanismos: la supervisión de los bancos, el seguro de depósitos y las prestaciones de última instancia.

2.2.1.- La estabilidad monetaria

La inflación o pérdida del poder adquisitivo nacional e internacional del dinero nacional, acompañada de un estancamiento de la economía, sufrida por los países centrales a partir de las décadas de los 70 y 80, hizo repensar la utilidad de la política económica, basada en el keynesianismo, que se venía aplicando para solventar las crisis del capitalismo y que consistía en utilizar como mecanismo de salvación la expansión del crédito y la masa monetaria en circulación, de tal manera que se compensaran las caídas del ciclo de la producción. La discusión partió de una crítica a los postulados del célebre economista inglés.

Como alternativa a la disciplina monetaria del patrón oro, Keynes, imbuido de la teoría cuantitativa convencional del valor del dinero, encomendó al Banco Central la regulación de su cantidad en la economía, de tal manera que, si quería mantener estables los precios, tenía que practicar una política monetaria activa, variando constantemente la cantidad de dinero para adaptarse a las variaciones autónomas de la demanda real de dinero⁷⁹. Pero, según Friedman, citado por De Aguirre, “sin que lleguemos demasiado bien a saber la causa, la cantidad de dinero se dejó completamente a un lado”, aunque se arguyó en su defensa endo que, en una economía de alto nivel de desempleo e infrautilización de la capacidad productiva siempre es posible incrementar lo que Keynes llamó la “demanda agregada efectiva” para absorber la mano de obra y el capital ociosos, sin que las

⁷⁹ José Antonio De Aguirre, *La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días*, op. cit., p. 228

tensiones sobre los costes, en especial los salarios, eleven los precios⁸⁰. Sin embargo, la reiterada aplicación de esta receta, llevó a la larga, a producir inflación y luego, recesión.

Frente a esta situación, Friedman en 1956, con su *The quantity theory of money*, propuso la vuelta a la teoría cuantitativa del dinero, y produjo la aceptación de que, “la cantidad de dinero es una variable clave en las políticas de control del nivel de precios y la renta nominal”⁸¹; teoría cuantitativa del dinero que establece, según De Laroziere⁸², una relación entre el acervo monetario y la producción nominal. Adentrémonos en el contenido de esta ponencia.

El análisis del mérito profesor de la Universidad de Chicago, hecho desde un punto de vista macroeconómico, parte de dos premisas: la primera, la distinción entre la cantidad nominal del dinero y la real; y la segunda, la relación entre estas dos variables, sintetizada en que, la cantidad nominal del dinero tiene que ser igual a la cantidad real, lo que le lleva a establecer que el índice de crecimiento de la una (oferta monetaria) debe corresponder al índice de crecimiento de la otra (demanda monetaria). De esta manera centra su estudio en las variaciones de la cantidad de dinero y de las condiciones de la demanda de dinero⁸³.

La oferta monetaria, esto es, la cantidad nominal de dinero, será la que la autoridad determine⁸⁴, entendido esto en el sentido de que, las autoridades “tienen la facultad discrecional de determinar la monto de lo que los economistas llaman dinero base o dinero a la vista: el efectivo, más las reservas bancarias, que viene a constituir la cúspide, y como tal el elemento determinante, de una pirámide invertida que conforma la masa monetaria en su más amplia acepción. La demanda de dinero, que comporta la cantidad real de dinero o volumen de bienes y servicios que se pueden comprar con la cantidad nominal de dinero, a su vez, es establecida por la magnitud de la producción⁸⁵.

La relación entre estos dos factores monetarios se presenta así: “Si la cantidad de bienes y servicios ofrecidos a la venta –la producción, en una palabra- aumentase con la misma rapidez que la

⁸⁰ *Ib.*, pp. 240, 241

⁸¹ *Id.*

⁸² Jacques De Laroziere, “El papel de los bancos centrales y la política monetaria en el actual marco económico y financiero”, en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, Cemla, 1993, t. II, p. 128

⁸³ Milton Friedman, *Los perjuicios del dinero*, México, Ediciones Grijalbo S.A., 1992, pp. 45-46

⁸⁴ *Ib.*, p. 33

⁸⁵ Milton Friedman, *Los perjuicios del dinero*, op.cit., p. 36

cantidad de dinero, los precios tenderían a ser estables”⁸⁶. Pero, si la oferta monetaria se incrementa sin una correlativa ampliación de la demanda, se mantienen exactamente iguales los flujos reales de bienes y servicios, produciéndose un equilibrio entre dichas oferta y demanda con la pérdida de valor del dinero nominal⁸⁷.

Y es que, los gastos de unos miembros de la comunidad son los ingresos de otros, y todos estos miembros no pueden gastarse más de lo que esa comunidad recibe en conjunto; en otras palabras, los individuos no pueden gastarse un saldo, sino sólo transferirlo; únicamente pueden gastar más de lo que ganan induciendo a otro a que ingrese más de lo que gasta; de esta forma, en este proceso de transferencia del gasto, manteniéndose el valor real de los bienes y servicios, sube su valor nominal.

La razón que explica este fenómeno no es otra que ésta: la extensión de la oferta monetaria no altera las condiciones básicas de la comunidad, no permite disponer de más capacidad productiva, no modifica los gustos, no altera la cadencia aparente ni la real con que los consumidores desean sustituir un artículo por otro, ni la sustitución de un artículo por otro por obra de los productores en su producción; en definitiva, “no ha cambiado ninguna magnitud real, no ha aportado recursos reales a la comunidad, no ha mejorado ninguna de las oportunidades físicamente disponibles”⁸⁸.

Pero este crecimiento desmesurado de la oferta monetaria, si bien para el individuo considerado independientemente, parece una bendición, un verdadero beneficio atípico; para la comunidad, una vez realizado el ajuste, es nefasto ya que se encuentra peor que antes, porque sus ingresos reales han disminuido, debido a que los recursos productivos han sido reemplazados por saldos en efectivo, aumentando el precio de los servicios consumibles con relación al de los servicios productivos⁸⁹.

Bajo estas premisas, el autor concluye que, “la inflación es siempre y en todas partes un fenómeno monetario, en el sentido de que es debida a un crecimiento más rápido de la cantidad de dinero que de la producción”⁹⁰; y que “son los gobiernos, y sólo los gobiernos, quienes pueden originar un excesivo crecimiento monetario, y por ende inflación”⁹¹, y lo hacen poniendo a funcionar en forma discrecional las prensas de imprimir billetes, con el fin de financiar el gasto público y porque es el método políticamente más atractivo.

⁸⁶ Ib., p. 232

⁸⁷ Ib., p. 48

⁸⁸ Ib., p. 52

⁸⁹ Ib., p. 55

⁹⁰ Milton Friedman, *Los perjuicios del dinero*, op.cit., p. 68

El único remedio para la inflación, y de la recesión, pues, estriba en reducir la tasa de crecimiento monetario a través del control del gasto público y del fuerte déficit público⁹², o su financiamiento, bien mediante impuestos, bien pidiendo prestado al público⁹³. De lo que se trata es de forjar un ancla para fijar el nivel de los precios diferente a la única limitación efectiva que ha consistido en vincular el dinero con un tangible, que se funda en la autolimitación de los gobiernos y no en un es material tangible de costosa obtención⁹⁴. La dificultad está en ver si hay o no voluntad política para tomar las medidas necesarias⁹⁵.

El ancla a que hizo referencia Friedman vino a ser, en definitiva, el “equilibrio monetario”, que no es otra cosa que el estado en donde no existe exceso de oferta o demanda de dinero interno a nivel de precios existente, o dicho de otra forma, cuando los cambios en la demanda de dinero interno son seguidos de movimientos acomodantes de la oferta⁹⁶. Equilibrio monetario que se asimiló a la estabilidad monetaria.

Las tesis neoliberales y el nuevo marco en el que se desenvuelven los sistemas monetarios y financieros, han llevado a destacar que esta estabilidad monetaria es beneficiosa para la economía, porque, principalmente, evita distorsiones en la asignación de recursos. En concreto, debido al hecho de que genera las condiciones necesarias para que, por un lado, el mercado funcione adecuadamente ya que permite que sus agentes funcionen más apegados a la lógica del mismo, porque los precios pueden cumplir de mejor manera su papel de señal y de vehículo de la información, reduciendo la incertidumbre y los riesgos, y evitando así la generación de mecanismos perversos de distorsión de la competencia⁹⁷; y por otro, facilita la inserción de una economía en el contexto mundial porque, dentro de la apertura, mejora la competitividad real interna como internacional. Según De Laroziere, las operaciones de depreciación o de valuación *competitiva* de la moneda nacional manifiestan claramente su carácter ilusorio y sus efectos perversos sobre los

⁹¹ Ib., p. 244

⁹² Ib., p. 242

⁹³ Ib., p. 244

⁹⁴ Ib., p. 60

⁹⁵ Ib., pp. 253-254

⁹⁶ José Antonio De Aguirre, *La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días*, op. cit., p. 259

⁹⁷ Jacques De Laroziere, “El papel de los bancos centrales y la política monetaria en el actual marco económico y financiero”, op. cit., p. 127

equilibrios externo e interno, y pueden conducir a un verdadero círculo vicioso de no competitividad⁹⁸.

Los mentados beneficios se extendieron al campo financiero. La estabilización monetaria, por ende, conduciría a apoyar el desenvolvimiento del sistema bancario dentro de parámetros de mercado y favorecería su inserción en el mercado financiero global; dentro de la integración de los mercados de capitales y la internacionalización de los sistemas financieros, es un elemento trascendental en la capacidad de atracción del ahorro nacional y extranjero y, por ello, en la actividad del sector financiero del país⁹⁹, por el cual se pueden canalizar los recursos necesarios para el financiamiento adecuado del crecimiento económico¹⁰⁰.

La asunción de esta concepción a la palestra política se produjo después de iniciados los 80, y comportó el reconocimiento de la importancia prioritaria del control de la estabilidad monetaria por parte del Estado a través del control del gasto y déficit público y la eliminación en alto grado de su intervención discrecional, llegándose a establecer que éste, por medio del Banco Central keynesiano, debe circunscribirse, en forma exclusiva y autónoma, a fin de librarle de las presiones políticas que conducían al aumento de la oferta monetaria, a salvaguardar dicha estabilidad monetaria. Para ello era imprescindible quitarle ciertas facultades ajenas a ese fin y que propiciaron la “inestabilidad”. Estas atribuciones son¹⁰¹: 1.- otorgar, directa o indirectamente, financiamiento al sector público; 2.- promover el desarrollo económico, y con tal fin, establecer impuestos y velar por el pleno empleo y funcionar como entidad financiera de segundo piso para canalizar recursos a los intermediarios financieros; y, 3.- incurrir irrestrictamente en endeudamiento externo para promover la producción nacional.

Así mismo, en función de estas tesis, al Estado, a través del Banco Central, se le confieren los instrumentos que, de acuerdo con las mismas, son adecuados para atenderlas, y que no tienen otra intención que el limitar su intervención discrecional en los asuntos de su competencia. Los mecanismos de actuación de que dispone se van alejando de su naturaleza autoritaria, perdiendo su potestad frente al mercado; de esta manera va adquiriendo formas de participación de índole

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouña V., “Banca central en América Latina”, op. cit., p. 16

¹⁰¹ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., pp. 39-40

privada. Parecería que, desapareciendo gran parte de su imperio por la deslegitimación de sus decisiones, se trastoca su esencia y viene a constituirse en algo casi similar, por su forma de actuar, a los demás participantes del sistema financiero.

De Laroziere¹⁰² sintetiza esta nueva concepción del Estado, con la faz del Banco Central, señalando que su autoridad se ha transformado de tres maneras: 1. depende más de su capacidad de persuadir que de coaccionar, ya que su arma principal es la credibilidad, es decir, su capacidad de convencer a los mercados y agentes económicos; 2. depende más de su capacidad de coordinar su acción con el exterior que de su acción unilateral debido a que, la evolución reciente conduce a que adopte un enfoque más abierto y cooperativo y a que se vincule con otras instituciones, internacionales o nacionales; y, 3. depende más de su capacidad de responsabilizar a los agentes económicos que de definir sus comportamientos, en el sentido de que, sus instrumentos de acción se han vuelto, en su conjunto, más flexibles y tratan de no obstaculizar la competencia y las leyes del mercado; en efecto, en principio, se le quitan instrumentos de control directo: límites cuantitativos y selectivos de crédito, topes de cartera, fijación de tasas de interés, para sustituirlos por el uso de instrumentos indirectos, básicamente las operaciones de mercado abierto y los encajes¹⁰³.

2.2.2.- La estabilidad del sistema financiero

Al inicio del presente apartado detectamos la esencia del sistema financiero: la confianza que el público tiene para con él, y establecimos que esta particularidad hace imprescindible una preocupación especial del Estado para con la actividad bancaria.

Pero, esta preocupación tiene un límite, establecido por la responsabilidad jurídica de todos y cada uno de los participantes en el negocio financiero, que comporta, en definitiva, la función del Estado de encargarse de brindar las condiciones indispensables para que el mismo se desarrolle, ya que dentro de las tesis neoliberales no puede interferir en el libre desarrollo del mercado, limitándose a controlar su adecuado funcionamiento. Estas condiciones no pueden ser otras que la estabilidad del sistema financiero que viene a ser la situación en la cual, el desenvolvimiento de sus participantes, por iniciativa propia o por fenómenos externos al sistema, no afecte el funcionamiento del sistema

¹⁰² Jacques De Laroziere, “El papel de los bancos centrales y la política monetaria en el actual marco económico y financiero”, op. cit., pp. 140-146

¹⁰³ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., “Banca central en América Latina”, op. cit., pp. 137-140

en sí, de tal forma que éste, a pesar de que un banco se vea afectado por dicha actitud, no perturbe el desempeño de otras entidades financieras o de sus clientes.

En otras palabras, la estabilidad comporta, por un lado que, la actitud de un banco, inclusive si cierra sus puertas, afecte únicamente a los directamente interesados, que son sus accionistas y quienes contrataron con ese banco, depositantes y deudores; y, por otro, que el sistema financiero siga cumpliendo sus funciones de sistema de pagos y de canalizador de los recursos financieros, como si no existiese la actitud de la entidad bancaria; o en diversos términos, el sistema financiero es estable, en principio, siempre que siga gozando de la confianza del público.

En cambio, cuando el sistema financiero se encuentra afectado en su estabilidad, que a contrario sensu se constata cuando el funcionamiento de uno de sus participantes afecta al del resto, de tal forma que merma la confianza del público en el sistema financiero con el consiguiente descalabro del sistema de pagos y de la canalización de recursos financieros, lo que a su vez conduce a un pánico financiero.

En este contexto, por la naturaleza de la actividad bancaria, la quiebra de un banco viene a ser la causa principal de una posible inestabilidad del sistema. Goodhart, señala que en este caso, la gente tendrá la sensación de que otras entidades financieras que tienen activos aparentemente similares también son sospechosas, y bien puede retirar de ellas sus depósitos por pánico, sea o no justificado¹⁰⁴; a este fenómeno se lo conoce como el “efecto de contagio”, que según Swary y Topf, sugiere que la quiebra de un solo banco, sobre todo cuando es una institución grande, podría provocar corridas contra otros bancos, independientemente de su causa¹⁰⁵.

Por esta razón, el Estado, en el marco de su función de atender la estabilidad del sistema financiero debe preocuparse, por un lado, del entorno que rodea al sistema financiero que se refleja en el control de la estabilidad monetaria, ya analizada por nosotros con antelación; y por otro, del desempeño de cada uno de los participantes.

El Estado, entonces, atiende la estabilidad del sistema financiero, a través de tres vertientes: la primera, la supervisión de los bancos; la segunda, el seguro de depósitos; y, la tercera, los préstamos de última instancia.

¹⁰⁴ Goodhart, “Algunas reflexiones sobre regulación bancaria”, op. cit., pp. 222-224

¹⁰⁵ Itzhak Swary y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, op. cit., p. 445

2.2.2.1.- La supervisión de los bancos

La tesis neoliberal parte del presupuesto de que los participantes en el sistema financiero son los principales responsables de su funcionamiento y de las consecuencias que se deriven del mismo. El Comité de Basilea¹⁰⁶, que desarrolla esa ponencia, recomienda la necesidad de la intervención del Estado controlando dicho funcionamiento, y para no interferir en la mencionada responsabilidad y por ende en la disciplina del mercado, establece que esa intervención debe limitarse a la supervisión con el fin de “asegurar que los bancos operen de manera sana y sólida y que mantengan capital y reservas suficientes para dar soporte a los riesgos que surgen en su negocio”¹⁰⁷.

El Estado, en consecuencia, debe limitarse a resguardar el “mantenimiento de sanas prácticas comerciales”¹⁰⁸, en pro de asegurarse, hasta donde sea posible, que los bancos se manejan prudentemente y que, en consecuencia, los intereses de los depositantes están protegidos y se tiene una estabilidad sistémica en el sector financiero¹⁰⁹. En este sentido, se considera que, si los bancos se encuentran supervisados preventivamente, el desempeño de cada uno de éstos no afectaría la estabilidad bancaria; al contrario, la fortalecería.

En palabras de Latter, dentro del concepto de la economía de mercado, se propende a que el Estado se desentienda de la propiedad de los bancos o no interfiera en sus actividades, salvo el necesario para fines de supervisión¹¹⁰. De esta forma, el Estado prácticamente no interviene en el desarrollo del mercado financiero, dejando a sus participantes la principal responsabilidad por su desempeño, fomentando de esta manera la competitividad y eficiencia del sistema. Swary y Topf sintetizan esta

¹⁰⁶ El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria es un Comité de autoridades supervisoras bancarias que fue establecido por los gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez Países en 1975. Está compuesto por representantes a nivel ejecutivo de autoridades supervisoras bancarias y bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos. Sus ponencias y recomendaciones sobre diversos tópicos, principalmente sobre la supervisión de bancos, han sido adoptadas voluntariamente por varios países del mundo, y sirven de referente y forma de unificación de la actitud de los Estados frente a la banca dentro del marco de la transnacionalización de los sistemas financieros.

¹⁰⁷ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, “Principios básicos para una supervisión bancaria efectiva”, *Boletín de Supervisión y Fiscalización Bancaria* (México), 1 (1997): 11

¹⁰⁸ Yasushi Mieno, “Cambios en el medio financiero y tareas del banco central”, op. cit., pp. 124-127

¹⁰⁹ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 26

¹¹⁰ *Ib.*, p. 3

nueva forma de intervención señalando que se trata de una supervisión prudente con menos intervención operativa¹¹¹.

Los particulares fundamentos de esta concepción están determinados por dos elementos: el primero, los nuevos mecanismos para medir la solidez de un banco en función de los riesgos y su adecuada provisión de capital; la supervisión viene a ser, por tanto, un medio de control de los riesgos asumidos por las instituciones financieras¹¹²; el segundo, en resguardo de la confianza, la protección a los clientes que carecen de capacidad para evaluar dichos riesgos¹¹³.

Estos dos componentes, sumado al presupuesto del que parte la tesis neoliberal, hacen de la supervisión el instrumento más recomendable para prevenir la quiebra de un banco y la consecuente afectación a la estabilidad del sistema.

2.2.2.2.- El seguro de depósitos

No obstante los mecanismos que permiten el funcionamiento del sistema financiero a la luz de las tesis neoliberales, éstas reconocen la posibilidad, y más que eso aceptan como algo natural, que un banco quiebre. Ante esto, y así mismo precaviendo la insuficiencia de una supervisión que contrarreste la afectación que ese cierre puede traer para la confianza en el sistema, se ha permitido la intervención del Estado como garante de los bancos frente a los depositantes, pero de una forma que no merme la disciplina del mercado.

En este orden de ideas, la función del Estado cuando se liquida un banco, y a fin de evitar crisis financieras, se circunscribe a responder, con diversos matices, ante sus depositantes por el monto de sus acreencias, de tal manera que se palie la afectación de la confianza que el cierre de esa institución podría traer para el todo el sistema. Según Swary y Topf, con el cumplimiento de esta función se aísla al sistema bancario frente a las corridas destructivas contra los depósitos¹¹⁴.

¹¹¹ Itzhak Swary y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, op. cit., pp. 14, 15

¹¹² Ib., p. 451

¹¹³ Ib., p. 444

¹¹⁴ Itzhak Swary y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, op. cit., p.454

El Comité de Basilea¹¹⁵ reconoce dos beneficios de esta forma de intervención. El primero: provee de una red de seguridad a muchos acreedores bancarios, incrementando la confianza del público en los bancos y haciendo más estable el sistema financiero; y el segundo: limita el efecto que los problemas de un banco puedan causar en otros bancos sanos en el mismo mercado, reduciendo así la posibilidad de contagio o reacción en cadena dentro del sistema bancario como un todo.

Sin embargo, dentro de las tesis neoliberales, a esta intervención se la ve con mucho recelo ya que puede incrementar el riesgo de comportamiento imprudente de los bancos individuales¹¹⁶; en palabras de Lecouna, puede ser perversa en el sentido de que puede fomentar mayores incentivos al riesgo lo cual puede acrecentar la inestabilidad del sistema financiero¹¹⁷; es decir, puede crear el tan repudiado *riesgo moral*.

Para atacar este mal se ha optado por limitar el seguro de depósitos con diversos mecanismos como el coaseguro, según el cual se cubre un porcentaje o monto absoluto de los depósitos, cargando primas a los bancos basadas en el riesgo; o no incluir en la cobertura a depositantes institucionales grandes, reduciéndolo al ámbito del pequeño ahorrista.

La razón de este proceder es una: los depositantes son también responsables por las transacciones que realicen con los bancos, con excepción del pequeño ahorrista. Según Latter, por las asimetrías de la información, el depositante promedio no puede hacer una evaluación precisa de la solvencia del banco¹¹⁸, que Rojo explica como que los pequeños ahorristas no tienen recursos ni capacidad para la evaluación correcta de los riesgos de las distintas entidades¹¹⁹. Esto no ocurre con el gran inversionista ya que, el negocio, en su mayor parte, es bien competitivo y está relativamente bien publicitado y documentado. En casi todos casos basta una combinación de competencia, disponibilidad de información y el mandato de la ley comercial¹²⁰.

¹¹⁵ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, “Principios básicos para una supervisión bancaria efectiva”, op. cit., p. 28

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., “Banca central en América Latina”, op. cit., p. 166

¹¹⁸ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 5

¹¹⁹ Luis Angel Rojo, “El papel del banco central en la economía”, en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, Cemla, 1993, t. II, p. 108

¹²⁰ Ernesto Aguirre, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, comp., *La banca central en América Latina*, Bogotá, Banco de la República, Tercer Mundo S.A. Editores, 1997, p. 217

Incluida esta salvaguardia, este mecanismo vino a constituir el complemento perfecto de la supervisión, delimitando así la intervención del Estado de tal forma que no se afecte la disciplina del mercado, cuya consecuencia última era el dejar que los bancos quiebren.

2.2.2.3.- El prestamista de última instancia

La responsabilidad del Estado de mantener la confianza pública en el sistema financiero, además de los dos mecanismos analizados anteriormente, implica también un rol, excepcional, de último recurso, en el caso de crisis, con el fin de evitar reacciones en cadena, a través de la provisión de liquidez a los bancos¹²¹. Estamos hablando del prestamista de última instancia.

Históricamente, cuando el Estado, y con el pedido de la banca privada que insistía en la creación de un banco público que prestara sin limitaciones para salvar al sistema de una crisis de liquidez¹²², decidió intervenir y por ende terminar con la contradicción intrínseca del sistema de sustitutos fiduciarios del dinero: la iliquidez radical del sistema¹²³, surgió el papel del prestamista de última instancia. En palabras de Hayek, “en un sistema que utiliza los depósitos bancarios como si fueran dinero, alguien tiene que estar en disposición de suministrar el efectivo necesario si el público decide, de repente, convertir una parte considerable de sus depósitos bancarios en una forma más líquida de dinero”¹²⁴.

Este acometido recayó en el banco central, ya que éste, como manifiesta Goodhart, adquirió una privilegiada posición legal como banquero del gobierno, y sus correlativas facultades de exclusiva emisión de moneda trajeron como consecuencia y en forma natural, un grado de centralización de reservas del sistema bancario en sus arcas, que lo convirtieron en banquero de los bancos, en fuente básica de la liquidez y factor de seguridad para el sistema¹²⁵.

¹²¹ Yasushi Mieno, “Cambios en el medio financiero y tareas del banco central”, op. cit., pp. 124-127

¹²² José Antonio De Aguirre, “La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días”, op. cit., p. 246

¹²³ Mises, citado por José Antonio De Aguirre, “La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días”, op. cit., p. 223

¹²⁴ Hayek, citado por José Antonio De Aguirre, “La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días”, op. cit., p. 233

¹²⁵ Goodhart, citado por Ernesto Aguirre Carrillo, *La génesis de la banca central*, Bogotá, Banco de la República, 1991, p. 19

No obstante, la función de prestamista de última instancia no es necesariamente exclusiva del Banco Central, sino que, siendo propia del Estado, puede ser conferida a cualquier otra autoridad monetaria¹²⁶.

En este contexto, la actividad bancaria, ilíquida por naturaleza, que hace imprescindible que se desenvuelva bajo la confianza del público, hizo necesario que el Estado fomentara dicha fé atendiendo el problema de la iliquidez. En tal virtud, surgió el prestamista de última instancia, que puede ser definido como la autoridad pública que, en forma excepcional, provee de recursos financieros a los bancos cuando éstos sufren problemas de liquidez, en tanto dichos problemas no pueden ser solucionados con el desarrollo normal de la actividad bancaria o por otros mecanismos privados¹²⁷, como en el caso de la crisis de una entidad o del sistema¹²⁸.

Sin embargo, esta noción de prestamista de última instancia ha sido ampliada por cierta parte de la doctrina, con Goodhart¹²⁹ a la cabeza, a la ayuda que el Estado, sea por medio del Banco Central y/o de cualquier otra entidad pública, ha venido brindando a los bancos insolventes, evitando de esta manera su quiebra, con el pretexto de precaver la ulterior afectación al sistema. Con el desarrollo del siguiente punto acotaremos algo en relación a esta ponencia.

Finalmente, en la actualidad, la discusión se centra en la adopción de uno de los dos tipos de prestamistas de última instancia que existen en teoría: el de la llamada doctrina clásica, y el propugnado recientemente por las teorías neoliberales y conocido a través de los postulados del Comité de Basilea.

2.2.2.3.1.- El prestamista de última instancia según la doctrina clásica

Se conoce como doctrina clásica aquélla que permite el ejercicio de la función al prestamista de última instancia cuando se produce una corrida bancaria, es decir, ante una demanda súbita y

¹²⁶ Michael D. Bordo, “El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, en *El papel de la banca central en la actualidad*, México, Cemla, Banco de España, 1993, p. 19

¹²⁷ Friedman, citado por José Antonio De Aguirre, “La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días”, op. cit., p. 242

¹²⁸ Ernesto Aguirre Carrillo, *La génesis de la banca central*, op. cit., p. 9

¹²⁹ Michael D. Bordo, “El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, op. cit., pp. 5-6

masiva de dinero de alto poder, que amenaza el acervo de circulante y, por tanto, el nivel de actividad económica; y ante la cual debe conceder recursos con prodigalidad, pero a una tasa castigada, a los bancos con iliquidez pero solventes¹³⁰. Es, entonces, una forma emergente de convertir los recursos reales y financieros no líquidos en dinero, para atender los requerimientos del público¹³¹, y honrar de esta manera el compromiso de convertibilidad y la confianza en el sistema financiero.

Históricamente, para Thornton¹³², el prestamista de última instancia debía funcionar en épocas de pánico, y al efecto, era el llamado a proporcionar liquidez al mercado y descontar con prodigalidad el papel de todos los bancos solventes, pero denegar su ayuda a los bancos insolventes, independientemente de que fueran grandes o importantes.

Bagehot¹³³ aceptó y amplió este punto de vista, señalando cuatro principios de procedimiento: 1.- prestar, pero a una tasa castigada ya que, los préstamos muy grandes a tasas muy altas son el mejor remedio para desalentar a todos los bancos, salvo a los que verdaderamente lo necesitan, limitándose así la expansión de la liquidez al mínimo necesario para finalizar el pánico; 2.- dejar en claro de antemano la disponibilidad a prestar con liberalidad; 3.- dar servicio a todo el que tenga una buena garantía, valorada a los precios anteriores al pánico; y, 4.- impedir que los bancos con iliquidez, pero que son solventes, quiebren.

Finalmente, los resucitadores de la teoría cuantitativa del dinero reconocen la necesidad del prestamista de última instancia. Friedman y Schwartz acentúan la importancia que tuvo en el sistema previo al seguro federal de depósito la emisión en el momento oportuno, de una directiva responsable que intervenía para atenuar el miedo del público; y Schwartz en exclusiva, aduce que todas las crisis financieras importantes en el Reino Unido y en Estados Unidos ocurrieron cuando las autoridades monetarias no lograron poner de manifiesto desde el comienzo de una alteración,

¹³⁰ Ib., p. 3

¹³¹ Ch. Kindleberger, "La evolución del prestamista de última instancia", en *El papel de la banca central en la actualidad*, México, Cemla, Banco de España, 1993, p. 27

¹³² Michael D. Bordo, "El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica", op. cit., p. 6

¹³³ Bagehot, citado por Michael D. Bordo, "El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica", op. cit., p. 6

que estaban dispuestas a satisfacer todas las demandas de préstamos que hicieran los deudores solventes y las demandas de efectivo por parte de los depositantes¹³⁴.

Los postuladores de las tesis neoliberales criticaron la doctrina clásica pregonando que, “la intervención del acreditante de última instancia implica una acción que queda fuera del alcance de la lógica del mercado normal”¹³⁵, lo que conlleva, en último término, atender contra uno de sus sagrados dogmas, la disciplina del mercado. Esta aseveración puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1.- Las crisis de hoy en día no permiten distinguir, por la urgencia del caso, los apuros de liquidez de los de solvencia¹³⁶; como señala Rojo, la distinción entre dificultades de solvencia y de liquidez no es siempre fácil ya que, por la naturaleza de la actividad bancaria, una crisis puede empezar siendo un problema de liquidez y terminar como un problema de solvencia¹³⁷. Esta vicisitud lleva a que, la intervención del acreditante de última instancia, así sea a título de solucionar un contratiempo de liquidez, podría estar proporcionando recursos encaminados a atender uno de solvencia, contradiciendo de esta forma la propia doctrina clásica y, evidentemente, las tesis neoliberales.

2.- Al prestar su apoyo a instituciones insolventes, aunque demasiado grandes para quebrar, el prestamista de última instancia puede interferir desfavorablemente en el ajuste de fuerzas en el mercado, con efectos perjudiciales eventuales para la competitividad del sistema¹³⁸. El motivo para esta observación parte de atacar la concepción de la reglamentación del negocio bancario, orientado a prevenir la salida de instituciones del sistema, en razón del convencimiento de que la salud de éste depende del buen funcionamiento de cada una de las entidades que lo integran, que ha degenerado en una actitud de las autoridades caracterizada por el rescate de entidades financieras de gran tamaño ante la eventualidad de que su quiebra y liquidación pudiera afectar al sistema como un todo¹³⁹, lo que ha comportado, según Latter, cierta interferencia con el juego natural de las fuerzas

¹³⁴ Michael D. Bordo, “El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, op. cit., pp. 6-7

¹³⁵ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, 1992, p.122

¹³⁶ *Ib.*, p.123

¹³⁷ Luis Angel Rojo, “El papel del banco central en la economía”, op. cit., p. 108

¹³⁸ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, op. cit., p.125

¹³⁹ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., “Banca central en América Latina”, op. cit., p. 167

del mercado¹⁴⁰, al tratarse, por un lado, en palabras de Rojo, de una “subvención injustificable” a la incompetencia o imprevisión de los administradores del banco insolvente; y por otro, de una “falta de equidad en el tratamiento, entre bancos grandes y pequeños”¹⁴¹.

Los diversos análisis de las crisis financieras dieron soporte a la crítica en mención. Sus conclusiones decían que, la quiebra de una institución bancaria importante no provoca automáticamente daños irreversibles al sistema bancario en la medida en que el prestamista de última instancia asegure que la existencia agregada de dinero continúe creciendo sostenidamente¹⁴².

Estos logros dieron pábulo para la profusión de un pensamiento contrario a la excesiva protección del Estado a la banca y permitió, con el propósito de mejorar la competencia en el sistema, alcanzar como límite de la intervención del prestamista de última instancia, a la vez que instaurar como principio de actuación de las instituciones financieras, la permisión de la salida del sistema de los bancos insolventes¹⁴³. Con este proceder se brindó el espacio suficiente, como lo manda la teoría neoliberal, para que, en una economía de mercado, exista el proceso de selección natural.

La aplicación de este principio, Rojo la define así: “debe tenderse a que la salida del negocio financiero de una entidad que no es solvente se perciba como un fenómeno natural, porque ello crea los estímulos necesarios para que los mercados evalúen el nivel de riesgo relativo incorporado en las actividades de los distintos intermediarios financieros y que esta evaluación favorezca la discriminación”¹⁴⁴; discriminación que implicará que, casi todos los retiros de depósitos de los bancos que sean percibidos como débiles, serán redepósitos en bancos más fuertes y más seguros, lo que tiene la ventaja de beneficiar a las instituciones cautelosas, prudentes y conservadoras¹⁴⁵. En una economía de mercado competitiva tiene que existir suficiente espacio para el proceso de selección natural¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 23

¹⁴¹ Ernesto Aguirre, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, comp., *La banca central en América Latina*, op. cit., p. 233

¹⁴² Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, op. cit., p.126

¹⁴³ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., “Banca central en América Latina”, op. cit., p. 167

¹⁴⁴ Luis Angel Rojo, “El papel del banco central en la economía”, op. cit., pp. 108-109

¹⁴⁵ Ernesto Aguirre, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, comp., *La banca central en América Latina*, op. cit., p. 225

¹⁴⁶ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 23

En los eventos de las corridas bancarias sucede lo mismo, ya que éstas fungen como forma de disciplina mercantil, que reasigna fondos de los bancos débiles a los fuertes y restringe a los directivos bancarios en la adopción de estrategias de cartera peligrosas¹⁴⁷.

En consecuencia, el papel de las autoridades es asegurarse hasta donde sea posible que los bancos se manejan prudentemente y que, en consecuencia, los intereses de los depositantes están protegidos y se tiene una estabilidad sistémica en el sector financiero¹⁴⁸. Recuérdese lo que dijimos al hablar del seguro de depósitos y se hallarán nuevas justificaciones para este aserto.

3.- El problema principal reside en la aparición del *riesgo moral*, que puede ser definido como la actitud de los participantes ante la idea de que no se permitirá la quiebra de ningún banco, o de que en épocas difíciles el apoyo financiero se encuentra fácilmente a disposición de los bancos o sus depositantes (tal vez para estos últimos, por ejemplo, a través de un sistema de seguro de depósitos sumamente generoso), en el sentido de que, los primeros, exacerban su situación en vez de mejorarla, y los segundos, no se preocupan de discriminar entre bancos *buenos* o *malos*, con lo cual es probable que se prolongue la sobrevivencia de un banco insolvente, pero con la concomitante ampliación de una crisis, cuando eventualmente ocurra¹⁴⁹.

En otros términos, se produce el *riesgo moral* cuando una entidad financiera o los depositantes actúan, no bajo parámetros de mercado, es decir, cuidando sus operaciones de tal manera que no se vea afectada su solvencia o liquidez, o sus inversiones, respectivamente; sino buscando, los primeros, recabar la mayor cantidad de recursos posible e invertirlos, sin importar los riesgos que asumen; y los segundos, igualmente sin tener en cuenta los riesgos, depositan sus recursos en los bancos, sin que les importe su situación, con la intención de ganar el mayor rédito posible. De esta forma se debilita la solidez del sistema financiero y lo hace más vulnerable a una crisis que afecte su estabilidad.

El responsable de la generación de este problema no es otro que el Estado. La expectativa de que el prestamista de última instancia intervenga, induce a las instituciones a arriesgarse en exceso, puesto que en último término le será posible enfrentar los costos, y a los accionistas a no asumir plenamente sus responsabilidades, tanto en lo que respecta a vigilar el manejo adecuado de las

¹⁴⁷ Kafman, citado por Michael D. Bordo, “El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, op. cit., p. 4

¹⁴⁸ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., pp.25-26

¹⁴⁹ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p.17

instituciones de crédito, como en lo que toca a su responsabilidad financiera por las pérdidas sufridas¹⁵⁰. Los bancos, entonces, adoptan riesgos excesivos, que no los hubieran tomado si no estuviera detrás de ellos el Estado para salvarles, los que en el largo plazo haría que sistemas bancarios regulados, con prestamista de última instancia, se tornen muy débiles¹⁵¹.

4.- El prestamista de última instancia puede perturbar el equilibrio monetario al inyectar liquidez en un monto importante¹⁵².

La intervención del prestamista de última instancia puede justificarse en ciertos casos extremos, pero es importante que no ponga en peligro el objetivo de la estabilidad de precios mediante una política monetaria vigente¹⁵³; las operaciones en función de este rol, en principio, deben ser al margen, sin erosionar la capacidad y la eficacia de la política monetaria¹⁵⁴.

Frente a esta observación, que es sintetizada en el “dilema básico que consiste en que si el mercado sabe que está apoyado por un prestamista de última instancia, experimenta menor o ninguna responsabilidad por el funcionamiento efectivo del dinero y de los mercados de capitales, durante el consecutivo auge de la economía”, se ha respondido:

Conforme a una práctica bancaria racional, el bien público que genera el prestamista de última instancia debilita la responsabilidad privada. Sin embargo, si no existe una autoridad que regule la desintermediación que acompaña a las épocas de pánico, con ventas forzadas de bienes, valores y de otros recursos financieros y una demanda masiva de la limitada oferta de dinero, la falacia del sálvese quien pueda asume el mando de la situación. Cada participante en el mercado, al tratar de salvarse a sí mismo, colabora con la ruina de todos.¹⁵⁵

2.2.2.3.2.- El prestamista de última instancia según el Comité de Basilea

¹⁵⁰ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, op. cit., p.125

¹⁵¹ Ernesto Aguirre, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, comp., *La banca central en América Latina*, op. cit., pp. 225-226

¹⁵² Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, op. cit., p.125

¹⁵³ Jacques De Laroziere, “El papel de los bancos centrales y la política monetaria en el actual marco económico y financiero”, op. cit., pp. 130-134

¹⁵⁴ Luis Angel Rojo, “El papel del banco central en la economía”, op. cit., pp. 104-107

¹⁵⁵ Ch. Kindleberger, “La evolución del prestamista de última instancia”, op. cit., p. 27

Ante las críticas neoliberales a la doctrina clásica surgió la posición del Comité de Basilea¹⁵⁶ que, reconociendo la necesidad de la existencia del prestamista de última instancia, señala como principio de su intervención, su reserva para casos excepcionales y, al mismo tiempo, su ejecución debe ser impredecible en cuanto a sus principios y modalidades.

En este marco, la intervención del acreditante de última instancia debe quedar como un hecho excepcional, totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume; en consecuencia, es necesario que se mantenga un ambiente de ambigüedad constructiva sobre sus intenciones y que se convenza a los agentes financieros que su intervención no es inevitable. Se parte de la premisa: el prestamista de última instancia “sólo puede mantener toda su eficacia si nunca se ve en la necesidad de intervenir”.

Esta ponencia transmite un mensaje ideológico neoliberal al sistema financiero y sus participantes según el cual, el Estado reconoce como su principal función el controlar la estabilidad monetaria, por lo que, en el campo financiero, en el ámbito de la liberalización, y con el fin de hacer más eficientes al sistema financiero y a sus actores, se abstiene de intervenir en todo aquello que atente contra la disciplina del mercado; pero acepta implícitamente su responsabilidad por la estabilidad del mismo, a través de la supervisión y el seguro de depósitos.

En pocas palabras, el rol del Estado en la estabilidad del sistema financiero se encuentra matizado por las tesis neoliberales. Los bancos deberían entender que su intervención respeta ante todo la lógica del mercado y de sus agentes, y más que eso, que les transfiere la responsabilidad por su adecuado funcionamiento, y por la solución de los problemas de solvencia y liquidez que sufran; que, sobre todo, a través del Banco Central, se encargará de velar por la estabilidad monetaria, y que en función de este objetivo, por medio del prestamista de última instancia, se abstendrá de inyectar liquidez para solucionar las dificultades de las entidades crediticias, cuando se pueda perturbar el equilibrio monetario; y que, no va a prestar apoyo a instituciones insolventes, así sean importantes, y que por tal decisión, se produciría, por un lado, un natural ajuste de las fuerzas del mercado, y por otro, no se debilitaría su disciplina.

Sin embargo de este mensaje, es necesario hacer varias precisiones a su contenido:

¹⁵⁶ Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, op. cit., pp. 121-127

- a) En primer lugar, se debe determinar si, en una crisis que afecte la estabilidad del sistema financiero se podría aplicar la tesis neoliberal. En dicha situación podemos tener dos alternativas: o que los particulares se hagan cargo, o que el Estado responda por la misma.

La primera posibilidad, bien por la aplicación de la falacia del sálvese quien pueda, bien por la misma doctrina neoliberal que reconoce la existencia de ese sofisma, es ineludible la participación del Estado. El seguir el segundo camino, evidentemente, irrespeta dicho postulado ya que, por atender la estabilidad de los bancos se podría perturbar el equilibrio monetario y más aún la disciplina del mercado. La intervención pública, por tanto, depende de la armonía entre el evitar riesgos sistémicos y prevenir la aparición del riesgo moral¹⁵⁷, que viene dada, en nuestro parecer, por la ecuanimidad en la asunción de responsabilidades por parte de los participantes del sistema financiero y el Estado.

El ideal neoliberal es que el llamado a satisfacer las consecuencias de la crisis sea el sector privado, pero por la función de garante de la estabilidad sistémica, el Estado es quien debe respaldar irrestrictamente los vacíos dejados por la comunidad. El siempre es el protagonista de la película de terror, mientras los bancos y los depositantes son los actores de reparto.

Cuando se requiere la entrada en escena de esta estrella, cual diva, se le permite todo: se autoriza lo que antes era impensable siquiera, la intervención del prestamista de última instancia proporcionando recursos inclusive a las entidades insolventes para su rehabilitación, sin importar la afectación de la oferta de dinero o el menoscabo de la disciplina del mercado.

¿Es ésta, acaso, una contradicción de la ponencia neoliberal? Contestarán que no, y tendrán razón si argumentan que si el Estado hubiese aplicado correctamente los mecanismos de que dispone para asegurar la estabilidad financiera (supervisión, seguro de depósitos y préstamos de última instancia propiamente dichos, y además hubiese garantizado la estabilidad monetaria), ésta nunca se hubiese producido. Y dicen la verdad, pero parcialmente.

En efecto, cada una de las formas de intervención del Estado en el sector financiero, llevadas a la palestra por el neoliberalismo, eran para ser aplicadas en situaciones de estabilidad, como instrumentos preventivos de una crisis, y junto a eso, como medios para impedir, en alto o bajo grado, la participación del Estado cuando ésta ocurra. No constituían, bajo ningún presupuesto,

parte de una receta que contenía las indicaciones para curar la enfermedad, y así conseguir la rehabilitación del paciente.

En definitiva, la ponencia del Comité de Basilea se limita a establecer un modelo de funcionamiento del Estado que tiene como antecedente teórico necesario y ambiente de ejecución, la estabilidad del sistema financiero, sin abordar otras condiciones perfectamente factibles de intervención, como son las de una crisis que afecte dicha estabilidad.

- b) El reconocimiento de la imposibilidad de diferenciar en una crisis los problemas de liquidez de los de solvencia, abarca toda ayuda financiera que dicha institución pueda conceder a un banco. Esta particularidad ha llevado a que la ponencia del Comité de Basilea, en todo caso, midan con la misma vara los dos tipos de dificultades, y como tal, busquen que el Estado actúe de tal forma que, aún en contratiempos de liquidez, no proporcione una ayuda que sea destinada, en realidad, a atender insolvencias.
- c) Y por último, recomienda una intervención *discrecional* del prestamista de última instancia. Mas, desde el enfoque neoliberal la *discrecionalidad* en la participación del Estado es un pecado mortal. Nada diremos de los fundamentos de esta aseveración, ya expuestos con claridad al hablar de la estabilidad monetaria; sólo hablaremos de la constancia de lo nefasto de su aplicación en el rol en estudio.

Se ha criticado el grado de discrecionalidad de la intervención del prestamista de última instancia señalando que, “conduce a la indulgencia sistemática que mina cualquier conjunto de normas”¹⁵⁸, o que puede tratarse de una intervención “caprichosa”¹⁵⁹, o que afectaría el sustrato mismo de la liberalización financiera¹⁶⁰, o, para finalizar, que generaría en el público “falsas expectativas”, que degenerarían en una acusación posterior de que la política establecida no tiene consistencia¹⁶¹.

Con estas observaciones, vemos que la ponencia del Comité de Basilea sobre el prestamista de última instancia transmite un mensaje ideológico neoliberal, dejando a un lado su intervención en casos de crisis; evento en el cual se verían perfectamente contradecidas. Pero no sólo eso, sino que,

¹⁵⁷ Yasushi Mieno, “Cambios en el medio financiero y tareas del banco central”, op. cit., p. 126

¹⁵⁸ Ernesto Aguirre, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, *La banca central en América Latina*, op. cit., p. 233

¹⁵⁹ Jesús Silva-Herzog F. y Ramón Lecouna V., *Banca central en América Latina*, op. cit., p. 129

¹⁶⁰ Eduardo Lizano, *La reforma financiera en América Latina*, op. cit., p.43

¹⁶¹ Tony Latter, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, op. cit., p. 22

partiendo de reconocer la dificultad de la diferenciación entre los problemas de liquidez y los de solvencia, incluye una regulación más estricta que el de la doctrina clásica para conducir esa participación pública exclusivamente a atender a los primeros, y que nos es otra que su discrecionalidad; y, para terminar, esa misma discrecionalidad, paradójicamente, se opone al neoliberalismo.

En suma, se reconoce la necesidad de la existencia del prestamista de última instancia, y se establece su forma de intervención diferente al de la doctrina clásica, que debe basarse en los siguientes parámetros: 1.- abarca únicamente, y en forma estricta, los contratiempos de liquidez; 2.- es discrecional; 3.- no debe afectar la disciplina del mercado, ni el equilibrio monetario; y 4.- es aplicable únicamente cuando existe estabilidad en el sistema financiero.

CAPITULO III

EL ESTADO DE DERECHO

Rousseau, en palabras de Del Vecchio y Recaséns Siches¹⁶², en su obra, *El Contrato Social*, parte de aceptar como un hecho irrevocable la sociedad política y la existencia de un derecho natural inmanente a los hombres que tenía como premisas los derechos a la libertad y a la igualdad; derechos individuales éstos que convergen en el Estado y emanan nuevamente de éste, “reforzados y como reconsagrados”. El Estado es la “garantía tuteladora que faltaba en aquella situación primitiva”; sólo para la actuación de estos principios tiene el Estado razón de ser.

Estas ideas fueron condensadas en la Revolución Francesa a través de fórmulas políticas y jurídicas, siendo sus macizos normativos el Derecho Constitucional y del Derecho Civil o Privado, o como diría Restrepo Piedrahita¹⁶³, el *Code Civil* y el Estado de Derecho serían las dos imágenes jurídicas del orden emergente. El primero, regula las relaciones entre individuos, siendo éstos quienes tienen la potestad soberana de actuar en libertad, en la más amplia libertad; el segundo, las relaciones de los individuos con el Estado, y conformado por un cúmulo de limitaciones de actuación de éste frente a aquéllos, permitiendo ante todo ese libre accionar.

En el presente capítulo estudiaremos esa conquista del derecho de hace ya más de doscientos años, y su aplicación a la luz de las tesis neoliberales. Para ello, empezaremos por tratar de entender aquélla figura política y jurídica, para luego centrarnos en el intento de obtener alguna relación entre ambas.

¹⁶² Giorgio Del Vecchio y Luis Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana, 1946, t. II, pp. 115-117

¹⁶³ Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres variaciones alrededor del derecho*, Quito, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1956, p. 99

3.1.- El Estado de Derecho

La burguesía, con la revolución francesa, venció al feudalismo, y como triunfadora en la lid, le impuso su sello al ordenamiento jurídico. Sus dos pilares, el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, mostraban las dos caras de esta moneda. Mientras en aquél todo era absolutismo individualista, éste ostentaba el sentido de la limitación.

El Derecho Constitucional se nutrió de garantías individuales, la separación de poderes y el derecho de insurrección, con el único fin de servir de marco para el desarrollo de las relaciones entre el ciudadano y el Estado¹⁶⁴. Y esto se explicaba, porque un grupo de hombres eran los portaestandartes de nuevas fuerzas sociales –aptitudes, emociones o ideas- que los colocaron en una nueva posición dentro del plano social; lo que hasta hace poco servía para ordenar su vida ya no era suficiente, sus derechos individuales, limitados y protegidos antes por el derecho privado, ahora empezaban a copar el ámbito público. El Estado, representado por el soberano, no podía, no debía y no tenía por qué seguir cumpliendo la función que hasta esa época la venía haciendo, basado en el absolutismo religioso; ese papel, en buena medida lo reclamaron estos hombres, a título individual.

El Estado, ese Estado tan identificado con el soberano, que se mostraba tan incongruente con las nuevas fuerzas sociales que entraron en juego, se mantuvo; pero, eso sí, ya no con los ilimitados poderes y menos aún con la relación que hasta ese tiempo tenía con los miembros de esa sociedad. El vínculo ya no sería soberano-súbdito, sino Estado-individuo; y no sería establecido desde arriba, sino desde abajo, desde los propios individuos; individuos que, por su misma animadversión al soberano, necesariamente debían tener iguales potestades y libertad para ejercerlas.

Rousseau, en el *El Contrato Social*, comprendió, explicó y fundamentó esta realidad. Los hombres, miembros de esa sociedad, tenían un derecho inmanente a la libertad y a la igualdad, y el Estado era exclusivamente la “garantía tuteladora” de estos derechos¹⁶⁵.

El individuo adquiere identidad política, en tanto átomo, aislado y autosuficiente, con autonomía de juicio y de voluntad¹⁶⁶, con capacidad para decidir, tanto en su vida privada como en la pública;

¹⁶⁴ Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres variaciones alrededor del derecho*, op.cit., p. 100

¹⁶⁵ Giorgio Del Vecchio y Luis Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 115-117

¹⁶⁶ Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, op. cit., p. 557

bien en lo económico, bien en lo político; sujeto de derechos y obligaciones en cuanto que individuo. Ha salido a la luz el ciudadano.

El Estado, fruto del nacimiento de este ser político, es el resultado de la expresión de un libre pacto entre los ciudadanos, y como tal ya no está al servicio del soberano, sino al de los individuos, y por ello, sólo por ello, se limita a la regulación del orden, interior y exterior, establecido por los individuos, respetando sus derechos inmanentes. El coronamiento lógico de esta etapa de la lucha por el derecho es la proclamación de la libertad e igualdad en el campo jurídico, teniendo como única limitación aquello que puede dañar al orden público o estorbar el legítimo ejercicio de igual derecho de otra persona.

Como hemos visto, el papel del Estado se limita a abalizar un orden, un orden establecido por los individuos. Se deja, mejor dicho se garantiza, que éstos actúen libremente, que éstos, de un modo *espontáneo*, intervengan dentro de un orden preconstituido, elaborado a la luz de las nuevas fuerzas sociales que les informaron y les dio vida. El Derecho Civil fue la concreción jurídica de ese entorno, cuya base era la *propiedad*. Parafraseando a Restrepo Piedrahita, la máxima que regía era: “soy propietario, luego existo”¹⁶⁷. El Estado y la sociedad civil, confundida en el Estado, como diría Del Aguila, cumplen una función decisiva para el individuo: les protegen y garantizan unos derechos que de todos modos ellos ya tenían¹⁶⁸.

El orden social, y que sirvió de conductor de la sociedad, por la aplicación del derecho natural de la libertad fue la autorregulación del mercado. La escuela liberal, clásica en Economía Política en aquél entonces, proclamaba como principio el dejar hacer y el dejar pasar del fisiocratismo. Todo se rige, decían, por las leyes naturales que gobiernan al mundo, todo está previsto y regulado por la naturaleza, de tal manera que intervenir en el mundo social significa interrumpir, estorbar el desarrollo de la libertad humana, impuesta por las leyes de la naturaleza.

Las leyes naturales que gobiernan las sociedades humanas no son contrarias a la libertad humana, sino son la expresión de las relaciones que se establecen espontáneamente entre todos los hombres que tienen libertad de actuar según sus intereses, intereses individuales, antagónicos al parecer, que constituyen una armonía que es precisamente el orden natural, el cual es con mucho superior a toda

¹⁶⁷ Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres variaciones alrededor del derecho*, op. cit., p. 102

¹⁶⁸ Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, op. cit., p. 555

combinación artificial que pudiera imaginarse. Es, por tanto, el deber de los individuos y del Estado ajustar su conducta a esas leyes naturales; éste debe intervenir en forma mínima buscando desarrollar, en lo posible, esas iniciativas individuales, en apartar cuanto pudiera estorbarlas, en impedir únicamente que se perjudiquen unas a otras; por consiguiente, debe limitarse a proteger la seguridad de cada uno y a la seguridad de todos, en una palabra, a dejar libertad de acción¹⁶⁹.

Esta tendencia, informó, secundó y complementó la transformación política jacobina. La concepción jurídico-liberal tenía por finalidad “garantizar el funcionamiento del modelo económico y asegurar, en ese sentido, la circulación de bienes en el mercado”¹⁷⁰.

La inquietud, de acuerdo con Pavarini¹⁷¹, era cómo garantizar que en la sociedad civil se realicen las esferas de libertad y autonomía que son las condiciones necesarias para el libre autoregularse del mercado, teniendo en cuenta que existen no propietarios, los que podrían causar perturbaciones a ese orden *espontáneo*. La respuesta: “limitar la esfera de la autoridad, circunscribirla entre límites precisos, únicamente como salvaguardia de las reglas mínimas del vivir social que puedan garantizar el libre juego del mercado”. Sólo así se explica el nacimiento del Estado policía, y sólo así se entiende que, en términos del mismo autor, “la acción criminal está políticamente considerada como propia de los excluidos de la propiedad y por tanto como atentado al orden y a la paz de los poseedores”¹⁷².

Hinkelammert¹⁷³ abonará lo dicho con otras palabras. Partiendo de definir a la “sociedad civil” como “toda actividad social no iniciada o influida directamente por el Estado”, señala que, “cuando la sociedad civil es reducida a la sociedad burguesa, ella tiende a identificarse con el mercado”, y si esto se piensa hasta el extremo, entonces la sociedad civil identificada con el mercado se ve enfrentada con un Estado innecesario, que hay que abolir. Si sobrevive, lo hace en nombre de un Estado mínimo inevitable, que asegura el derecho de la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos. Se trata de un Estado esencialmente represivo, cuya única función consiste en asegurar el funcionamiento del mercado.

¹⁶⁹ Charles Gide, *Economía política*, París, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1912, p. 22

¹⁷⁰ Julián Sauquillo, “El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI, p. 281

¹⁷¹ Máximo Pavarini, *Control y dominación*, Madrid, Siglo XXI editores, 1993, pp. 29, 30

¹⁷² *Ib.*, pp. 34, 35

¹⁷³ Franz J. Hinkelammert, Franz J., “Nuestro proyecto de nueva sociedad en América Latina. El papel regulador del Estado y los problemas de la auto-regulación del mercado”, *op. cit.*, p. 9

Si bien la esfera de actuación del Estado estaba perfectamente delimitada y por ende legitimada su intervención, con las reminiscencias de ese Estado absolutista que se inmiscuía en los derechos inmanentes del individuo, siempre se pensó que él puede ingresar nuevamente en esos campos, era necesario limitarlo. Había que buscar un mecanismo que impida esa indeseable inserción. Los individuos, que han creado ese Estado, se salvaguardan de su no querida participación: el Estado de Derecho, como figura política, se ha creado.

Del Aguila, al respecto, opina:

El Estado en esta tradición liberal es visto como un artefacto destinado a crear y recrear utilidad social a través de su funcionamiento: o sea, debe, en cierto sentido, actuar como esos guardianes que en el zoo se ocupan a través de látigos, jaulas, barreras y límites, de impedir que las fieras se devoren entre sí [...] Pero, al tiempo, el Estado debe igualmente tener una actividad restringida y mantenida dentro de ciertos límites para no convertirse él mismo en un depredador agresivo. Protección es su lema. Protección de unos individuos frente a otros, protección del individuo ante el colectivo, protección de todos y cada uno frente al más peligroso depredador: el Estado mismo. Protección que no tiene otra finalidad que la de proteger la autonomía del individuo aislado.¹⁷⁴

El Estado de Derecho es, entonces, la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la Ley, Estado y Ley creados por el individuo. En último término, el Estado debe estar subordinado a la voluntad política de los individuos transmitida a través de la Ley.

Como sostiene García de Enterría¹⁷⁵, el legado de la revolución francesa es la constancia de que, “la fuente del Derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en ésta misma, en su voluntad general; y, a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la Ley general [...] que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder”; la justificación: “todo ello está en servicio de una idea sustancial de derecho [...] la de asegurar la *liberté du citoyen*, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente”.

¹⁷⁴ Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, op. cit., p. 569

¹⁷⁵ Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 8ª edición, 1997, t. I, p. 424

La última justificación de la voluntad política y por ello de la ley, que ya no era divina, era su racionalidad. Habermas manifiesta: “con los regímenes implantados tras las revoluciones burguesas cobra vida un modelo de deliberación racional que tiene como misión sancionar leyes generales y abstractas y cuya legitimidad se asienta, en última instancia, en su posibilidad de justificación racional”¹⁷⁶. No era suficiente que los individuos desearan tal o cual cosa para conferir al Estado determinada función, sino que esa intención como su consecuencia debían estar respaldadas por la razón.

Con este elemento, el Estado de Derecho, en un mejor decir, viene a constituir la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la voluntad política de los individuos apegada a la razón, expedida por medio de la Ley; Ley, escrita, cierta, pública, general, abstracta, impersonal, subordinante por igual a gobernantes y a gobernados, que sería la clave de seguridad para regular y mantener la armonía de las relaciones de derecho público y de derecho privado. La Ley formal representaba las máximas posibilidad y factibilidad del derecho¹⁷⁷.

No podía ser de otra manera, lo que atemorizaba más al individuo, al burgués, era la incertidumbre y parcialidad de la norma emanada del ser supremo, del soberano; incertidumbre, porque ellos no participaban de ninguna forma en el dictado de las disposiciones; parcialidad, por cuanto con ella regula algo que no interesaba a los individuos, a los ciudadanos, al burgués, sino a sí mismo, ante todo; y esto perjudicaba la economía de cada ciudadano, hombre soberano de sí. La Ley, emanada de él, a la que subyacían los principios de igualdad y de libertad; Ley para todos, libertad para todos, era la única medida para restringir las potestades del nuevo soberano, ellos mismos. Control, desconfianza y limitación del poder constituyen la tríada liberal¹⁷⁸.

Adviértase, por último, que, esta Ley, por principio, no puede interferir en ciertos derechos del individuo. Como lo diría Benjamín Constant, el “maestro de la libertad”, porque enseñaba a la nación francesa en folletos sus doctrinas:

Hay una parte de la existencia humana que por necesidad queda individual e independiente, y que es de derecho fuera de toda competencia social y legislativa. La autoridad de la sociedad, y por consiguiente la de la legislación no existe sino de un modo relativo y limitado: en el punto

¹⁷⁶ Carlos Gómez Sánchez, “La Escuela de Frankfurt: J. Habermas”, op. cit., p. 240

¹⁷⁷ Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres variaciones alrededor del derecho*, op. cit., p. 106

¹⁷⁸ Rafael Del Aguila, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, op. cit., p. 570

en que empieza la independencia de la existencia individual se detiene la autoridad de la legislación, y si ésta traspasa aquella línea, se convierte en usurpadora.¹⁷⁹

Pero, este nuevo orden social, que en un principio genera bienestar, y por lo mismo demuestra que puede funcionar por sí solo (no se había pensado siquiera en una forma de intervención en el mismo), como una “mano invisible”, empieza a demostrar que, en tanto orden social, contradice los propios principios liberales: la igualdad y la libertad. El desarrollo del mercado, a la buena de la *Diosa Fortuna*, empieza a coartar los derechos inmanentes del individuo; su punto más álgido es la cuestión social: grandes conglomerados humanos de no propietarios no se benefician del orden social, y más que eso, son víctimas del mismo.

Ante esta situación surge el Estado interventor, que empieza a limitar la “autonomía de la voluntad” de los individuos; que no sólo participa en la cuestión social sino en la panacea del orden social, en el mercado. En ciertos casos, esa intervención tiene ribetes trascendentales: el Estado pasa a ser un sujeto más, un “individuo”.

El Estado de Derecho sigue siendo una limitación, pero es una limitación política permisiva. Todavía prima la soberanía de la Ley generada por los individuos, pero de una Ley producto de individuos propietarios y no propietarios, que autoriza y posibilita que ese Estado intervenga en diversos campos, incluido la autonomía de la voluntad del ciudadano, y sobre todo en la economía. La justificación racional del Estado de Derecho del liberalismo, el individuo y sus derechos naturales de libertad y de igualdad, a dejado el paso a la justificación racional del Estado de Derecho del Estado intervencionista, la sociedad, que comprende a los propietarios y no propietarios, y por tal, sus derechos a la libertad, pero sobre todo a la igualdad, no sólo jurídica, sino material. Y es que, sin querer aceptar la interpretación del jacobinismo de Jellinek¹⁸⁰, parecería que el individuo enajenó todos sus derechos a la sociedad.

En definitiva, se ha producido una ampliación del elemento que justificaba la existencia del Estado de Derecho, esto es, los derechos inmanentes al individuo. La razón de su existencia es la protección irrestricta de las prerrogativas políticas y económicas de todos los individuos de la sociedad, surgiendo como condicionantes determinantes de dicho resguardo entelequias abstractas

¹⁷⁹ Benjamín Constant, citado por C. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, París, 1836, t. I, p. 295

¹⁸⁰ Jorge Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editorial Nueva España S.A., s/a, p. 23

que los representan, como la sociedad y la economía, que llegan a tener prelación sobre los derechos propiamente individuales. En salvaguardia de la economía, por ejemplo, el Estado de Derecho posibilita la limitación de la autonomía de la libertad.

Es el Estado de Derecho, por tanto, la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la Ley, Estado y Ley creados por todos los individuos de la sociedad, para proteger todos los derechos inmanentes de cada uno de ellos y de todos en conjunto, a través del resguardo de figuras políticas como la sociedad y la economía.

3.2.1.- El Estado de Derecho y el Estado neoliberal

El Estado neoliberal, mejor dicho el Estado eficaz, viene a constituir la consecuencia de la crítica a la intervención del Estado de bienestar, en el sentido de que limita su injerencia en la protección conjunta de todos los individuos de la sociedad a través del resguardo de la sociedad y la economía, recobrando valor nuevamente los derechos propiamente del individuo, principalmente la libertad.

Pero, esta asunción de la libertad no es absoluta como antaño, sino que es morigerada por el reconocimiento tutelador y garantizador del Estado con respecto a la sociedad y a la economía; esta tutela, y he ahí otro cambio importante, tiene un límite: la autonomía de la voluntad del individuo. La frontera de la legitimidad política de la intervención del Estado, pues, está determinada por la capacidad de los individuos de asumir la responsabilidad por sus actuaciones.

Obsérvese, sin embargo, que, en forma independiente a la esbozada en los párrafos precedentes, el Estado de Derecho fue profundamente influenciado por la ampliación de la regulación jurídica del derecho positivo, de la forma de producción a los contenidos producidos.

Como diría Ferrajoli, “el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa, además, sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía”¹⁸¹. Con esta visión, se abre la concepción del Estado de Derecho: ahora no sólo es necesaria una Ley que limite y justifique el accionar del Estado, sino que esa Ley tiene que, además, respetar los “derechos fundamentales” del individuo.

Así se llega al concepto de “validez” de la norma jurídica, y que “tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”¹⁸². Entonces, el Estado de Derecho también comporta que, a más de que toda acción singular del poder esté limitada y justificada en una Ley previa, que sea consecuente con esas prerrogativas inmanentes a la persona.

En este contexto, el Estado de Derecho neoliberal difiere del Estado de Derecho intervencionista, porque si bien sigue siendo una limitación, pero una limitación al Estado, protegiendo al individuo, es pues, la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la Ley, Estado y Ley creados por todos los individuos de la sociedad, para proteger todos los derechos inmanentes de cada uno de ellos y de todos en conjunto, a través, principalmente, de resguardar su autonomía de la voluntad, y luego, con la intervención tuteladora de la sociedad y la economía.

Sin embargo, esta concepción del Estado de Derecho neoliberal no se aplica en América Latina.

En efecto, el Estado y la Ley no son creados por todos los individuos de la sociedad, sino que son producto de una tesis generada en los países centrales, que ha sido aplicada en su función; y que son el resultado de la condicionalidad ejercida por el FMI. En tal virtud, el Estado de Derecho no puede ser concebido como una garantía, sino simplemente como una ficción que pretende legitimar políticamente la inserción en un país del postulado globalizante.

Las leyes que permiten la intervención neoliberal del Estado, al no tener un origen legítimo, al no ser el producto de la libre racionalidad de todos los individuos de la sociedad, no pueden proteger bajo ningún título su autonomía de la voluntad. Es absolutamente impensable que, sin el reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos de los individuos, sustrato del Estado de Derecho, se pueda concebir la protección de sus derechos económicos. Sin libertad política no puede haber libertad económica; sin libertad política no hay Estado de Derecho, y menos aún Estado de Derecho neoliberal.

En nuestros pueblos, pues, pervive el ser político más repudiado por el jacobinismo, el soberano, en el personaje del FMI, y vestido con los sublimes ropajes del Estado de Derecho.

¹⁸¹ Luigi Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, en *Jueces para la Democracia*, 1992, p. 63

¹⁸² Luigi Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, op.cit., p. 64

3.2.- El principio de legalidad

Al hacer un esbozo del Estado de Derecho, señalamos que su génesis partió de limitar la inserción del Estado en la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la libertad de los individuos, quienes eran los únicos titulares de derecho políticos, y como tal, única fuente del Derecho, que se traducía en la creación de una ley general que se encargaría de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder. Con la transfiguración del Estado liberal en el Estado de bienestar, establecimos que se mantiene esa limitación: sigue primando la soberanía de la Ley, pero de una Ley que permite y posibilita que ese Estado intervenga en ciertos campos de la autonomía de la voluntad de los individuos, en pro del resguardo del conjunto de individuos a través de la protección de figuras políticas como la sociedad y la economía. Hasta que llegamos al Estado neoliberal, en donde nuevamente, dejando intocada la parte esencial, se redefine su alcance, determinado por la autonomía de la voluntad de los individuos.

Como se puede ver, la esencia del Estado de Derecho, en todo su camino evolutivo, siguió incólume; en todas estas etapas, el Estado podía intervenir en todo aquello que le permitiera o le requiriera la colectividad, a través de la ley, la fuente política que limitaba y justificaba su actuación.

Esta limitación y justificación, como derivación jurídica del Estado de Derecho, ha recibido el nombre de “principio de legalidad”, el cual constituye una circunscripción a la actuación del Estado, no sólo formal, sino también teniendo en cuenta su correspondencia con los derechos fundamentales del individuo.

Ahora bien, el principio de legalidad, a lo largo del tiempo, ha sido entendido de diversa manera. De acuerdo a García de Enterría¹⁸³, existen dos corrientes de interpretación: 1. La de la aplicación singular de la ley, llamada por Winkler, de la “vinculación negativa” del Estado con la Ley; y, 2. La doctrina de la “vinculación positiva”.

La primera consideraba que, el Estado no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley; su intervención se limitaba a un proceso de ejecución de ésta que, a la larga,

¹⁸³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 427-432

venía a ser una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas.

El método de aplicación de la Ley en este tipo de concepción es la subsunción, que consiste, según Gorpe¹⁸⁴, en que su ejecución se reduce a un silogismo, en el que la premisa mayor expresa la regla de derecho; la premisa menor, la situación de hecho; y, la conclusión, la aplicación de la regla al caso concreto.

Su funcionamiento, en palabras de English¹⁸⁵, se centra primordialmente en la obtención de la premisa menor del silogismo al que viene a reducirse esa subsunción. La lógica material del derecho actúa en tres direcciones: la configuración del caso concreto, la constatación de que tal hecho ha ocurrido y, por último, la consideración de que en tal caso se dan aquellas notas que delimitan el tipo contenido en la norma, que hace de premisa mayor del silogismo.

La crítica que recibió esta visión partía, por un lado, del reconocimiento de las deficiencias del ordenamiento jurídico, en el sentido de que, el derecho positivo no puede abarcar todas y cada una de las situaciones que requieren la intervención pública; y, por otro, de las observaciones que se hicieron al método de la subsunción, que se referían a que éste era inoperante por sí solo para conocer el sustrato de la norma jurídica, porque para ello “se exigen valoraciones, decisiones voluntarias, que no por ello son arbitrarias ya que, al menos formalmente, la decisión personal está delimitada legal y supralegalmente, y se somete a reglas teleológicas y axiológicas”¹⁸⁶. La Ley, de esta forma, pasaba a constituirse en una camisa de fuerza de la actuación del Estado, imposibilitando el alcance de los fines que el mismo perseguía.

El reparo, en definitiva, consistía en la constatación del hecho de que, el objeto de la actuación del Estado no es pues ejecutar la Ley, sino servir a los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad.

¹⁸⁴ Francois Gorpe, *Las resoluciones judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 27

¹⁸⁵ Karl English, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968, p. 39

¹⁸⁶ Karl English, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op. cit., p. 46

Así, en contraposición, se generó la doctrina de la vinculación positiva del Estado con la Ley que, si bien reconoce que la actuación del Estado no necesariamente debe estar respaldada por un precepto jurídico concreto que determine todos sus alcances, concibe al principio de la legalidad como una *cobertura legal* de toda actuación, cobertura que está dada por todo el ordenamiento jurídico, supuesto el hecho de que no hay “espacio franco o libre de Ley” en que el Estado pueda actuar con un poder ajurídico y libre. El ordenamiento jurídico, pues, condiciona y determina, de manera positiva, la acción del Estado, la cual es válida sólo si responde a una previsión normativa, o en palabras de Ballbe, en tanto “pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo de él se pueda derivar”¹⁸⁷.

En este contexto, el principio de legalidad se concretiza jurídicamente a través de la atribución, a través de la Ley, de potestades al Estado, poderes jurídicos, facultades de actuación, imputaciones normativas sobre su conducta¹⁸⁸ que, definiendo cuidadosamente sus límites, le apodera, le habilita con un carácter genérico en tanto se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas, para su intervención; de esta forma, toda acción de éste se presenta como el “ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”¹⁸⁹.

Por el mismo hecho de ser una creación de la Ley, “supreordenada” al Estado, la relación entre la potestad y la Ley es definida como una “derivación”¹⁹⁰, por lo que, en primer lugar, siempre está estrictamente limitada y condicionada por ésta, tasada en su extensión y su contenido, y en ningún momento es ilimitada, incondicional y absoluta; en segundo lugar, es inalienable, intransmisible, irrenunciable e indisponible, por parte del Estado; y, en tercer lugar, es inagotable e idéntica a través de su ejercicio, e insustituible de modificación por el titular¹⁹¹.

Además, estas potestades, por servir a una función, deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del Estado, sino el interés de la comunidad; y deben obligatoriamente ejercitarse cuando ese interés comunitario lo exija¹⁹².

¹⁸⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 427-432

¹⁸⁸ Kelsen, citado por Giorgio Del Vecchio y Luis Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 240

¹⁸⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 427-432

¹⁹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 435

¹⁹¹ Id.

¹⁹² *Ib.*, p. 437

La atribución de potestades, debido a la naturaleza del principio de legalidad, también debe constatarse a través de la Ley, y por ello, tiene que ser expresa, específica y válida.

Expresa, ya que requiere un otorgamiento positivo sin el cual el Estado carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye; esta exigencia, no obstante, debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, son aquellos que pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo, y que son poderes efectivamente atribuidos al Estado por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo; inferencia que debe realizarse en base de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos, ya que se trata de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego¹⁹³.

Específica, en tanto debe ser, en cuanto a su contenido, un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales; todas las atribuciones no pueden dejar de ser específicas y concretas, tasadas, con un ámbito de ejercicio lícito, tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente¹⁹⁴.

Y, válida, porque estas potestades deben ser coherentes con los derechos fundamentales reconocidos a los individuos, debido a que, de acuerdo al paradigma garantista del derecho y a la razón última del Estado, toda potestad necesariamente debe responder a la protección de esas prerrogativas.

Como se puede ver, en síntesis, con el principio de legalidad, el Estado de Derecho se plasma jurídicamente en una suma de límites concretos que circunscriben estrictamente y en todos los ámbitos, desde la propia forma de consignación del poder hasta la última consecuencia de su ejecución, la actuación del Estado.

3.2.1.- Las potestades discrecionales

¹⁹³ Ib., p. 440

¹⁹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 441-442

Según el grado de precisión de la norma legal que contiene la atribución, pueden darse dos tipos de potestades: las regladas y las discrecionales.

Las primeras, son las que determinan agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo tiempo, también definida en todos sus términos y consecuencias; y las segundas, reconociendo la existencia de *lagunas*¹⁹⁵ en el derecho, que en palabras de English¹⁹⁵, se producen cuando la ley “no da respuesta inmediata a una cuestión concreta”, y que pueden afectar el cumplimiento de las finalidades del Estado, ya que para que éste actúe no son suficientes las potestades regladas, y teniendo en cuenta el supremo deber general del Estado de vigilancia y de protección hacia los individuos, son las definidas por la Ley tan sólo en algunos de los requisitos de su ejercicio, remitiendo a la *estimación subjetiva* del Estado el establecimiento del resto de condiciones; recalándose que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, sino que es una estimación llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido justamente con ese carácter¹⁹⁶.

La discrecionalidad, entonces, es un caso de *remisión legal*: la norma transmite parcialmente al Estado la facultad para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. La Ley, por tanto, debe configurar necesariamente varios elementos de la potestad discrecional, y la discrecionalidad sólo puede referirse a algunos condicionantes, nunca a todos, de tal poder. En pocas palabras, no hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto¹⁹⁷.

En definitiva, la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección, sobre la base de una apreciación de valores singulares entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo del Estado¹⁹⁸. No es lo que

¹⁹⁵ Karl English, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op. cit., pp. 47-48

¹⁹⁶ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1992, p. 27

¹⁹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., pp. 444-448

¹⁹⁸ *Ib.*, p. 450; Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995, p. 48

erradamente se ha entendido por la misma, esto es, en palabras de Ramón Fernández, “el poder por excelencia, es decir, como una capacidad incondicionada de imposición”¹⁹⁹.

Las condiciones de ejercicio de la potestad discrecional conferidas por la Ley a la *estimación subjetiva* del Estado, pueden referirse, o bien “a la integración última del supuesto de hecho”, es decir, a completar las condiciones de ejercicio de la potestad en el antecedente de la norma jurídica; o bien al “contenido concreto de la decisión aplicable”, o en otras palabras, a señalar ciertos elementos de la consecuencia de la norma jurídica; o en fin a ambos elementos²⁰⁰.

Pero para llenar estas condiciones de ejercicio jurídicamente, por el mismo principio de legalidad, deben tenerse presentes ciertos requisitos indispensables que son: el contenido valorativo de la potestad, su coherencia con los derechos fundamentales, la necesidad de determinar ciertos elementos reglados y, finalmente, la adecuación de dicha potestad al resto del ordenamiento jurídico y a los principios generales del derecho.

a) El contenido valorativo de la potestad

Engish acertadamente señala que, “los mandatos y prohibiciones del derecho radican en las llamadas normas valorativas, se basan en valoraciones, en aprobaciones, en reprobaciones”²⁰¹; la razón última de un precepto jurídico se halla en su contenido valorativo, que viene a constituir la sustancia de su racionalidad, él por qué y él para qué de su expedición.

Aprobamos las palabras del autor alemán, en tanto una de las principales conquistas del Estado de Derecho liberal, y que luego informaría la esencia de todos los Estados de Derecho subsiguientes, es el asentar la Ley en la justificación racional, de tal forma que aquél no es otra cosa que la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la voluntad política de los individuos apegada a la razón, expedida por medio de la Ley.

En este orden de ideas, el contenido valorativo de toda Ley, y por ende de toda potestad, en definitiva, es la voluntad política de los individuos que conforman una sociedad; es, en términos llanos, lo que la sociedad política dice lo que debe ser el Estado, el motivo y alcance de su

¹⁹⁹ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 17

²⁰⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 444

²⁰¹ Karl Engish, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op. cit., p. 38

actuación. Es, por tanto, lo que toda potestad conferida por la Ley lleva dentro de sí, su sustancia, cual último justificativo, que no es otra que esa voluntad política. Esta esencia también es el contenido de la potestad discrecional, aún cuando no conste expresamente.

Pero, la falta de remisión expresa, en ciertos casos particulares de difícil interpretación, hace discutible su sujeción a la voluntad política que le dio vida. He ahí la importancia, sobre todo en estos eventos, de tener claro el contenido valorativo de la potestad, que en último término está comprendida en el Estado de Derecho que rige una sociedad; éste es el salvavidas en el mar de dudas de las circunstancias concretas.

Tan cierto es lo dicho, como que, la importancia de este contenido valorativo radica en el hecho de que, en último término, determina el grado de sujeción de una determinada actuación del Estado al principio de legalidad y, como tal, al Estado de Derecho. Toda actuación del Estado que no tenga en cuenta la razón de su potestad, o la contradiga, irrespeta la norma jurídica que justifica dicha potestad, está al margen del principio de legalidad; es, pues, un acto arbitrario.

b) La validez de la potestad

Como lo anotamos en los párrafos anteriores, el Estado de Derecho comporta la garantía política de que toda acción singular del poder esté limitada y justificada en una Ley previa, que sea coherente con los derechos fundamentales del individuo; y el principio de legalidad, concreción jurídica de ese aval político, constituye una restricción a la actuación del Estado, no sólo formal, sino también sustancial, ya que el Estado está sometido a una Ley que esté de acuerdo con esas prerrogativas.

En aplicación de estos dos postulados, en conjunción con la naturaleza última del Estado, toda potestad, incluida la discrecional, debe respetar los derechos fundamentales de la persona. En caso de que no lo haga, dicha atribución no es jurídica.

Bien se anota esta consecuencia debido a que, el Estado se conforma, para mejor decir, es la voluntad política de los individuos, que se ha encargado desde el inicio, con matices, de separar de la intervención de aquél cierto ámbito propio de éstos, dotándole de independencia soberana, que se ha ido ampliando paulatinamente. El Estado siempre ha sido el guardián de ese campo exclusivo del individuo. El respeto a los derechos inmanentes del individuo es, pues, la razón del Estado de Derecho.

c) Los elementos reglados de la potestad

En aplicación del principio de legalidad, toda potestad tiene que ser expresa y específica, lo que nos conduce a la imperiosa necesidad de que aunque sea discrecional, debe tener ciertos elementos reglados imprescindibles, de tal forma que no puede haber jurídicamente potestad si no existen éstos.

Los elementos reglados imprescindibles, cuales requerimientos, según García de Enterría²⁰², son: la existencia misma de la potestad; su extensión, que si no se estableciere equivaldría a someter al imperio de tal potestad la totalidad del orden jurídico, lo que es impensable en un Estado de Derecho; la competencia para ejercerla; y, el fin que se persigue con su aplicación, ya que todo acto del Estado debe dirigirse a la consecución de un fin, que se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública, determinada siempre, expresa o tácitamente.

Esta última exigencia es sumamente importante en tanto, por un lado, siendo la potestad discrecional una cierta libertad de elegir entre varias alternativas posibles, que implica la necesidad de que debe ser ejercida de tal forma que la opción escogida sea la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena, el escogimiento de la solución superior viene a constituirse en una obligación para todo aquél que desempeña una función²⁰³.

El fin es el punto de partida de toda acción estatal; más todavía, no puede haber potestad discrecional sin que exista aquél; ni puede producirse el ejercicio de ese poder sin que se mire directamente, y no de reojo, al mismo.

Tan cierto es esto, como que, toda actuación del Estado que no tenga presente su fin, reconocido por el ordenamiento jurídico, desconoce la voluntad política que le da vida y que constituye su último y esencial fundamento. Para mayor claridad, dicha actuación contraría al Estado mismo, a su naturaleza.

²⁰² Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., p. 26

²⁰³ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 111

Por otro lado, lo crucial de este elemento está en que constituye la *razón justificante* que vuelve jurídico un acto discrecional²⁰⁴; y es tan trascendente porque lleva dentro de sí, en último término, el contenido valorativo de la potestad, la razón de su existencia política y jurídica.

Es, para mejor decir, la constatación expresa y sucinta de la voluntad política que informa el Estado de Derecho y determina la actuación del Estado; por eso la necesidad de su existencia y respeto. Su ausencia, o la falta de sujeción al mismo, es una contradicción flagrante al Estado de Derecho, un atentado a la sociedad política.

d) La adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios generales del derecho

En razón del Estado de Derecho y del principio de legalidad, el Estado está vinculado a la Ley y al Derecho, aún cuando el ordenamiento jurídico no dé una respuesta inmediata a una cuestión concreta. De ahí que, toda potestad debe desenvolverse en el marco, no sólo de una disposición expresa, sino de lo que English denomina “el espíritu del ordenamiento jurídico”²⁰⁵.

Pero no sólo eso: toda potestad y su ejercicio no pueden apartarse en un caso específico de la exigencia particular y determinada que dimana de los principios generales de derecho operante, que vienen a ser los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica; toda potestad, pues, también debe fundarse y estructurarse sobre su base²⁰⁶.

El derecho es un cuerpo orgánico, sistémico, compuesto en primera instancia de normas, pero en segunda de principios, valoraciones, jurídicas y políticas, y dotado de formas y mecanismos de aplicación e interpretación de esas normas. Un precepto no es sólo un precepto, sino que es un precepto dentro de ese cuerpo orgánico, parte de ese sistema; para su aplicación no basta la disposición que contiene, al contrario, requiere de ese cúmulo de elementos que le brinda el contorno que le rodea y con los cuales puede, efectivamente, cobrar vida.

²⁰⁴ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 94

²⁰⁵ Karl English, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op. cit., p. 48

²⁰⁶ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., pp. 43-44

Con una potestad, más aún si es discrecional, pasa lo mismo. Para su existencia y ejercicio debe recurrirse a ese ambiente que le informa; su razón de ser no es per se, es en referencia a otras normas, a los principios y valoraciones, jurídicas y políticas, y a las formas y mecanismos de aplicación e interpretación que le circundan.

Todos estos requisitos vienen a constituir la requerida *motivación suficiente* de todo ejercicio de una potestad, que debe reflejar el proceso que conduce a la actuación del Estado, y que depende, como es lógico, de la naturaleza del asunto, de las concretas circunstancias que rodean al mismo y, por supuesto, de la concreta estructura de la norma que habilita o crea el poder de actuar²⁰⁷, y que a la larga viene a determinar si una potestad, y su ejercicio subsecuente, son jurídicos.

3.2.2.- La arbitrariedad

En una acepción común, la arbitrariedad es el “proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un compromiso maligno”²⁰⁸; esta definición, en cierto modo informa la idea que sobre la misma se ha generado en el Derecho Público.

En efecto, a la arbitrariedad se la ha considerado como todo acto del Estado efectuado sin sujeción al Estado de Derecho, y por lo mismo, desde el punto de vista jurídico, sin sometimiento al principio de legalidad. Ramón-Fernández²⁰⁹ manifiesta que es, “el fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores”; y García de Enterría²¹⁰, citando a Locke, ha sostenido que es “un poder que no tiene otro sustento que la mera voluntad o el simple capricho de quien lo detenta, que se ejerce, por tanto, al margen y con independencia de toda razón susceptible de prestarle la imprescriptible justificación”.

Todo ello aparece más claro si, recordando lo anotado párrafos atrás, analizamos esta figura con relación al Estado de Derecho y al principio de legalidad.

²⁰⁷ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 106

²⁰⁸ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Viracocha S.A., 1953, t. I, p. 209

²⁰⁹ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 106

²¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 469

El Estado de Derecho, en definitiva, es la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la voluntad política de los individuos, concretizada a través de la Ley; toda intervención estatal ajena a esa voluntad política es arbitrariedad.

Es arbitrariedad el hacer algo que la sociedad política no ha permitido, el adoptar acciones que no consten autorizadas por la Ley, el rebasar los contenidos del ordenamiento jurídico; en fin, es actuar sin el respaldo de la única razón que sirve de justificativo: la razón de la voluntad política de los individuos, que conforma, o debiéndose decir, es el Estado; es, pues, contradecir al Estado contradiciendo los intereses de los individuos.

En cuanto al principio de legalidad, la arbitrariedad, como no podía ser de otra manera, también constituye su desconocimiento. Es actuar sin la existencia de una potestad que la autorice, o rebasando lo permitido por ella. Se verifica su acaecimiento cuando, como lo señalamos antes, con el pretexto de la *discrecionalidad*, en su ejercicio, el Estado o irrespeta el contenido valorativo del derecho positivo, o no honra los derechos fundamentales, o desacata alguno o todos los requisitos mínimos de toda intervención: existencia, extensión, competencia y fin de la potestad; o, por último, desobedece al resto del ordenamiento jurídico o a los principios generales del derecho.

La forma como se desenmascara la arbitrariedad es la ausencia de la *motivación suficiente* que debe tener toda acción del Estado. En el Estado de Derecho existe la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese, de tal modo que, el único poder que se acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas con alguna consistencia que proporcionen un fundamento racional y objetivo capaz de sostener la decisión²¹¹.

El justificativo último que desvirtúa la arbitrariedad es, entonces, la razón, pero una razón producto del Estado de Derecho, y jurídicamente enmarcada dentro del principio de legalidad.

3.3.- La posición del Comité de Basilea sobre el prestamista de última instancia y su juridificación

²¹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 470

El Comité de Basilea, en definitiva, señala que, la intervención de la institución acreditante de última instancia debe reservarse para casos excepcionales y, al mismo tiempo, ser impredecible en cuanto a sus principios y modalidades. En el presente apartado verificaremos si este postulado puede aplicarse dentro del Estado de Derecho, sustrato de la juridicidad.

En este orden de propósitos, se puede ver que la conducta que se confiere al Estado, debe ser ante todo imprevisible, lo que implica que no pueda ser reconocida expresamente en una norma jurídica.

Efectivamente, la norma jurídica es un imperativo hipotético, con dos elementos interrelacionados: el antecedente y el consecuente. La vinculación, en decir de English²¹², es condicional, en la que se distinguen “un antecedente –el tipo- y un consecuente: la consecuencia jurídica”. Al “tipo” corresponde todo lo que afecta a la situación a la que se vincula el deber ser, y la “consecuencia jurídica” todo lo que determina el contenido de ese deber ser; o como manifiesta Kelsen, la norma jurídica es una imputación normativa, “la cual consiste en un enlace de dos elementos dentro del precepto, no por vínculos de causalidad, sino por disposición de la regla”²¹³.

La conexión, pues, entre esos dos elementos de la norma de derecho funciona de tal manera que, la producción de uno necesariamente lleva a la vida jurídica del otro; para que adquiriera vigencia este mecanismo es imprescindible que se especifique el antecedente y el consecuente, que sumado al principio de la seguridad jurídica que informa al derecho, vuelve previsible la actuación del sujeto imputado por la misma.

Con estas precisiones, a primera vista, no es posible reducir a una categoría jurídica una actuación imprevisible del Estado, y en concreto del prestamista de última instancia; y como no es jurídicamente factible toda participación del Estado en ese sentido no podrían ser amparada por el Estado de Derecho, garantía y limitación concretizada y fundamentada en la norma de derecho, en la Ley; a no ser que se utilice como mecanismo de implantación la potestad discrecional.

Con esta consecuencia, a continuación analizaremos los elementos que deberían tenerse en cuenta dentro de un Estado de Derecho y, por ende, respetando el principio de legalidad, para que la mencionada ponencia del Comité de Basilea pueda ser juridificada a través de una potestad discrecional.

²¹² Karl English, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op. cit., pp. 38-39

²¹³ Kelsen, citado por Giorgio Del Vecchio y Luis Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 240

a) El contenido valorativo de la potestad

El Estado de Derecho neoliberal es, como lo manifestamos, la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la Ley, Estado y Ley creados por todos los individuos de la sociedad, para proteger todos los derechos inmanentes de cada uno de ellos y de todos en conjunto, a través, principalmente, de proteger su libertad, y luego, con la intervención tuteladora de la sociedad y la economía. Esta voluntad política, huelga decirlo, debe estar apegada a la razón.

De esta precisión obtenemos un requisito que debe guardar toda potestad y su ejercicio, como limitante y justificante de la actuación del Estado: la prelación de objetivos, es decir, primero debe tender a proteger la autonomía de la voluntad del individuo, y en segundo lugar, debe amparar a la sociedad y a la economía.

Bajo este contexto, el fundamento racional del contenido valorativo está dado por la concepción neoliberal del Estado que critica la participación del Estado de bienestar o desarrollista por su ineficiencia en la asignación de recursos, y que propugna un límite a esa intervención partiendo del supuesto de que el mercado constituye el instrumento más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades, y que llevó a conferir al Estado el papel de facilitador de su adecuado funcionamiento.

Esta tesis es transmitida al campo bancario, reconociendo dos funciones que debe cumplir el Estado: la primera, la de controlar la estabilidad monetaria; y la segunda, la de controlar la estabilidad del sistema financiero. En este orden, el Estado debe participar, pero en forma atenuada, en todo aquello que perturbe el libre desenvolvimiento del mercado financiero, lo que, a su vez, conlleva conferir a los diversos participantes en el mismo, tanto nacionales como internacionales, la responsabilidad principal por su adecuada marcha.

Dentro del rol de controlar la estabilidad del sistema financiero, se busca restringir al máximo la intervención del prestamista de última instancia, al reservarse para casos excepcionales, y ser totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume.

b) La validez de la potestad

Siendo la razón del Estado de Derecho la protección de los derechos inmanentes al individuo, y si es neoliberal, con énfasis en la autonomía de la voluntad, evidentemente, se favorece el respeto del derecho fundamental de la libertad y, por ende, siguiendo el razonamiento de Hayek, al evitarse una intervención que genere discriminación, el de la igualdad.

c) Los elementos reglados imprescindibles de la potestad

c.1.- La existencia de la potestad

La tesis neoliberal estatuye que el Estado debe encargarse de las funciones de contralor sobre la estabilidad monetaria y la estabilidad financiera, limitando su intervención en todo aquello que perturbe la disciplina del mercado; postulado, que en cuanto al prestamista de última instancia, establece que su intervención debe reservarse para casos excepcionales, estrictamente en el evento de un contratiempo de liquidez, y debe ser totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume.

Evidentemente, con esta remisión, se reconoce la existencia de la potestad del Estado, a través del prestamista de última instancia, entendida ésta como la de suministrar recursos a entidades bancarias en dificultades de liquidez.

c.2.- La extensión de la potestad

Igualmente, al indicar el Comité de Basilea que, la intervención de la institución acreditante de última instancia debe reservarse para casos excepcionales, debe ser totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume, limita esta potestad a casos extremos, que implícitamente se circunscribe estrictamente a los contratiempos de liquidez.

No obstante, como es planteada, es decir, en tanto reconoce la dificultad de diferenciar entre problemas de solvencia y de liquidez, lo que permite una participación pública también en el primero de estos eventos; como por la falta de establecer su relación con el sistema financiero y su estabilidad, puede decirse que la extensión de la potestad no se encuentra adecuadamente delimitada.

c.3.- La competencia de quien ejerce la potestad

El Comité de Basilea reconoce que quien tiene la competencia para el ejercicio de la potestad es la institución pública que cumpla la función de prestamista de última instancia.

c.4.- El fin de la potestad

La tesis neoliberal propugna un límite a la intervención del Estado partiendo del supuesto de que el mercado constituye el instrumento más eficaz para la asignación de recursos, y le confiere un papel de facilitador y avalizador de su adecuado funcionamiento, a través del respeto de su disciplina; tesis que, en el campo financiero, le lleva a reconocer dos funciones públicas: el control del equilibrio monetario y el de control de la estabilidad del sistema financiero; mas, limitando su participación en todo aquello que perturbe el libre desenvolvimiento del mercado; circunscripción que se encuentra perfectamente establecida por la permisión de utilizar como mecanismos de ingerencia la supervisión, el seguro de depósitos y el prestamista de última instancia; el último de los cuales, debe reservarse para casos excepcionales, ser totalmente imprevisible, tanto por sus principios como por la forma que asume.

Entonces, el fin es público, de interés general, que consiste en salvaguardar la estabilidad del sistema bancario, pero a la vez, a un solo tiempo, protegiendo el equilibrio monetario y la disciplina del mercado.

d) La adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios generales del derecho

En este componente, se debe verificar la adecuación de la conducta del Estado y del prestamista de última instancia conferidos por la tesis neoliberal, al ordenamiento jurídico y a los principios generales del derecho, con el fin de constatar si es factible su juridicidad.

Para absolver el primer punto es necesario analizar la ponencia del Comité de Basilea en comparación con el ordenamiento jurídico propio de un Estado; no obstante, en los derechos positivos que han incorporado normas neoliberales, que son casi todos, no vemos razón para que dicho postulado se contraponga a esos ordenamientos.

En el segundo, a priori, podemos observar que la aplicación del postulado del Comité de Basilea no estaría en contra de los principios generales del derecho.

Una vez realizado este análisis, podemos ver que, por un lado, la ponencia del Comité de Basilea contiene una potestad imprecisamente determinada en su extensión que, por constituir un irrespeto al principio de legalidad, permite la actuación arbitraria del prestamista de última instancia, lo que conlleva, además, su invalidez, en el sentido de que afectaría el derecho fundamental de la igualdad de los participantes en el sistema financiero.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que, no se cumplen con las características básicas de toda potestad: especificidad y validez; y que la ponencia del Comité de Basilea, como se presenta, no podría, ni debería, juridificarse.

CAPITULO IV

EL PRESTAMISTA DE ULTIMA INSTANCIA EN EL DERECHO POSITIVO

El Estado de Derecho, como lo hemos señalado a lo largo de este trabajo, es la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la voluntad política de los individuos, concretizada a través de la Ley, que limita y justifica dicha intervención. Con esta premisa, se presume que la expedición de una Ley, entendida en su más amplio significado, que incluye a la Constitución, es fruto de esa voluntad política y, como tal, constancia de ese Estado de Derecho.

En el presente capítulo, verificaremos cuál es el papel del prestamista de última instancia en el ordenamiento jurídico, y si este ordenamiento jurídico adopta el rol que al mismo le confiere la tesis neoliberal.

4.1.- La Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado

El derecho positivo, con algunos matices, con la creación del Banco Central, le otorgó a éste la función de prestamista de última instancia que le confería la doctrina clásica.

Desde la expedición de la Ley Orgánica del Banco Central²¹⁴, se reconoció que éste debía proporcionar recursos a los bancos, para que solucionen sus problemas de emergencia de liquidez²¹⁵. La Ley Orgánica del Banco Central del Ecuador²¹⁶, con la misma óptica, incluyó expresamente en la reglamentación de esta función, su causa última, evitar “el retiro masivo de depósitos”; limitó estrictamente el empleo de los recursos por parte del banco receptor de la ayuda; y, finalmente, reconociendo el carácter emergente de dichas dificultades, permitió al instituto emisor proporcionar estos recursos sin la inmediata entrega de garantías, pero bajo estrictas condiciones, sobre todo la reconocida solvencia del banco²¹⁷. La Ley de Régimen Monetario mantuvo esta concepción, pero introdujo una condición: que dichas situaciones de emergencia “afecten directamente a la estabilidad bancaria”²¹⁸.

La Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado²¹⁹, en su turno, a pesar de que ya contenía ciertos elementos de la tesis neoliberal, como concebir al Banco Central como un “organismo

²¹⁴ Registro Oficial No. 283 de 12 de marzo de 1928

²¹⁵ Registro Oficial No. 283 de 12 de marzo de 1928, p. 2472

²¹⁶ Supremo Gobierno, Leyes Monetarias y Bancarias expedidas el 30 de diciembre de 1937

²¹⁷ Supremo Gobierno, Leyes Monetarias y Bancarias expedidas el 30 de diciembre de 1937, p. 43

²¹⁸ *Ley de Régimen Monetario*, Art. 66

²¹⁹ Suplemento del Registro Oficial No. 930 de 7 de mayo de 1992

autónomo y eminentemente técnico”²²⁰, y circunscribir su función al cumplimiento de objetivos exclusivamente monetaristas, que eran “velar por la estabilidad de la moneda nacional y por la solvencia financiera externa del país”²²¹, debido al hecho de que se expidió en un contexto en cual se encontraba vigente la Ley General de Bancos, que buscaba prevenir, inclusive operativamente, la salida de las entidades de crédito del sistema financiero como criterio para mantener su salud, en cuanto a la función de prestamista de última instancia no podía decirse que estaba a tono con ese postulado.

Dicha Ley, en efecto, era un reflejo de la doctrina que confería al prestamista de última instancia el papel de ayudar a los bancos, tanto en contratiempos de liquidez como de solvencia. Sobre la primera dificultad, tipificó dos situaciones en las cuales debía proporcionar recursos: a) El Art. 24, señalaba: “La Junta Monetaria de acuerdo con las regulaciones que dicte para el efecto y sólo en casos de falta de liquidez de los bancos privados o de los demás establecimientos de crédito del sistema financiero privado controlados por la Superintendencia de Bancos, podrá autorizar al Banco Central la concesión de créditos...”; y, b) El Art. 25, decía: “En caso de producirse retiros de depósitos que afecten la estabilidad de uno o más bancos privados la Junta Monetaria, o de ser necesario la Comisión Ejecutiva, podrán autorizar la concesión de préstamos...”.

Respecto del segundo apuro, la insolvencia, el Art. 26 estatuyó: “Cuando un banco o un establecimiento de crédito controlado por la Superintendencia de Bancos demuestre una situación económica o financiera que afecte su estabilidad, por causas señaladas en el Art. 25 de esta Ley u otras y se encuentre sometido a un programa de estabilización, según lo contempla el artículo 31 de esta Ley, el Banco Central podrá conceder créditos especiales...”; y, el referido Art. 31, manifestaba: “Cuando la Superintendencia de Bancos comprobare que un banco u otra entidad financiera sometida a su control presente índices financieros con proyecciones económicas que afecten su estabilidad, la Junta Monetaria exigirá a estas instituciones que se acojan a un programa de estabilización...”.

La Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, al establecer puntualmente los casos de intervención del prestamista de última instancia, hacía previsible tal actuación, sea por el quid de la iliquidez, bien ordinaria, bien que afecte la estabilidad del banco; sea en el de solvencia. Las

²²⁰ *Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado*, considerando tercero

²²¹ *Ib.*, Art. 2

consecuencias también se encontraban puntualizadas: la concesión de créditos en condiciones estrictamente reguladas.

Podría decirse, entonces, que, dicha Ley no se enmarcaba dentro de la llamada doctrina clásica, en tanto permitía la ayuda a las entidades insolventes; y menos aún en al ponencia del Comité de Basilea, ya que, a más de ello, como dijimos, hacía previsible la intervención del prestamista de última instancia.

4.2.- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

La inserción de las tesis neoliberales en materia bancaria se concretizó en la expedición de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero²²². El objetivo que perseguía ese cuerpo normativo era el de “preservar la absoluta igualdad de los participantes en el mercado financiero”, a fin de “conformar un sector altamente competitivo y transparente”, con miras a “desarrollar un sistema financiero con una fuerte capacidad inductiva a los procesos de apertura e integración económica”²²³.

Esta Ley, como lo señala Endara, tiende a “facilitar el funcionamiento de las instituciones financieras para coadyuvar a la libre circulación de capitales nacionales y extranjeros”, destacándose la “reducción de la intervención del Estado que se reserva para sí únicamente el papel de *contralor* del buen funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda en el mercado de las finanzas”²²⁴.

Con este espíritu, esta reglamentación influenció en la función del Banco Central, al decir que, “circunscribe el campo de acción de la autoridad monetaria, limitándolo exclusivamente a asuntos que afecten la política monetaria o que impacten en los medios de pago”²²⁵, que se concretizó en una reforma a la Ley que regulaba dicha institución como prestamista de última instancia; así, si bien se mantuvieron inalterados los artículos 24 y 25 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, antes citados, se derogó el Art. 26 de la misma²²⁶, que comportó la eliminación de la facultad del Banco Central de conceder créditos en casos de que un banco demuestre una situación

²²² Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 12 de mayo de 1994

²²³ *Filosofía y principios conceptuales de la Ley General de Instituciones Financieras*, Quito, s. f., p. 2

²²⁴ Ximena Endara, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, op. cit., pp. 149, 155

²²⁵ *Filosofía y principios conceptuales de la Ley General de Instituciones Financieras*, op. cit., p. 6

²²⁶ *Ley General de Instituciones del Sistema Financiero*, Art. 223

económica o financiera que afecte su estabilidad y se encuentre sometido a un programa de estabilización, es decir, en el evento de su insolvencia. De esta forma, por lo menos desde el punto de vista del instituto emisor, parecería que se cumplía con lo estatuido por la doctrina clásica, y en parte con la ponencia neoliberal.

Pero este acatamiento en realidad no fue tal ya que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero traspasó el de prestamista de última instancia, en caso de dificultades de solvencia, a las instituciones del sistema financiero público.

Efectivamente, la Ley bancaria permitía que el Estado, a través de las instituciones del sistema financiero público, participen en la capitalización de entidades financieras insolventes, por medio de la concesión de un préstamo subordinado o de la capitalización directa a través de la suscripción de acciones representativas de aumentos de capital²²⁷. Con este precepto, no se adoptó la doctrina clásica ni, menos aún, los postulados del Comité de Basilea.

Pero hay más: la concepción que informó desde un inicio a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, a pesar de las reformas expuestas, se hizo latente cuando, en franca contradicción con el espíritu de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que buscaba que los “déficit de instituciones insolventes sean absorbidos privadamente”²²⁸, y que se reflejaba en las características de los mecanismos de capitalización que reconocía, tanto por su carácter facultativo, como por la naturaleza privada de los instrumentos utilizados para llevarlos a cabo, y por último, por la esencia privatista de las consecuencias de su ejecución²²⁹; y sobre todo, en aviesa oposición a la nueva naturaleza del Banco Central, demostrada porque la propia Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado excluía al instituto emisor de las instituciones financieras públicas²³⁰, que tenía como consecuencia el hecho de que, “resultaba prohibido por la Ley que el Banco Central pueda recibir, en propiedad, las acciones correspondientes al valor del préstamo subordinado”²³¹, llevó a esta Institución, considerando que “es deber legal de la Junta Monetaria, como órgano de rango constitucional que a través de normas de carácter general establece la política monetaria del país, y

²²⁷ *Ib.*, Art. 147

²²⁸ *Análisis jurídico-económico del articulado del anteproyecto de Ley General de Instituciones del Sistema Financiero*, s.f., pp. 3-4

²²⁹ Carlos Cisneros Pazmiño, *La liquidación forzosa de las instituciones financieras privadas en el Ecuador*, Quito, Pontificia Universidad Católica, 1997, p. 71

²³⁰ *Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado*, Art. 30

²³¹ Gonzalo Noboa Elizalde, “El préstamo subordinado”, en *El Telégrafo* de 23 de marzo de 1996, p. 6. Ver, además, el literal d) del Art. 97 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.

del Banco Central, como ejecutor de tal política, velar por la estabilidad del sistema financiero en su conjunto y del funcionamiento apropiado del sistema de pagos con la finalidad de proteger el interés del público depositante y el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva”, a que dictara una resolución “en caso de ser el Banco Central la entidad que otorgue el préstamo subordinado”²³².

Sobre la base de esta resolución, y haciendo tabla raza de la doctrina clásica como de la tesis neoliberal, el instituto emisor ayudó, por medio de este mecanismo, a un banco importante.

4.3.- La Constitución Política

La Constitución Política expedida en agosto de 1998 preponderantemente reconoce principios neoliberales, que son establecidos en dos formas de jerarquía jurídica: los llamados “principios generales” del sistema económico, y los propios del Banco Central.

Con respecto a los principios, podemos decir que son los que se pueden deducir de los siguientes preceptos: En primer lugar, “la organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción”²³³; en segundo lugar, se señala como “objetivos permanentes de la economía”, dentro de cinco posibles, a los tres siguientes: “la conservación de los equilibrios macroeconómicos, y un crecimiento suficiente y sostenido”; “el incremento y la diversificación de la producción orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno”; y, “la participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional”²³⁴; y, en tercer lugar, se establece que, “dentro del sistema de economía social de mercado”, al Estado le corresponderá, entre otras cosas: “garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generan confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones”; “promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”; “proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la

²³² Junta Monetaria, resolución No. 972-96 de 19 de marzo de 1996

²³³ *Constitución Política*, Art. 242

²³⁴ *Ib.*, Art. 243, numerales 2, 3 y 5

publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad”; “mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país”; e, “incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten”²³⁵.

Como se puede ver, esta Carta Fundamental, en definitiva, establece un marco de actuación del Estado básicamente determinado porque a éste se le confiere el papel de *organizar* una economía *eficiente*, en la que se debe brindar servicios y productos de calidad, y que respete ante todo la *igualdad* de los derechos de los individuos para intervenir en la misma; a efecto de lo cual, por un lado, se señala como sus objetivos, la conservación de los equilibrios macroeconómicos, y la participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional; y por otro, se le confiere especiales funciones, verdaderas potestades, con relación a esos fines, que son, en primer lugar, la de mantener una política fiscal disciplinada, que implica la de cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago; y, en segundo lugar, la de garantizar el desarrollo de las actividades económicas, a través de promover mercados competitivos, bajo la libre competencia, dentro de un marco en el cual, las actividades empresariales pública y privada, nacional y extranjera, reciban el mismo tratamiento legal.

En este contexto normativo, las tesis neoliberales tienen plena cabida. Como lo puntualizamos antes, el rol que se le confiere al Estado es el de promover una economía más eficiente, dejando como responsable de la misma, así como de la generación de recursos financieros, al mercado, nacional e internacional, y reservándose para sí el papel de contralor de su adecuado funcionamiento, para lo cual se abstiene de intervenir en él para distorsionarlo. El Estado se convierte, pues, en un facilitador del movimiento del capital financiero internacional, implícita principal fuente de recursos, a través de brindarle las condiciones jurídicas idóneas para su libre desplazamiento en el territorio nacional.

Dentro de ese rol primordial, al Estado, es decir al Banco Central, organismo *autónomo*, se le confiere un objetivo, más bien fin, único, “velar por la estabilidad de la moneda”²³⁶; y dentro de esta finalidad, a la función de prestamista de última instancia, siguiendo la doctrina clásica y al espíritu

²³⁵ *Constitución Política*, Art. 244, numerales 1, 3, 8, 9 y 10

²³⁶ *Constitución Política*, Art. 261

del postulado del Comité de Basilea, se la circunscribe estrictamente, por principio, a “situaciones temporales de iliquidez”.

El inciso segundo del Art. 265 de la Constitución Política, estatuye que el Banco Central, “no podrá otorgar garantías ni créditos a instituciones del sistema financiero privado, salvo los de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables para superar situaciones temporales de iliquidez”.

Con todo, la disposición transitoria cuadragésima segunda de la Carta Suprema, dispone:

Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no menor de dos años contados a partir de la vigencia de esta Constitución, el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación.

Este precepto no era gratuito, como lo señaló un funcionario del Banco Central²³⁷, ya que comportaba el reconocimiento de que “se venía venir un problema y era necesario contar con instrumentos legales para resolverlo”, y que no era otro que la explosión de la crisis financiera.

Se genera, entonces, una situación jurídica transitoria en la cual, el Banco Central, como prestamista de última instancia, retomaba expresamente, ahora desde el punto de vista constitucional, sus facultades para ayudar a bancos insolventes.

Conviene advertir que, se encontraba todavía vigente, con todas sus consecuencias, el Art. 147 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

En consecuencia, y a pesar del contenido neoliberal de la Carta Política, en este último caso, no se acataron las recomendaciones del Comité de Basilea, tanto por hacer previsible la intervención del prestamista de última instancia, como por el permitir que el Estado cumpla esta función en el evento de la dificultad de solvencia de un banco. Por esta última razón, tampoco se respetaron los postulados de la doctrina clásica.

4.4.- La ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera

²³⁷ Iván Ayala, “La crisis bancaria es un lío de Estado”, en Líderes, sección informe, de 19 de abril de 1999, p. 9

La expedición de la Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera²³⁸, se la realiza en los albores de la explosión de la crisis del sistema bancario que venía sufriendo el país y que ya había precavido la norma constitucional.

En efecto, el sistema bancario sufría una crisis de liquidez y confianza, que redundó en una crisis de solvencia, producto de varias causas, unas ajenas y otras propias del sector financiero.

Las primeras determinantes de la crisis fueron extrañas al sistema financiero e incidieron en los problemas de pagos del sector productivo a la banca.

La cartera vencida de los bancos se vio incrementada por el alto interés en operaciones activas generado por la aplicación del programa económico aplicado desde 1992 que aumentó el diferencial entre las tasas de interés domésticas descontando el riesgo cambiario, lo que estimuló la entrada de capitales que provocó un *boom crediticio*²³⁹; las tasas activas crecieron tanto que muy pronto se convirtieron en la carga más pesada para los sectores económicos productivos, acentuando los problemas del sector, ya negativamente influenciados por el fenómeno del Niño, que llevarían, finalmente, a la mora en los pagos y a la iliquidez del sistema financiero²⁴⁰.

A este contratiempo crediticio hay que sumar las dificultades en la balanza de pagos, principalmente generadas por el descenso del precio del petróleo y la fuga de capitales que

A esto se sumaba la deficiencia del Estado en cuanto al desconocimiento de la real situación de las instituciones de crédito; como luego nos enteraremos a través de los informes de los auditores internacionales contratados al efecto²⁴¹, varios bancos, entre ellos algunos importantes, empezaban a sufrir dificultades de solvencia. La caída del sistema era inminente.

²³⁸ Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 1 de diciembre de 1998

²³⁹ Jorge Gallardo, "La crisis del sistema financiero", ESPOL PROPUESTAS, Revista de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (Guayaquil), 4 (abril 1999): 8

²⁴⁰ Carlos Cortez Castro, "La crisis financiera del país, sus causas y sus efectos en la economía ecuatoriana, ESPOL PROPUESTAS, Revista de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (Guayaquil), 4 (abril 1999):

11

²⁴¹ Agencia de Garantía de Depósitos y Superintendencia de Bancos, "Informe de auditorías bancarias", publicado en El Comercio de 22 de noviembre de 1999.

Las autoridades monetarias terminaron reconociendo la insuficiencia del papel de prestamista de última instancia asignado al Banco Central por el ordenamiento jurídico²⁴².

La Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera, en este contexto, iba dirigida a atender los requerimientos del Estado para intervenir en la crisis financiera. Así, expresando en uno de sus considerandos, “que es necesario dotar a las autoridades del sistema financiero de herramientas idóneas que aseguren que los recursos de los depositantes sean administrados y canalizados al sector productivo con la mayor eficiencia”²⁴³, en primer lugar, contempló un mecanismo de refinanciamiento de deudas de personas naturales y jurídicas con las instituciones financieras, destinadas a financiar exclusivamente actividades productivas y de servicios; en segundo lugar, se creó la Agencia de Garantía de Depósitos, entidad autónoma de derecho público, que tenía dos finalidades: la primera, administrar la garantía de depósitos, que consistía en que, para el caso de las entidades financieras sometidas al proceso de saneamiento, “el Estado ecuatoriano garantiza el pago de la totalidad de los saldos de depósitos y otras captaciones, vigentes y por contratarse, con los correspondientes intereses calculados hasta el día anterior al

²⁴² El Presidente del Directorio del Banco Central, Luis Jácome, en carta dirigida al Presidente del Congreso Nacional, el 20 de noviembre de 1998, y recogida por el semanario Líderes de 22 de marzo de 1999, p. 8, puntualizaba el “vacío que adolece la legislación vigente, que no contempla instrumentos idóneos para el manejo adecuado y no traumático de eventuales crisis financieras”, y continuaba: “La función de prestamista de última instancia que la Constitución da al BC es ejercida cuando existe un entorno macroeconómico normal en que los problemas de iliquidez de las instituciones del sistema son temporales y la situación de insolvencia de esas instituciones puede ser tratada aisladamente, sin comprometer al resto del sistema, sea por la vía de la liquidación o del salvataje con recursos del Estado, conforme se juzgue más conveniente en función de potenciales efectos sociales y macroeconómicos”; y sigue: “Este no es el caso que se vive hoy en día. Como resultado de la recesión que aqueja a la economía, que ha mermado la capacidad de pago de los deudores de las instituciones financieras, El Niño y la crisis financiera internacional, el sistema financiero ecuatoriano se ha visto sensiblemente afectado. Se añade la liquidación en este año (1998) de dos bancos que, a más del grave perjuicio que ha ocasionado a miles de depositantes ha generado ambiente de desconfianza, que ha provocado un proceso de desmonetización de la economía. La tasa de crecimiento de los agregados monetarios se ha ubicado en niveles bajos... En este entorno, han acudido por préstamos de liquidez al BC 9 instituciones bancarias, que suman el 22% de los activos del sistema. Y se hallan sometidas a programas de estabilización, cuatro instituciones que representan el 18 por ciento de los activos del sistema. Atento el hecho de que los créditos que otorga el BC son a plazos cortos y sus montos están sujetos a limitaciones de orden legal y monetario, de persistir el fenómeno de retiro de depósitos que algunas instituciones están experimentando, es probable que una o varias instituciones de éstas incurran en cesación del pago de sus obligaciones. La única alternativa que quedaría en tal evento es la liquidación de una o varias instituciones, con el grave riesgo de que, en la situación que actualmente vive el Ecuador, la liquidación de una institución financiera grande puede generar un perjuicio a un gran número de depositantes; suspensión del normal flujo de pagos en el sistema entorpeciendo las transacciones del sector productivo; liquidación de otras instituciones financieras; inestabilidad generalizada en el sistema financiero y deterioro marcado de su imagen nacional e internacional y graves alteraciones especulativas en los mercados. En suma, puede generar crisis bancaria y económica generalizada”.

²⁴³ *Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera*, considerando cuarto

inicio del Procedimiento de Saneamiento”²⁴⁴; y la segunda, “analizar la información con que cuenten la Superintendencia de Bancos y el Banco Central del Ecuador respecto a la situación financiera individual y en conjunto de las IFIs (instituciones financieras), a fin de determinar las políticas y acciones preventivas o correctivas que deban observarse”²⁴⁵, incluyendo dificultades de solvencia.

Estas acciones preventivas a la liquidación forzosa de un banco eran dos: los “Programas de Reestructuración para su Fortalecimiento” y el “Procedimiento de Saneamiento”; en ésta última, la Agencia de Garantía de Depósitos se hace cargo de la entidad financiera a fin de solucionar el problema que sufre, que en caso de insolvencia, entre otros, le permite utilizar los siguientes mecanismos: capitalización por accionistas o nuevos inversionistas, venta de entidad, o de sus activos o pasivos, a otras entidades financieras, nacionales o internacionales, y pago en efectivo de los depositantes y acreencias garantizadas²⁴⁶.

La Ley, sobre todo con el seguro de depósitos, quiso amainar la tormenta a través de restablecer la alicaída confianza del público en el sistema financiero; pero, si bien ciertas medidas parecían neoliberales, en realidad comportó una afrenta a esas tesis porque el Estado asumió la responsabilidad absoluta en la crisis.

En cuanto al Banco Central, se le quitó la obligación y facultad legal de otorgar créditos para impulsar procesos de estabilización o para evitar problemas de insolvencia en la banca, limitándole en sus funciones a facilitar préstamos para atender problemas temporales de iliquidez; lo que, en palabras de Luis Jácome, Presidente del Directorio del Banco Central, quería decir que, “la entrega de recursos al sector financiero dejó de ser un problema del Central y se transformó en un problema del Estado”²⁴⁷.

No obstante esta apreciación, se señaló que el Banco Central puede cumplir la función de prestamista de última instancia en los casos en los cuales una entidad financiera se encuentre en procedimiento de saneamiento, inclusive por contratiempos de solvencia.

²⁴⁴ Ib., Art. 21

²⁴⁵ Ib., Art. 22. Mediante el Art. 13 de la Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, se eliminó la frase: “a fin de determinar las políticas y acciones preventivas o correctivas que deban observarse”.

²⁴⁶ *Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera*, Art. 24, literal e), ítem vi)

En efecto, el inciso final del literal d) del Art. 24 de la Ley, señala:

Mientras la IFI (entidad financiera) se encuentre en procedimiento de saneamiento, no estará sujeta al cumplimiento de los requisitos de patrimonio técnico ni de capital mínimo. Para honrar la garantía de depósitos, la IFI en saneamiento, independiente de su situación patrimonial, podrá acceder a las mesas de dinero y de cambios del Banco Central del Ecuador, así como a los créditos de liquidez que éste debe otorgar, a solicitud de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), de acuerdo con la regulación que para el efecto emita el Directorio del Banco Central del Ecuador, la que fijará plazos y condiciones de tales operaciones.

Aunque parezca paradójico, con la Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera, se encubrió con una cortina de humo la división de la función de prestamista de última instancia en dos partes: la primera, la propia, con la asistencia en casos de problemas de liquidez ordinarios, a cargo del Banco Central; y la segunda, con la provisión de recursos, que son originarios del instituto emisor, para salvar la insolvencia de un banco, previamente puesto en manos del Estado, en poder de la Agencia de Garantía de Depósitos. De esta forma, en fin, no se cumplió ni con la doctrina clásica y menos aún con la tesis neoliberal.

Hay que añadir algo más: a pesar de la expedición de este cuerpo normativo, seguía vigente el Art. 147 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y ciertos bancos privados en manos del Estado, haciendo uso de los préstamos subordinados que regulaba dicha disposición, cual prestamistas de última instancia, ayudaron a capitalizar ciertas entidades crediticias en dificultades de solvencia, y a la larga terminaron como sus accionistas. El Estado, salvo un caso excepcional, no permitió que se cerraran ninguna de las instituciones grandes del sistema financiero en problemas, y con esta actitud terminó de contradecir la doctrina clásica y la ponencia del Comité de Basilea.

4.5.- La Ley para la transformación económica del Ecuador

Ante la grave crisis económica del país producto del descalabro del sistema financiero, y sus consecuencias políticas, y sobre todo, como un intento de que el Gobierno de turno se mantenga en el poder, a inicios de enero del 2000, el Presidente anunció como nuevo esquema monetario la dolarización²⁴⁸.

²⁴⁷ Hoy, 9 de abril de 1999, p. 5A

²⁴⁸ Líderes, 29 de marzo de 1999, p. 7

Con el cambio de mando de finales del mismo mes, el Presidente subrogante hace suyo dicho anuncio político y presenta, el 14 de febrero, ante el Congreso Nacional, con el carácter de “urgente en materia económica”, el proyecto de Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador²⁴⁹, que fue expedida por el Parlamento quince días después²⁵⁰, y que plasmaba en el orden jurídico la dolarización.

A continuación, desarrollaremos un estudio introductorio sobre la misma, para luego adentrarnos en el análisis del texto de la Ley.

4.5.1.- La dolarización

Marco Naranjo Chiriboga²⁵¹ señala que la dolarización, también conocida por dolarización por el lado de la oferta u oficial, en contraposición a la dolarización informal, es un caso particular de sustitución completa, por decisión del Gobierno, de la moneda local, como reserva de valor, unidad de cuenta y como medio de pago y de cambio, por el dólar estadounidense.

Este sistema monetario, en último término, se caracteriza porque la determinación de la cantidad de dinero en la economía es el resultado de la balanza de pagos, esto es, de los flujos de entradas y salidas de dólares de la economía con el resto del mundo, de tal forma que, “un superávit comercial o en la cuenta de capitales incrementará la oferta monetaria y la disponibilidad de crédito, reduciendo las tasas de interés; mientras que una salida de capitales o un mayor déficit comercial tendría un impacto negativo sobre el dinero y el crédito, porque habría menos dólares en la economía, incrementándose el costo del dinero”²⁵². El equilibrio monetario, entonces, está determinado por la estabilidad de los flujos de divisas de la balanza de pagos.

En este sentido, Arteta²⁵³ manifiesta que, “la oferta de dinero (dólares) sería endógena, es decir, la determinaría el mercado”, lo que implica que, “para obtener más dinero [...] el país tendría que obtener superávit en la balanza de pagos: sea por un exceso de exportaciones sobre importaciones, o por un influjo continuo de inversión extranjera”. De esta forma, el Estado, y en concreto el Banco

²⁴⁹ Proyecto No. 21-421, Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador

²⁵⁰ Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000

²⁵¹ Marco Naranjo Chiriboga, “Hacia la dolarización oficial en el Ecuador: su aplicación en un contexto de crisis”, documento de trabajo interno, Quito, Banco Central del Ecuador, 1999, p. 2

²⁵² Paúl Castillo, “¿La dolarización total de la economía?”, *Revista Moneda*, 114 (1999): 61

²⁵³ Gustavo Arteta, “Un abc de la dolarización”, *Carta Económica* (Quito), (mayo 1999): 4

Central, no puede afectar discrecionalmente y con miras a una política económica la oferta de dinero; la política monetaria doméstica desaparece²⁵⁴.

La dependencia de la estabilidad monetaria del exterior es el sustrato de esta característica y lo es en tanto, la dolarización presupone niveles elevados y sostenidos de reservas internacionales. Un país, al no poder completar la oferta monetaria requerida por la economía con moneda doméstica, pierde su capacidad para esterilizar o amortiguar la contracción de la oferta monetaria cuando se produce un flujo de reservas hacia el exterior²⁵⁵. El equilibrio monetario, entonces, está en función de las reservas internacionales, de los dólares que ingresan del exterior.

Las requeridas reservas internacionales provienen de las exportaciones y del ingreso de recursos financieros del exterior.

En lo atinente a las exportaciones, para su adecuado proveimiento se requiere de dos condiciones: la primera, en palabras de Jiménez²⁵⁶, un contexto mundial de relativa estabilidad y una sincronización de los ciclos económicos de los países que tienen relaciones comerciales con el país dolarizado. Soberón²⁵⁷ puntualiza la importancia de este requisito citando la crisis de comercio exterior Argentina, ya bajo el esquema de la convertibilidad, producida cuando Brasil devaluó el dólar, y resaltando la imposibilidad del país del río de La Plata de poder hacer algo frente a dicho accionar.

La segunda condición, es una adecuada actitud del país y su economía frente a este nuevo esquema monetario y que se traduce en ampliar, diversificar y volver realmente competitivos –ya no sobre la base de las devaluaciones- a los productos exportables.

Los recursos financieros del exterior, segundo tipo de flujos de capital que componen el acervo monetario en la dolarización, a su vez, al desenvolverse en absoluta libertad, presupuesto ineludible de este sistema monetario, que implica que son libres de entrar y salir del país sin restricciones, casi

²⁵⁴ Francisco Soberón Valdés, “¿Dolarización o unión monetaria?”, *Revista Banco Central de Cuba*, (La Habana), 1 (enero-marzo 1999): 10; ver, además, Paúl Castillo, “¿La dolarización total de la economía?”, op. cit., p. 62; y Jeffrey A. Frankel, citado por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, en *Revista Moneda*, 118, (septiembre 1999): 37

²⁵⁵ Jeffrey A. Frankel, citado por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, op. cit., p. 37

²⁵⁶ Félix Jiménez, “La propuesta de dolarización ¿un paso atrás?”, *Revista Moneda*, 114 (1999): 67

²⁵⁷ Francisco Soberón Valdés, “¿Dolarización o unión monetaria?”, op. cit., p. 11

sin intervención estatal²⁵⁸, necesita de una economía que en su conjunto se muestre atractiva a su ingreso, en que el riesgo país sea mínimo²⁵⁹.

En este contexto, los bancos se convierten en los custodios del dinero²⁶⁰, custodios y canales de inserción de los capitales del exterior en la economía. Frente a esta responsabilidad, además de las condiciones macroeconómicas, se necesita un sistema financiero sólido, solvente, líquido y eficiente, que genere confianza y esté perfectamente integrado al sistema financiero internacional²⁶¹.

4.5.1.1.- El prestamista de última instancia

La existencia o no del prestamista de última instancia en la dolarización ha generado una importante discusión. Se ha señalado, por una parte, que en este sistema monetario no puede haber, por su misma naturaleza, el prestamista de última instancia. El argumento que se esgrime, como lo recoge Chang²⁶², consiste en que dicha función ha sido desempeñada por el Banco Central debido a que éste “puede crear crédito rápidamente y a un costo ínfimo, simplemente mediante la emisión de moneda doméstica”; en cambio, en la dolarización, como en cualquier esquema de tipo de cambio fijo, la “capacidad de imprimir dinero desaparece por definición”, y así, el instituto emisor ya no puede hacerse cargo de esa responsabilidad. Es decir, se parte de la premisa de que el prestamista de última instancia puede cumplir ese rol, siempre y cuando tenga la capacidad de emitir moneda, o en palabras de Gruben y Welch²⁶³, de crear dólares.

Recalquemos: El Banco Central era el regulador de la oferta monetaria; para honrar su función de prestamista de última instancia, podía actuar directa e inmediatamente, por medio de la emisión de dinero, ante una crisis de provisión de efectivo de los bancos. En tanto instituto emisor, tenía a la mano la solución para estos contratiempos.

El papel de prestamista de última instancia que desempeñaba, por dicha razón, estaba vinculado inexorablemente al control de la estabilidad monetaria, su fin último; o para mejor decir, éste

²⁵⁸ “En qué consiste la convertibilidad”, *Revista Gestión* (Quito), (julio 1999): 15

²⁵⁹ Jeffrey A. Frankel y Guillermo Ortiz, citados por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, op. cit., p. 39

²⁶⁰ Gustavo Arteta, “Un abc de la dolarización”, op. cit., p. 4

²⁶¹ Paúl Castillo, “¿La dolarización total de la economía?”, op. cit., p. 63

²⁶² Roberto Chang, “El lado oscuro de la dolarización”, *Revista Moneda*, 116, (agosto 1999): 45

²⁶³ William C. Gruben y John H. Welch, “Riesgos de insolvencia, de dolarización y de sustitución de divisas: un ejercicio cuantitativo aplicado a México”, *Boletín del CEMLA* (México), (septiembre-octubre 1996): 246

compromiso, por su supremo carácter, influenció a aquél, de tal modo que no se podía concebir ni ejecutar el uno sin el otro.

Es por esto que, los defensores de estas tesis creen que, al dejar el Banco Central, con la dolarización, de tener una responsabilidad primigenia sobre la estabilidad monetaria, tiene que olvidarse de la función de prestamista de última instancia; y les ha llevado a sugerir, in extremis, que en este esquema monetario, se debe propender a un sistema financiero que “no necesite de la creación de liquidez”²⁶⁴.

Frente a esta tendencia, la corriente que critica el tipo de cambio fijo, sea convertibilidad o dolarización, entre otras cosas, observa la ausencia del prestamista de última instancia, arguyendo que, con esos esquemas monetarios, el sistema financiero es más vulnerable a una crisis de liquidez. Jiménez²⁶⁵, por ejemplo, señala que esta falencia implica que las corridas bancarias no puedan ser detenidas para evitar una crisis generalizada, lo que a su vez provoca una salida de capitales, y así el colapso del sistema financiero y del sistema monetario.

Si a nosotros se nos preguntara nuestra opinión sobre esta controversia, manifestaríamos con toda seguridad que, aún en la dolarización es necesaria la existencia del prestamista de última instancia. Las razones que motivan nuestro parecer las expondremos a continuación.

Al analizar el asunto hay que tener presentes, por un lado, la propia naturaleza de la actividad bancaria, caracterizada por la iliquidez intrínseca de los activos de un banco, que le lleva a no poder atender en forma inmediata los requerimientos de todos los depositantes a un tiempo; y por otro, las particularidades del sistema financiero dentro de la dolarización, que a su vez, son dos: la primera, el marco en el que se desenvuelve dicho esquema monetario, esto es, la libre circulación de dólares a través de las fronteras, matizada por el vaivén del mercado internacional, que hace perfectamente posible y factible el acaecimiento de una crisis de liquidez por la fuga de capitales; y la segunda, la importancia que para la dolarización tiene el funcionamiento adecuado de los bancos, en tanto son el instrumento que la concretiza, al ser los custodios y canales de inserción de los recursos del exterior en la economía, y que nos hace requerir un sistema financiero sólido, solvente, líquido, eficiente, que genere confianza e integrado al sistema financiero internacional.

²⁶⁴ Allan Greenspan, citado en “En qué consiste la convertibilidad”, *Revista Gestión* (Quito), (julio 1999): 14

²⁶⁵ Félix Jiménez, “La propuesta de dolarización ¿un paso atrás?”, op. cit., p. 67

Las particularidades descritas pueden sintetizarse en la constatación de la disparidad, si bien no disyunción o contraposición, entre los requerimientos de liquidez propios de la actividad bancaria, y las necesidades de la estabilidad monetaria, atendidas por medio del control de la oferta de dinero.

Las exigencias de liquidez peculiares de la actividad bancaria²⁶⁶, presuponen la existencia del peligro que ocurra una crisis de liquidez, sin importar el esquema monetario en el que se desenvuelva. Por el contrario, el control de la oferta monetaria, dentro de un sistema de política monetaria, ha servido como instrumento primordialmente para alcanzar la tan mentada estabilidad, en algunos casos para suplir una recesión económica, y en otros, para salvar a los bancos.

Con la dolarización lo que únicamente se consigue es quitar al Estado el manejo de la oferta monetaria, logrando la estabilidad al utilizar como dinero una moneda fuerte que se entiende, no va estar sujeta al vaivén político; y se elimina su utilización para conseguir objetivos extramonetarios, como el paliativo a los problemas de la economía. Pero, en ningún momento siquiera se ha pensado, ni atender los problemas de liquidez de las instituciones financieras, ni que esas dificultades, por el sólo hecho de aplicar el nuevo esquema, sean superadas. Para mejor decir, la dolarización deja intocado la solución de estos contratiempos.

Valga, por último, recordar que, las tesis neoliberales siempre aceptaron la necesidad del prestamista de última instancia, y se limitaron a normar su funcionamiento de tal manera que no afecte ni a la estabilidad monetaria, ni a la disciplina del mercado. Con la dolarización, que facilita la puesta en práctica de estos postulados, no vemos motivo alguno para cambiar ese parecer.

Si a todo esto sumamos la necesidad de seguir manteniendo esa participación pública, expuesta párrafos atrás, vemos la reafirmación de la necesidad de la existencia del prestamista de última instancia. Lo que nos queda por dilucidar no es otra cosa que la forma cómo se instrumentalizará éste requerimiento.

Parte de la doctrina se ha volcado a la búsqueda de una respuesta a esta inquietud. Las posiciones que se presentan son dos:

1.- Chang²⁶⁷ considera que una alternativa es que se encargue de esta función el país emisor de moneda, los Estados Unidos de América, por medio de la Reserva Federal; Frankel²⁶⁸, recogiendo la

²⁶⁶ Ver infra 2.2.2

²⁶⁷ Roberto Chang, "El lado oscuro de la dolarización", op. cit., p. 46

propuesta argentina sobre la dolarización, reconoce como un posible mecanismo el acceso de los bancos argentinos a la ventanilla de redescuento de la Reserva Federal; y,

2.- Los defensores del carácter público y nacional de dicho rol, como Kiguel²⁶⁹, Gruben y Welch²⁷⁰, sugieren que el Estado asuma esa responsabilidad a través del Banco Central, de acuerdo a sus reservas excedentes, es decir sólo si tiene dólares.

En este último caso, ciertos autores sugieren, en lugar del instituto emisor, la creación de un “fondo de estabilización” cuyo financiamiento, según Calvo y Reinhart²⁷¹, puede provenir de un sistema de señoraje compartido entre el país dolarizado y el país emisor, o en términos de Ortiz²⁷², con líneas de crédito del exterior, de los organismos financieros multilaterales.

Si bien la discusión no ha concluido, lo que sí está resuelto es que, el prestamista de última instancia, sea quien fuere, pasaría a ser un canalizador de los recursos financieros para atender problemas de liquidez, dejando de ser un creador de los mismos.

En nuestra opinión, la discrepancia se centra en la fuente de los recursos que sirven para hacer frente a la responsabilidad de prestamista de última instancia, y su solución se encuentra en el análisis de la juridicidad de estas propuestas.

Como señalamos antes, se presentan dos ponencias: la primera, representada por la propuesta Argentina de dolarización, considera que el país emisor de la moneda debe hacerse cargo del papel de prestamista de última instancia; la segunda, la tradicional, en cambio, postula que el Estado en cuya economía se lleva a cabo la dolarización, a través de una institución pública, sea el Banco Central, un fondo de contingencias u otro, es el que debe cumplir dicho cometido, de acuerdo con la disponibilidad de reservas que mantenga en arcas y, ulteriormente, de préstamos de organismos financieros privados extranjeros u organismos financieros multilaterales.

²⁶⁸ Jeffrey A. Frankel, citado por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, op. cit., p. 37

²⁶⁹ Miguel Kiguel, citado por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, op. cit., p. 41

²⁷⁰ William C. Gruben y John H. Welch, “Riesgos de insolvencia, de dolarización y de sustitución de divisas: un ejercicio cuantitativo aplicado a México”, *Boletín del CEMLA* (México), (septiembre-octubre 1996): 246

²⁷¹ Guillermo A. Calvo y Carmen M. Reinhart, “Inversión de las corrientes de capital, tipo de cambio y dolarización”, *Revista de Finanzas y Desarrollo*, (septiembre 1999): 15

²⁷² Guillermo Ortiz, citado por Carlos Pereyra, “Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?”, op. cit., p. 37

La primera tesis no es jurídicamente viable en tanto el ordenamiento jurídico, y como tal el Estado dolarizado, no puede coaccionar la actuación del Estado emisor; esta particularidad lleva a que, la imputación normativa que recoja la potestad de prestamista de última instancia sea incompleta porque falta el sujeto imputable; es decir, se produciría el antecedente normativo que permita el ejercicio de dicha facultad, pero no su consecuente, el que no adquiriría vida jurídica, y esto porque el accionar del Estado emisor dependería de su voluntad, en lugar de la imposición preceptiva del Estado dolarizado.

No obstante, puede adquirir un cierto tinte de juridicidad cuando la asunción de esa responsabilidad es producto de convenios bilaterales. Con todo, esta función, por la naturaleza de derecho público internacional de los pactantes y sus relaciones, y por la esencia privada de los últimos beneficiarios: bancos del Estado dolarizado y su economía, por un lado, se limitaría a la provisión de recursos no directamente a las instituciones financieras en problemas, sino al Estado que las regenta, el cual respondería por los mismos; y por otro, y como corolario de lo anterior, este Estado se encargaría de calificar los casos, decidir y proveer los recursos, constituyéndose éstas en sus deudoras. En este último evento, entonces, quien actúa como proveedor de liquidez es el Estado dolarizado, con recursos ajenos a él. Nos encontramos, pues, frente a la segunda y única alternativa posible de la existencia de un prestamista de última instancia en la dolarización: el Estado dolarizado.

En este orden de ideas, las observaciones para la juridificación del papel de prestamista de última instancia según el Comité de Basilea, y recogidas con antelación en esta obra, se aplican en el caso de la dolarización, al tener el prestamista de última instancia que desenvolverse también dentro de un contexto neoliberal. Sin embargo, se diferencia de aquellas conclusiones en las consecuencias de su contenido valorativo.

En efecto, existe una nueva condición económica fundamental para que en la dolarización el Estado, a través de cualquier institución, pueda desempeñar la función de prestamista de última instancia, y es que disponga de reservas en dólares para el efecto, las que vienen a constituir, además, el límite de su intervención.

4.5.1.2.- Los antecedentes inmediatos de su implantación

La dolarización se produce dentro de un ambiente de liberalización financiera, y como una crítica al manejo de los tipos de cambio flexibles, en una economía con inflación y devaluación permanentes

que sufría el país fruto del salvataje bancario, y que no pudieron ser controladas por el Banco Central.

Al respecto, Pozo²⁷³ señala que, según la teoría económica, ante un shock, la flexibilización del tipo de cambio permite que se reduzcan las tasas de interés y que se restablezca la actividad económica sin mayor impacto en la inflación. Esta teoría se confirmó con las experiencias de Inglaterra, España e Italia en 1992, pero no en las de México, Brasil y Ecuador, en donde, las tasas de interés después de la devaluación o flotación se han situado en niveles más altos a los existentes antes del ajuste, la inflación se ha incrementado y ha existido una fuerte contracción en la actividad económica. En América Latina, los tipos de cambio fijos están asociados a tasas de interés reales significativamente menores a las vigentes con tipos de cambio flexibles.

Adicionalmente, sobre la base del estudio de Hausmann, Gavin Pages-Serra y Stein, el mismo autor manifiesta que, los esquemas de cambio flexibles tienden a tener sistemas financieros con menor nivel de profundización financiera, en contraposición con sistemas de cambio fijo; esto, porque, si el tipo de cambio sube, el valor del ahorro financiero en términos reales, se reduce.

Estos argumentos le llevan a concluir que, “la prescripción de la política económica de que mediante la flotación se puede amortiguar un shock externo, disminuyendo las tasas de interés, estimulando la actividad económica y minimizando el impacto de la inflación, no se ha comprobado en la experiencia reciente de Latinoamérica”.

A esto hay que sumar el hecho de que, con la liberalización financiera se produjo una elevada dolarización informal en las economías, entendida ésta como una alta proporción de los depósitos en el sistema financiero nacional denominados en moneda extranjera en el total de la oferta monetaria ampliada, y que dependía, según Orellana y Mollinedo²⁷⁴, del “diferencial de rendimiento real” entre la moneda local y el dólar, y, sobre todo, “de las consideraciones de riesgo y del grado de aversión al riesgo”.

Este fenómeno, por obvias razones, se acentúa en casos de crisis y la profundiza. En una crisis en una economía altamente dolarizada, los inversionistas se posicionan en dólares, lo que conduce a

²⁷³ Fernando Pozo, “El debate cambiario: teoría versus realidad”, *Revista Gestión* (Quito), (julio 1999): 20

²⁷⁴ Walter Orellana y Carlos Mollinedo, “Percepción de riesgo, dolarización y política monetaria en Bolivia”, *Revista Monetaria* (julio-septiembre 1999): 289

presiones devaluatorias y a pérdidas de las reservas internacionales, que afectan fundamentalmente a la banca, de hecho ya en problemas por la dificultad que tienen para poder solventar los depósitos en dólares con los réditos en las colocaciones en moneda nacional, ya que puede dar lugar a una crisis generalizada de deuda y por tanto al colapso del sistema financiero²⁷⁵.

Calvo y Reinhart²⁷⁶ estiman que una devaluación afecta al sector financiero ya que la recuperación de los activos puede demorar el doble que en otros sectores, produciéndose diferencias en su recuperación.

Los efectos de la alta dolarización informal, acompañados de la pérdida constante del valor internacional de la moneda nacional, por tanto, incrementan el nivel de exposición del sistema bancario privado a los riesgos de tipo de cambio y crediticios²⁷⁷.

Frente a esta dificultad, la autoridad monetaria dispone de un solo mecanismo para mantener la estabilidad: las operaciones de mercado abierto, que de entrada constituye una limitación ya que, al efectuarse sobre la moneda local y utilizar a la emisión como variable de control, con el fin de aislar la dolarización, excluye la influencia de flujos en moneda extranjera²⁷⁸. En Ecuador se sintió particularmente esta consecuencia.

Para Lucio Paredes²⁷⁹, el origen de los problemas estuvo en recurrir al Banco Central en busca de ayuda para el sistema financiero, a través de créditos de liquidez a la banca en problemas, siempre bajo la concepción de que los problemas de los bancos son temporales y de liquidez; la entrega de recursos patrimoniales para fortalecer su horizonte de vida; y el cubrir, en el caso de los cerrados, la garantía de depósitos; actitud que produjo una inyección excesiva de dinero que necesariamente condujo a la devaluación e inflación.

Esta situación se empeoró luego, cuando el Banco Central hizo uso de su instrumento para controlar la moneda y recabar los recursos monetarios de la economía: la intervención en el mercado abierto, con la elevación de las tasas de interés de los Bonos de Estabilización Monetaria, que eran

²⁷⁵ Félix Jiménez, “La propuesta de dolarización ¿un paso atrás?”, op. cit., p. 67

²⁷⁶ Guillermo A. Calvo y Carmen M. Reinhart, “Inversión de las corrientes de capital, tipo de cambio y dolarización”, *Revista de Finanzas y Desarrollo*, (septiembre 1999): 13-14

²⁷⁷ Mónica Rojas G., “Dolarización en el Ecuador: economía verde... pero no por lo ecológico”, *Revista Gestión* (Quito), (octubre 1998): 13

²⁷⁸ *Ib.*, pp.12-13

²⁷⁹ Pablo Lucio Paredes, “La dolarización o el desastre”, *Revista Ekos* (Quito) (enero 2000): 34-35

superiores a los que pagan los bancos a sus clientes y equivalentes a los que los bancos cobran por sus créditos, y que desestimuló la producción, dificultó el pago de deudas y, al final, ahondó el problema bancario. Pero, para la amortización de los Bonos de Estabilización Monetaria y para ayudar a los bancos se inyectó nuevamente liquidez, cuyo exceso nuevamente tenía que ser retirado con una nueva elevación de las tasas de interés, y así sucesivamente. Nos encontramos, concluye, ante un círculo no sólo vicioso, sino *criminal*²⁸⁰.

Con estos antecedentes, el Banco Central, en el evento de una alta dolarización informal sumada a los problemas de liquidez producto de la pérdida de confianza del público en el sistema bancario, no puede cumplir su función en cuanto a mantener la estabilidad monetaria y la estabilidad cambiaria, cuya inestabilidad, por el contrario, se torna persistente.

Con el pretexto de la mala aplicación de los mecanismos de mercado para controlar la oferta monetaria, de hecho ineficientes cuando existe una profunda crisis de sobreemisión de dinero producto del salvataje bancario, que obliga a los depositantes a posicionarse en dólares para evitar una pérdida del poder adquisitivo de sus inversiones, generando fuertes presiones devaluatorias; y en lugar de atender la verdadera causa de la crisis, se ataca al remedio: el Estado no puede seguir teniendo el control de la oferta monetaria, se ha demostrado que no es competente para su manejo, y por sí mismo es el único responsable de la crisis de la moneda. La solución es simple: dolarizar.

Con esta medida, se brinda un “shock de confianza” al mercado²⁸¹, porque no hay modificación alguna en el tipo de cambio y, como tal, no hay devaluación ni la consecuente especulación²⁸². Se persigue, entonces, la estabilización monetaria, dejando de lado, cual neoliberalista convencido, la injerencia del Estado sobre la misma y pasándola a manos del mercado internacional.

4.5.2.- El contenido de la Ley

Con los antecedentes expuesto se dicta la Ley para la transformación económica del Ecuador²⁸³, que a continuación la revisaremos en detalle.

²⁸⁰ Pablo Lucio Paredes, “La dolarización o el desastre”, *Revista Ekos* (Quito) (enero 2000): 34-35

²⁸¹ Félix Jiménez, “La propuesta de dolarización ¿un paso atrás?”, op. cit., p. 67

²⁸² Guillermo A. Calvo y Carmen M. Reinhart, “Inversión de las corrientes de capital, tipo de cambio y dolarización”, *Revista de Finanzas y Desarrollo*, (septiembre 1999): 13-14

En la “exposición de motivos” del proyecto²⁸⁴, se señaló como razón para su promulgación, el “persistente deterioro” de la economía, que se reflejaba en el hecho de que, la inversión, nacional y extranjera ha caído a niveles muy bajos en relación con la región, agudizándose este problema con la constante fuga de capitales, un persistente déficit fiscal, y tasas de inflación consistentemente altas, permanente devaluación y pérdida de riqueza constante; y se establecía que esto se produjo porque el Ecuador decidió “entrar plenamente al proceso de globalización de la economía y asumió el modelo de libre mercado como el instrumento más idóneo para alcanzar tal fin”, sin que se realicen las “reformas estructurales necesarias que se compaginen con la nueva realidad”.

Esta particularidad implicó que, en el último semestre del año 1999, la dimensión de la crisis rebasara la eficacia de los instrumentos de control monetario, pues no sólo que debió enfrentarse el recurrente problema del déficit fiscal sino que también se sumaron los efectos de la insolvencia del sistema financiero privado, que provocó que alrededor del 70% del mismo pase a control estatal, a través de la Agencia de Garantía de Depósitos; lo que, a su vez, llevó a los agentes económicos a posicionarse en divisas, hecho incontrastable que se materializa en una dolarización de facto: el 85% de la cartera de los bancos quedó denominada en dólares, el 73% de los depósitos del público se expresan en la misma divisa y aproximadamente el 62% del Presupuesto General del Estado contiene obligaciones denominadas en dólares, y que trajo como consecuencia, no sólo la pérdida de riqueza sino que también conllevó que la moneda nacional, el sucre, pierda sus funciones básicas, es decir dejó de ser medio generalizado de pago, perdió la condición de reserva de valor y su utilización como unidad de cuenta se vio totalmente reducida.

En este entorno, la Ley propugna²⁸⁵, “encaminar al Ecuador a un proceso de sustitución monetaria en el cual se admite el dólar de los Estados Unidos de América como medio de pago manteniéndose la circulación del sucre como moneda fraccionaria”, bajo el principio de “plena circulación de las divisas en el país y su libre transferibilidad al exterior”. Tiene como finalidad, “romper las expectativas de los agentes económicos, de suerte que desaparezca la incertidumbre del riesgo cambiario, facilitándose de esta forma la posibilidad de proyectar el crecimiento de las actividades productivas de forma segura”. Así, se sostiene que, “el régimen de dolarización permitirá converger las variables de inflación y de tasas de interés a niveles internacionales dando lugar a la reactivación

²⁸³ *Ley para la Transformación Económica del Ecuador*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000

²⁸⁴ Proyecto No. 21-421, Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador

²⁸⁵ Id.

del sector productivo y la profundización del mercado financiero hacia créditos de largo plazo, permitiendo la adecuación de los pasivos a niveles internacionales y la reducción de la inflación”.

Con la expedición de este cuerpo normativo, en concreto, en primer lugar, se reforma la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en el sentido de establecer un nuevo régimen monetario, cuyo ejecutor es el Banco Central²⁸⁶, y que consiste en que, a partir de la vigencia de la Ley, el ex instituto emisor “canjeará los sucres en circulación por dólares de los Estados Unidos de América a una relación fija e inalterable de veinticinco mil sucres por cada dólar”, retirando de circulación los sucres recibidos²⁸⁷, sin que pueda emitir nuevos sucres, salvo moneda fraccionaria que sólo podrá ser sacada a circulación como canje de circulante de sucres y billetes actualmente existentes²⁸⁸.

En segundo término, se dictan un cúmulo de normas, tal el caso del desagio, que acomoda las tasas de interés activa y pasiva a dicho régimen monetario, y reformas a diversas leyes que facilitan su ejecución, como las relativas a permitir la contratación y llevar la contabilidad en dólares, bien en el sector público, a través de la Ley de Contratación Pública, bien en el privado, por medio de disposiciones reformativas al Código de Comercio.

En el tercer punto, se reforma la Ley de Presupuestos del Sector Público, para regular de mejor manera el control del déficit fiscal; y las leyes de Hidrocarburos, del Sector Eléctrico y Especial de Telecomunicaciones, a fin de favorecer la inserción de la inversión privada en dichos campos.

En cuarto lugar, se reforma el Código del Trabajo para crear y regular la contratación por horas, se estatuye un mecanismo de simplificación salarial, así como los organismos encargados, ora para el sector público, ora para el privado, de establecer la política de remuneraciones.

En quinto término, se reprograma los pasivos que las personas naturales y jurídicas mantienen con las entidades del sistema financiero nacional.

Y, finalmente, en cuanto al sector financiero, se realizan cambios profundos en la relación del Estado con aquél, y que se producen en tres campos: el primero, la supervisión bancaria; el segundo, el seguro de depósitos; y, el tercero, el prestamista de última instancia.

²⁸⁶ *Ley para la Transformación Económica del Ecuador*, Art. 1, inciso 1

²⁸⁷ *Ib.*, Art. 1, inciso 2

²⁸⁸ *Ib.*, Art. 1, inciso 3

Respecto a la supervisión bancaria, se dictan normas para resguardar la solvencia de las instituciones financieras y preservar su activo frente a una posible liquidación, a través de una participación más activa y controladora del Estado. Se reafirma, por tanto, la ya existente disposición en la Ley General de Instituciones del Sistema sobre la obligatoriedad de mantener un patrimonio técnico en la relación no inferior al 9% con los activos y contingentes; se permite que la supervisión se extienda a casas de valores y administradoras de fondos; se autoriza la desinversión en el capital de las instituciones financieras del exterior; se regula la situación de insolvencia, estableciendo una participación activa del órgano de control en los mecanismos de su solución, y se facilita su actuación en el proceso de liquidación de un banco; se protege la información; y se dictan disposiciones para el resguardo del crédito y los depósitos bancarios.

En cuanto al seguro de depósitos, para el futuro, se limita progresivamente la garantía de depósitos hasta dejarla en un monto de ocho mil dólares, y se reafirma su exclusión para los créditos vinculados, los que superen la tasa pasiva máxima, los constituidos en contra de las normas legales y reglamentarias, y las captaciones no depositarias; se establece una calificación del riesgo de las instituciones financieras, que será pública, y en función de esta calificación, el pago de una prima diferenciada por riesgo por parte de los bancos; y finalmente, se puntualizan los recursos de la Agencia de Garantía de Depósitos y que servirán para honrar la respectiva garantía.

Por último, en lo referente al prestamista de última instancia, por un lado, se elimina la facultad de las instituciones financieras públicas de participar en la capitalización de los bancos insolventes a través de créditos subordinados y la suscripción de acciones representativas de aumentos de capital²⁸⁹; por otro, se deroga la potestad del Banco Central de conceder créditos en casos de problemas de solvencia como de liquidez de las instituciones financieras privadas²⁹⁰. No obstante, se permite la intervención del Banco Central por medio de operaciones de reporto.

En efecto, el Art. 3 de la Ley dispone que el Art. 23 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, se sustituya por el siguiente:

El Directorio del Banco Central, mediante normas de carácter general, podrá autorizar al Banco Central del Ecuador para que, con cargo a las reservas de libre disponibilidad del Sistema de Operaciones de que trata el literal c) del artículo 2 de esta Ley y como medio para recircular la

²⁸⁹ *Ley para la Transformación Económica del Ecuador*, Art. 25

²⁹⁰ *Ib.*, Art. 96, literal e)

liquidez del sistema financiero, realice operaciones de reporto en dólares de los Estados Unidos de América con instituciones financieras públicas y privadas sujetas a la obligación de encaje, exclusivamente con títulos valores emitidos o avalados por el Estado a través del Ministerio de Finanzas y Crédito Público. Estas operaciones serán exclusivamente de liquidez, por lo tanto, sólo tendrán acceso los bancos que tengan constituido al menos el mínimo Patrimonio Técnico requerido por la Ley, previa certificación de la Superintendencia de Bancos. Las operaciones del reporto no se podrán efectuar sino hasta el 80% del valor del título. Si alguna de las instituciones financieras privadas solicitase operaciones de reporto que excedan del 50% de los depósitos realizados por esa institución financiera en el Banco Central para cumplir con su encaje, el Banco Central deberá solicitar autorización previa al Superintendente de Bancos (inciso). El plazo de estas operaciones de reporto en ningún caso podrá ser mayor a 90 días.

Esta disposición se complementa con las siguientes:

- a) El Art. 2, reformativo de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, literal c) contenido en el Art. 1 de la Ley, dispone:

Dentro del balance general del Banco Central del Ecuador, se crean los siguientes Sistemas, que mantendrán contabilidad separada e independiente: c) El Sistema de Operaciones, en cuyo pasivo se registrarán los siguientes conceptos: los depósitos del sector público no financiero y de particulares en el Banco Central del Ecuador, incluyendo aquellas con instituciones monetarias y financieras internacionales. En el activo se registrarán exclusivamente los siguientes rubros: el saldo excedente de reservas de libre disponibilidad una vez deducidas las asignadas a los sistemas determinados en los literales a) y b) anteriores²⁹¹; las operaciones de reporto que el Banco Central del Ecuador realice de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 (sic) de esta

²⁹¹ Los literales a) y b) mencionados, preceptúan: “a) El Sistema de Canje, en cuyo pasivo se registrarán las especies monetarias nacionales emitidas por el Banco Central del Ecuador que se encuentren en circulación y en su activo se contabilizará exclusivamente el monto de reservas de libre disponibilidad que, valoradas a la relación de cambio establecida en el artículo precedente, sea necesario para respaldar, en todo momento, al menos el cien por ciento (100%) del pasivo de este sistema. Los rendimientos obtenidos por las administraciones del Sistema de Canje deberán ser entregados, al menos de forma anual, al Tesoro Nacional; b) El Sistema de Reserva Financiera, en cuyo pasivo se contabilizará únicamente las siguientes obligaciones: los depósitos de las instituciones financieras públicas y privadas en el Banco Central del Ecuador y los bonos de estabilización monetaria que haya emitido este Banco, y en su activo se registrará exclusivamente el saldo excedente de reservas de libre disponibilidad una vez deducidas las asignadas al Sistema de Canje de que trata el literal anterior, en el monto que sea necesario para respaldar, en todo momento, al menos el cien por ciento (100%) del pasivo de este Sistema de Reserva Financiera. Los rendimientos obtenidos por la

Ley; y, los bonos del Estado de propiedad del Banco Central del Ecuador, en el monto necesario para asegurar la equivalencia entre el activo y el pasivo de este sistema. El Directorio del Banco Central del Ecuador deberá establecer políticas orientadas a velar por la calidad y liquidez de los activos de este sistema, para respaldar apropiadamente los pasivos del mismo. El límite máximo de las obligaciones financieras del Banco Central del Ecuador será determinado trimestralmente por el Directorio del Banco Central con el informe previo favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público. Los rendimientos obtenidos por la administración del sistema se distribuirán de conformidad con el artículo 74 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.

El Sistema de Operaciones no podrá adquirir o invertir en bonos del Estado Ecuatoriano, pero podrá recibirlos exclusivamente para su capitalización o para realizar las operaciones de reporto en dólares de los Estados Unidos de América, de que trata el artículo 27 (sic) de esta Ley.

b) El inciso 3 del Art. 3, reformativo de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, literal c), contenido en el Art. 1 de la Ley, dice: “Los bienes y recursos que integran las reservas de libre disponibilidad son inembargables, no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva o cautelar ni de ejecución, y sólo pueden aplicarse a los fines previstos en la presente Ley.”

c) El inciso 3 del Art. 29, reformativo de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario Financiera, contenido en el Art. 36 de la Ley, estatuye: “La Agencia de Garantía de Depósitos podrá intervenir en las operaciones de reporto de mercado abierto del Banco Central del Ecuador, en las condiciones que establezca el Directorio de este último”; y,

d) La obligación de las instituciones financieras de realizar un provisionamiento con cargo al patrimonio técnico sobre los activos ilíquidos, reflejada especialmente en casos en que dicha institución se encuentre en problemas²⁹².

En este marco normativo, el Banco Central parecería que sigue manteniendo su rol de prestamista de última instancia, tanto del sistema financiero, como de cualquiera de sus participantes, públicos o

administración del sistema se distribuirán de conformidad con el artículo 74 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado”.

²⁹² *Ley para la Transformación Económica del Ecuador*, Art. 23, que contiene el Art. 145, reformativo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, literal g); Art. 28, que incluye la incorporación del

privados, y además de la Agencia de Garantía de Depósitos. Pero, esta función se circunscribiría, por un lado, al monto de reservas de libre disponibilidad que queden en el Sistema de Operaciones, luego de atender los pasivos del mismo, y además de la deducción de los requerimientos del Sistema de Canje y del Sistema Financiero y sus respectivas utilidades, así como una vez deducidas las utilidades del propio Sistema de Operaciones; y, por otro, al mecanismo de operaciones de reporto sobre la base de títulos emitidos por el Estado.

Mas, en un sentido lato, es decir, en tanto atiende la liquidez del sistema financiero, el Banco Central sigue manteniendo su función de prestamista de última instancia; pero, si entendemos esa responsabilidad en su verdadero significado, esto es, como proveedor de recursos financieros para solucionar problemas excepcionales de liquidez de los bancos.

Con esta realidad legal, evidentemente, en ningún momento se puede aseverar que este cuerpo normativo acata la doctrina clásica, ni la tesis neoliberal, que reconocen la necesidad de la existencia del prestamista de última instancia.

Nótese, sin embargo que, a pesar de la expedición de esta Ley, sigue vigente la disposición constitucional que permite al ex instituto emisor el otorgar créditos de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables para superar situaciones temporales de iliquidez.

4.5.3.- El Fondo de liquidez

La prensa²⁹³ recientemente empezó a hablar del “Fondo de liquidez” como reemplazo del Banco Central en cuanto prestamista de última instancia, basándose en la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, publicada en el Registro Oficial No. 41 de 22 de los mismos mes y año.

Título XI “De la regularización y liquidación de instituciones financieras” a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y como tal, el Art. 172.A, ítem I, inciso 2.

²⁹³ Hoy de 12 de abril del 2000, p. 6A

Esta resolución, en efecto, crea el Fondo de liquidez como mecanismo de aplicación de las normas de prudencia financiera, y a fin de preservar el normal funcionamiento de las instituciones financieras sujetas a encaje, en casos de insuficiencia temporal de recursos²⁹⁴.

Se constituye a través de un fideicomiso mercantil a favor de la Corporación Financiera Nacional, gobernado por una Junta Directiva integrada por dos representantes del sector público designados por la Junta Bancaria, el primero de los cuales la presidirá; dos del sector privado: uno por la asociación de bancos privados, y otro por la asociación de sociedades financieras del Ecuador; y, uno de los organismos multilaterales de crédito. Y se financia con los aportes obligatorios de las instituciones financieras sujetas a encaje, en el monto del 1% de los depósitos sometidos a esa reserva, en efectivo, que serán administrados directamente por el Fondo, salvo que éste permita que los aportantes lo administren directamente, en cuyo caso se establecerá una línea contingente para el evento de que se requieran los recursos; y activos, altamente líquidos, estrictamente detallados y en proporción al efectivo determinada por el índice de liquidez; de organismos multilaterales de crédito; y del Estado ecuatoriano, con los recursos que se asignen para el efecto. Estos dos últimos como constituyentes adherentes²⁹⁵.

Para el acceso a los recursos del Fondo, como para la instrumentalización de sus operaciones, se determinan puntuales condiciones. Para el primer fin resaltan dos tipos de requerimientos, aquellos que determinan el retiro de depósitos que signifiquen estado de iliquidez, por un lado; y por otro, los que establecen la solvencia de los requerientes²⁹⁶. En cuanto al segundo objetivo, se señalan los requisitos de las operaciones de liquidez, que serán por el plazo de 60 días, renovables por una sola vez y hasta por igual plazo; hasta el 100% del patrimonio técnico; con una tasa de interés reajutable mensualmente que no podrá ser menor a la última tasa promedio de operaciones de reporte del Banco Central más dos puntos²⁹⁷; y la constitución de un fideicomiso mercantil de garantía formado por activos altamente líquidos y especialmente determinados, propios o de terceros a nombre del Fondo, que equivalgan al menos al 120% del monto requerido. El Fondo, por medio de diversos instrumentos, realizará su selección, calificación, valoración, en base por los

²⁹⁴ Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, publicada en el Registro Oficial No. 41 de 22 de los mismos mes y año

²⁹⁵ Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, op. cit., Sección I, Arts. 2, 3, 4 y 5

²⁹⁶ Ib., Sección II, Art. 1

²⁹⁷ Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, op. cit., Sección I, Art. 2

menos a los parámetros del Banco Central, administración, permitiendo su inversión, a través, inclusive, de una entidad del exterior, y su ejecución²⁹⁸.

Adicionalmente, se regula rigurosamente la información que las instituciones requerientes deben proporcionar al Fondo²⁹⁹; se establece la obligación de éste de realizar el seguimiento del empleo de los recursos entregados a fin de que su uso sea el adecuado, y que consiste en que sean destinados exclusivamente a cubrir la cámara de compensación, requerimientos de encaje, pago de depósitos y de las cartas de crédito emitidas al amparo de los convenios de crédito recíprocos suscritos con la ALADI, para cuyo efecto el Banco Central tiene la potestad de realizar los débitos respectivos directamente³⁰⁰; y por último, a la entidad prestataria se la somete a programas de vigilancia preventiva por parte de la Superintendencia de Bancos³⁰¹.

Como se puede ver, en pocas palabras, el Fondo de liquidez viene a constituir un verdadero prestamista de última instancia, cuya actuación y de las entidades estatales relacionadas, así como las operaciones que realice, se encuentran profusa y estrictamente detalladas, demostrando la delicadeza de la concesión de su ayuda.

a) La naturaleza del Fondo

El considerando primero de la mentada resolución, señala:

Que a partir de la publicación en el Suplemento del registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del año en curso de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, el Banco Central del Ecuador se halla impedido para conceder créditos de liquidez a las instituciones del sistema financiero, por lo que resulta imperioso asegurar un adecuado funcionamiento del sistema de pagos a través de la creación de un fondo de liquidez con el fin de resolver en forma ágil e inmediata los eventuales requerimientos de liquidez de las instituciones financieras.

El Art. 1 de la Sección I, muy de acuerdo con ese espíritu, establece que el Fondo de liquidez no es otra cosa que la constitución obligatoria de “reservas adicionales de liquidez” por parte de las instituciones financieras sujetas a encaje, con el fin de “preservar el normal funcionamiento de tales

²⁹⁸ Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, op. cit., Sección III, Arts. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10; Sección VI, Arts. 1, 2, 3

²⁹⁹ Ib., Sección II, Art. 2, literal 2.3; Sección III, Art. 3

³⁰⁰ Ib., Sección IV, Arts. 1, 2, 3; Sección VII, Arts. 1, 2, 3, 4

³⁰¹ Ib., Sección IV, Art. 4

instituciones en casos de insuficiencia temporal de recursos”; que concuerda perfectamente con la primera y, a la vez, primordial condición para el acceso a los recursos del Fondo, incluía en el numeral 1.1 del Art. 1 de la Sección II, que dispone: “Para que las instituciones financieras sujetas a encaje accedan a los recursos del fondo de liquidez, deberán cumplir las siguientes condiciones: 1.1. Enfrentar retiros de depósitos que signifiquen estado de iliquidez...”.

Entonces, el prestamista de última instancia debe intervenir cuando las instituciones financieras enfrenten “retiros de depósitos que signifiquen estado de iliquidez”, o de “insuficiencia temporal de recursos”, con el objetivo de preservar su normal funcionamiento; lo que, en otros términos, comporta actuar absteniéndose de participar en situaciones de insolvencia.

Efectivamente, la resolución tantas veces citada, prohíbe la intromisión del Fondo de liquidez en el evento del surgimiento de un contratiempo de solvencia en una institución financiera; para cumplir tal cometido, desde un inicio, exige de éstas, como requisito para acceder a sus recursos, “cumplir con los requisitos de patrimonio técnico legalmente establecidos”³⁰²; y no sólo eso, sino que, resguardando su patrimonio, conmina a no mantener obligaciones financieras vencidas con las instituciones financieras públicas ni con las instituciones financieras aportantes al Fondo, a estar al día en las aportaciones del Fondo, no tener deficiencias de encaje por un período superior a cuatro semanas consecutivas, y a constituir un fideicomiso mercantil de garantía³⁰³.

Pero hay más: se atiende preponderantemente a la información sobre la situación de la institución financiera, sea reclamando a la misma su provisión, como utilizando los mecanismos para acceder a ella que tienen la Superintendencia de Bancos y el Banco Central; se hace un seguimiento de la utilización de los recursos entregados; y, para finalizar, se somete al prestatario a un programa de vigilancia preventiva.

De esta forma, la inmiscusión del prestamista de última instancia, recalquemos, se limita estrictamente a los problemas de liquidez.

Sin embargo, esta situación puede cambiar cuando se produce una crisis generalizada del sistema financiero, en cuyo caso, el Fondo podrá realizar, con carácter general, excepciones a las

³⁰² Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, op. cit., Sección II, Art. 1, literal 1.2

³⁰³ Ib., Sección II, Art. 1, literales 1.3, 1.4, 1.6

condiciones para la concesión de los préstamos, y requerirá el cumplimiento de requisitos especiales³⁰⁴; es decir, para acceder a su ayuda es perfectamente factible que no se exija cumplir con los requerimientos de patrimonio técnico legalmente establecidos, o que se permita mantener obligaciones financieras vencidas con las instituciones públicas o con entidades privadas aportantes al Fondo, o tener deficiencias de encaje, o no estar al día en las aportaciones al mismo. En este evento, pues, se autoriza la actuación del prestamista de última instancia aún en dificultades de solvencia.

Con estas precisiones podemos concluir que, si bien no se cumple textualmente la recomendación del Comité de Basilea, en el sentido de volver imprevisible la intervención del prestamista de última instancia, de hecho imposible de reducir a una norma jurídica por su irrespeto al principio de legalidad al no incluir una característica básica de toda potestad: su especificidad, si se acata su espíritu, y más que eso, se lo corrige felizmente.

Se acata el espíritu de la ponencia del Comité de Basilea en tanto se reconoce que, si bien es necesaria la participación de un ente público, la atención a las dificultades de liquidez es una responsabilidad de las instituciones financieras, sea con el aporte de recursos al prestamista de última instancia, sea con su participación en su gobierno, y por las condiciones que deben cumplir para acceder a su ayuda; como por la adopción del principio de actuación del Fondo de liquidez en contratiempos de liquidez, confiriéndole las garantías como para que no se inmiscuya en situaciones de insolvencia.

Y se corrige felizmente dicho postulado porque, por un lado, se amplía la intervención del prestamista de última instancia a una crisis generalizada del sistema financiero; y por otro, sobre todo, se permite que esa participación, con la regulación de sus presupuestos y con la obligación de dictar especificaciones generales en casos de crisis sistémicas, sea apegada a derecho, y como tal, respete el principio de legalidad y el derecho fundamental de la igualdad de todas las instituciones financieras; es decir, evita su injerencia arbitraria.

b) El Fondo y su juridicidad

El Estado de Derecho neoliberal, como ya lo puntualizamos, es la garantía política de que la actuación del Estado debe estar determinada por la Ley, Estado y Ley creados por todos los

³⁰⁴ Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, op. cit., Sección II, Art. 1, inc. final

individuos de la sociedad, para proteger todos los derechos inmanentes de cada uno de ellos y de todos en conjunto, a través, principalmente, de resguardar su autonomía de la voluntad.

El principio de legalidad, a su vez, es una derivación jurídica del Estado de Derecho, que implica limitar y justificar la actuación del Estado por medio de la Ley, que como tal, le confiere en forma expresa, específica y válida, potestades para su accionar.

La juridicidad en la intervención del Estado está, pues, en su estricta sujeción a la Ley.

Con esta precisión pasemos a analizar a nuestro prestamista de última instancia, el Fondo de liquidez. Para iniciar este acometido, debemos partir de reconocer el ambiente constitucional y legal en el que tiene que desenvolverse.

En primer lugar, la Constitución Política de agosto de 1998, que preponderantemente es neoliberal, estatuye al Banco Central como prestamista de última instancia, en tanto le permite otorgar créditos a corto plazo, calificados como indispensables, para superar situaciones temporales de iliquidez.

En segundo término, con la expedición de la Ley para la transformación económica del Ecuador, en el ordenamiento legal no existe el prestamista de última instancia propiamente dicho, sino sólo un mecanismo para *recircular* la liquidez: las operaciones de reporto que debe realizarlas el ex instituto emisor.

Con estas dos puntualizaciones, y por la primacía de la Carta Fundamental³⁰⁵, que contiene el sustrato del Estado de Derecho, podemos afirmar sin lugar a dudas que éste se encuentra determinado directamente, para el tema que nos ocupa, por los preceptos contenidos en aquélla.

Una vez hecha esta acotación, revisemos las motivaciones de su expedición.

En el considerando primero, ya citado antes por nosotros, desoyendo la norma constitucional, aunque muy de acuerdo con la realidad legal, se establece que con la promulgación de la Ley para la transformación económica del Ecuador, “el Banco Central del Ecuador se halla impedido para conceder créditos de liquidez a las instituciones del sistema financiero, por lo que resulta imperioso asegurar un adecuado funcionamiento del sistema de pagos a través de la creación de un fondo de

liquidez con el fin de resolver en forma ágil e inmediata los eventuales requerimientos de liquidez de las instituciones financieras”.

El considerando segundo, por su parte, señala:

Que de conformidad con lo dispuesto en los literales b) y c) del Art. 177 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Junta Bancaria se halla facultada para resolver y dictaminar a través de resoluciones de carácter general, los casos no consultados en la citada ley, con el fin de velar por el adecuado desenvolvimiento de las operaciones de las instituciones financieras, implementando las medidas preventivas que fueren del caso, en aplicación de lo que dispone el segundo inciso del artículo 62 de la misma ley, acorde al cual las citadas instituciones deben observar las normas pertinentes sobre prudencia financiera.

Veamos todos y cada uno de los preceptos citados como fundamento.

Los literales b) y c) del Art. 177 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, disponen:

Son atribuciones de la Junta Bancaria las siguientes: [...] b) Resolver los casos no consultados en esta Ley, así como las dudas en cuanto al carácter bancario y financiero de las operaciones y actividades que realicen las instituciones financieras y dictar las resoluciones de carácter general para la aplicación de esta Ley; c) Determinar las operaciones y servicios no señalados expresamente en esta Ley que sean compatibles con las actividades de las instituciones financieras.

La resolución que crea el Fondo de liquidez, reconoce la facultad de la Junta Bancaria de “resolver y dictaminar a través de resoluciones de carácter general, los casos no consultados en la citada ley (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero)”, que no son las mismas que las conferidas por el mencionado literal b) ya que una cosa es “resolver los casos no consultados en esta Ley” y otra muy distinta es “dictar las resoluciones de carácter general *para la aplicación* de esta Ley”; “aplicación de esta Ley” que implica necesariamente, para el caso que nos ocupa, y para honrar el principio de legalidad, la previa creación, a través de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, del mentado Fondo de liquidez, lo que no ha ocurrido.

³⁰⁵ Constitución Política, Art. 272

Ni qué decir del contenido del literal c), que no tiene relación alguna con la supuesta potestad que dice que contiene la resolución porque, simplemente, hace referencia a las “operaciones y servicios”, como las del Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que pueden brindar las instituciones financieras a sus clientes.

Más todavía: el inciso segundo del Art. 62 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que indica: “Todas las instituciones integrantes del grupo, en forma individual y consolidada, estarán sujetas a todas las normas de solvencia y prudencia financiera y de control previstas en esta Ley”, regula a los grupos financieros, y ni remotamente se puede pensar siquiera que sirva para justificar la expedición de la resolución que crea el Fondo de liquidez, y menos aún la sujeción de las instituciones financieras a la misma.

Continuemos: el considerando tercero, textualmente dice:

Que de conformidad con lo dispuesto en los literales k), l) o) y p) del artículo 182 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, es atribución del Superintendente de Bancos, ejecutar las decisiones y resoluciones adoptadas por la Junta Bancaria y velar por su cumplimiento más aún cuando las mismas tienen como objetivo prevenir situaciones que eventualmente pueden poner en riesgo el adecuado desenvolvimiento del sistema de pagos, al confianza de las instituciones y la protección de los recursos de los depositantes a través de la adopción de medidas preventivas como es la constitución de un fondo de liquidez cuyos beneficiarios directos sean las propias instituciones del sistema y los depositantes.

Los literales del Art. 182 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero citados, a su vez, imperativamente estatuyen:

El Superintendente de Bancos tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] k) Ejecutar, mediante resolución las decisiones adoptadas por la Junta Bancaria; l) Iniciar, cuando fuere del caso, las acciones legales en contra de los directores o administradores de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia; [...] o) Exigir que las instituciones controladas presenten y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento en los casos que así lo requieran; p) Efectuar las proposiciones a la Junta Bancaria según lo establece la Ley.

Los literales k) y p), que son utilizados como simples formalidades, no merecen observación alguna desde el punto de vista sustancial; pero el l) y el o), sí.

En efecto, con la sola lectura del literal l), se puede ver que es absolutamente extraño al contenido de la resolución que crea el Fondo de liquidez; y en cuanto al literal o), es necesario precisar que, existe una diferencia abismal entre su contenido y el que quiere darle la resolución que crea el Fondo de liquidez. El primero se refiere a *exigir* la adopción de “medidas correctivas y de saneamiento”, que se encuentran reconocidas en el ordenamiento jurídico; mientras que el segundo, hace mención de *velar*, y velar por un objetivo que, no es necesario nuevamente repetir, no tiene vinculación alguna con el del literal o) del Art. 182 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

En consecuencia, y una vez efectuada la revisión de la motivación, vemos que ésta es insuficiente: no existe norma legal alguna que permita a la Junta Bancaria la expedición de una resolución en ese sentido.

Por último, haremos algunas acotaciones a su contenido normativo.

En primer lugar, es sumamente dudoso el respeto a la ley, con la creación de un *fideicomiso mercantil* con un constituyente adherente como el Estado, sin que éste tenga facultad alguna para asignar recursos para tales fines; con un fiduciario como la Corporación Financiera Nacional que, en definitiva, sólo presta su nombre; con un órgano de gobierno como el señalado, y con obligaciones para las instituciones financieras como las puntualizadas.

En segundo lugar, y el más importante para nosotros, la resolución que crea el Fondo de liquidez como prestamista de última instancia en casos de problemas de liquidez, contraría abiertamente la norma constitucional que confiere este rol al Banco Central, y al ordenamiento jurídico que no lo contempla.

Por todas y cada una de estas puntualizaciones, llegamos a la conclusión de que, con la expedición de la resolución que crea el Fondo de liquidez, no se ha respetado ni el principio de legalidad, ni el Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

1.- El postulado neoliberal sobre el rol del prestamista de última instancia, por su falta de sujeción al principio de legalidad, no tiene plena cabida dentro del Estado de Derecho; y su aplicación, por tanto, puede generar actuaciones arbitrarias.

2.- La inserción de los postulados neoliberales en el derecho positivo no fue clara ni decidida. Al inicio de la implantación del neoliberalismo no se acogieron íntegramente sus postulados; en el decurso del proceso se hicieron cambios que, por un lado, los contradecían; y por otro, si bien los acogían, no eran adecuados ni oportunos.

Al comienzo se hicieron reformas liberalizadoras, pero se dejaron latentes caminos oscuros, como el permitir la intervención del Banco Central otorgando préstamos a entidades insolventes o, luego, instituir a las instituciones financieras públicas o a la Agencia de Garantía de Depósitos como prestamistas de última instancia para esos mismos casos.

Hubo cambios de rumbo sobre la marcha, como aquél de la Constitución Política que autorizó la ya fenecida atribución del Banco Central de conceder créditos para atender dificultades de insolvencia.

Algunas reformas fueron hechas fuera de tiempo, sin que por esto pudieran mostrar toda su eficacia, como la creación del seguro de depósitos, destinado a regir en un ambiente de estabilidad, y no mientras se vivía la crisis.

3.- Influenció determinante en la evolución normativa descrita, inclusive llegando a trastrocarla alterando su camino de reconocimiento legal, la crisis que sufrió la banca. Los defensores del neoliberalismo no tuvieron en cuenta la situación de la economía ni del sistema financiero para establecer sus políticas.

4.- Los participantes en el sistema financiero, públicos y privados: autoridades, banqueros y depositantes, no fueron partícipes de la implantación de la ponencia neoliberal; es decir, no entendieron, acogieron y aplicaron la nueva concepción. Esta actitud se ahondó con lo recogido en los puntos 2 y 3.

Todas estas consecuencias, en nuestro parecer, tienen su explicación en la relación que existe entre una tesis económica y el Estado de Derecho, garantía política que limita y justifica toda función asignada al mismo; de tal forma que, para que cobre vida una de aquéllas, es necesario que sea el fruto de éste, que viene a constituir la expresión de la voluntad política de una sociedad.

En el presente caso, las tesis neoliberales tuvieron origen en los Estados centrales y fueron implantadas por el FMI a través del Estado, instrumento disciplinador y enmarcador de conductas. Nunca fueron generadas por la voluntad de todos y cada uno de los individuos que conforman la sociedad política, y como no lo fueron, jamás fueron adecuadamente instauradas en el ordenamiento, comprendidas, y peor aún aplicadas, por las autoridades, los bancos y los depositantes.

La crisis financiera que sufrió el país fue la crisis de la inserción del neoliberalismo, no del neoliberalismo mismo, sino de su adopción; y más que eso, es el resultado de la errada creencia de sus instauradores, en el sentido de confiar en el Estado como disciplinador, y en que la expedición de ciertas disposiciones revestidas con el ropaje de la *legitimidad*, son suficientes, por sí solas, para que una sociedad acoja esos postulados.

En fin, y en acatamiento de estas conclusiones, la hipótesis ha sido probada. En efecto, la función que la tesis neoliberal le confiere al prestamista de última instancia, no es concretizada fielmente en el campo jurídico.

BIBLIOGRAFIA

Agencia de Garantía de Depósitos, y Superintendencia de Bancos, *Informe de auditorías bancarias*, Quito, periódico El Comercio, 22 de noviembre de 1999

Aguirre, Ernesto, Roberto Junguito y Geoffrey Miller, comp., *La banca central en América Latina*, Bogotá, Tercer Mundo S.A. Editores, Banco de la República, 1997

Aguirre Carrillo, Ernesto, *La génesis de la banca central*, Bogotá, Banco de la República, 1991

Arteta, Gustavo, “Un abc de la dolarización”, *Carta Económica* (Quito), (1999): 4-12

Ayala, Iván, “La crisis bancaria es un lío de estado”, *Líderes* (Quito), (19 de abril de 1999): 9-12

Análisis jurídico-económico del articulado del anteproyecto de Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, s.l., 1992

Barón Leguizamón, Gilberto, *La multinacionalización bancaria y sus impactos de crisis en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986

Baus Herrera, Patricio, “La banca mala debe cerrar”, *Líderes* (Quito), (29 de marzo de 1999): 3

Block, Fred L., *Los orígenes del desorden económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980

Bordo, Michael D., “El prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, en *El papel de la banca central en la actualidad*, México, CEMLA, Banco de España, 1993

Buira, Ariel, *Reflexiones sobre el sistema monetario internacional*, México, CEMLA, 1994

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Viracocha S.A., 1953

Calvo, Guillermo A., y Carmen M. Reinhart, “Inversión de las corrientes de capital, tipo de cambio y dolarización”, *Revista de Finanzas y Desarrollo*, (septiembre de 1999): 14-17

Castillo, Paúl, “¿La dolarización total de la economía?”, *Revista Moneda*, No. 114 (1999): 60-64

Chang, Roberto, “El lado oscuro de la dolarización”, *Revista Moneda*, No. 116 (1999): 42-52

Cisneros Pazmiño, Carlos, *La liquidación forzosa de las instituciones financieras privadas en el Ecuador*, Quito, Pontificia Universidad Católica, 1997

Cohen, Benjamín J., *La organización del dinero en el mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984

Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, “Principios básicos para una supervisión bancaria efectiva”, *Boletín Supervisión y Fiscalización Bancaria* (México), Vol. I (1997): 8-25

Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *La supervisión de las instituciones de crédito como herramienta para prevenir el riesgo sistémico*, s.e., s.l., 1992

Cortez Castro, Carlos, “La crisis financiera del país, sus causas y sus efectos en la economía ecuatoriana”, *ESPOL Propuestas, Revista de la Escuela Superior Politécnica del Litoral* (Guayaquil), año 2, No. 4 (1999): 8-12

De Aguirre, José Antonio, “La polémica banca central-banca libre de 1930 a nuestros días”, en *Fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria*, Vera Smith, Madrid, Unión Editorial Ediciones Aosta, 1993

De Laroziere, Jacques, “El papel de los bancos centrales y la política monetaria en el actual marco económico y financiero”, en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, CEMLA, 1993, t. III

Del Aguila, Rafael, “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, en *Historia de la teoría política*, compilados por Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI

Del Vecchio, Giorgio y Luis Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*, México, Unión tipográfica editorial Hispano-americana, 3ª ed., 1946, t. II

Díaz Arenas, Pedro Agustín, *Estado y tercer mundo. El Constitucionalismo*, Bogotá, Editorial Temis, 3ª ed., 1997

“En qué consiste la convertibilidad”, *Revista Gestión* (Quito), julio (1999): 13-16

Endara, Ximena, *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 1999

English, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968

Etxezarreta, Miriam, *El debate sobre el Estado en la era de la globalización*, s.l., s. f.

Ezcurra, Ana María, *El neoliberalismo frente a la pobreza mundial*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 1998

Ferrajoli, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, s.l., 1992

Filangieri, C., *Ciencia de la legislación*, París, s.e., 1836

Filosofía y principios conceptuales de la Ley General de Instituciones Financieras, s.l., s.e., s.f.

Friedman, Milton, *Los perjuicios del dinero*, México, Ediciones Grijalbo S.A., 1992

Gallardo, Jorge, “La crisis del sistema financiero”, *ESPOL propuestas, Revista de la Escuela Superior Politécnica del Litoral* (Guayaquil), año 2, No. 4, (1999): 4-8

García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 3ª ed., 1995

García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 8ª ed., 1997, t. I

Gide, Charles, *Economía política*, París, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1912

Gómez Sánchez, Carlos, “La Escuela de Frankfurt: J. Habermas”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI

González Vidaurri, Alicia, *Globalización económica y jurídica*, s.e., s.l., s.f.

Goodhart, “Algunas reflexiones sobre regulación bancaria”, en *La banca central en América Latina*, compilación del Banco de la República, Bogotá, Tercer Mundo S.A. Editores, 1997

Gorpe, Francois, *Las resoluciones judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953

Gruben, William C., y John H. Welch, “Riesgos de insolvencia, de dolarización y de sustitución de divisas: un ejercicio cuantitativo aplicado a México”, *Boletín del CEMLA* (México), (septiembre-octubre 1996): 233-256

Hinkelammert, Franz J., “Nuestro proyecto de nueva sociedad en América Latina. El papel regulador del Estado y los problemas de la auto-regulación del mercado”, *Revista Pasos* (San José) No. 33 (1991): 12-28

Hoy, 9 de abril de 1999, p. 5A

Hoy, 12 de abril del 2000, p. 6A

Jellinek, Jorge, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editorial Nueva España S.A., s. f.

Jiménez, Félix, “La propuesta de dolarización ¿un paso atrás?”, en *Revista Moneda*, No. 114 (1999): 63-69

Kindleberger, Ch., “La evolución del prestamista de última instancia”, en *El papel de la banca central en la actualidad*, México, CEMLA, Banco de España, 1993

Latter, Tony, *Las causas de las crisis bancarias y su manejo*, México, CEMLA, 1997

Lerda, Juan Carlos, *Globalización de la economía y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias*, Santiago, CEPAL, 1996

Líderes, 22 de marzo de 1999, p. 8

Lizano, Eduardo, *La reforma financiera en América Latina*, México, CEMLA, 1993

Lucio Paredes, Pablo, “La dolarización o el desastre”, *Revista Ekos* (Quito), (enero del 2000): 33-37

Massad, Carlos, *Los acontecimientos recientes en el sistema monetario internacional y sus impactos en América Latina*, s.l., s.e., s.f.

Mieno, Yasushi, "Cambios en el medio financiero y tareas del banco central", en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, CEMLA, 1993, t. I

Naranjo Chiriboga, Marco, *Hacia la dolarización oficial en el Ecuador: su aplicación en un contexto de crisis*, Quito, Banco Central del Ecuador, 1999

Noboa Elizalde, Gustavo, "El préstamo subordinado", en *El Telégrafo* de 23 de marzo de 1996, p. 6

Orellana, Walter, y Carlos Mollinedo, "Percepción de riesgo, dolarización y política monetaria en Bolivia", *Revista Monetaria*, julio-septiembre (1999): 274-292

Pavarini, Máximo, *Control y dominación*, Madrid, Siglo XXI editores, 4ª ed., 1993

Pereyra, Carlos, "Dolarización: ¿moda fugaz o futuro para América Latina?", *Revista Moneda*, No. 118 (1999): 35-41

Pozo, Fernando, "El debate cambiario: teoría versus realidad", *Revista Gestión* (Quito), julio (1999): 18-22

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La Dimensión Política del Desarrollo Humano, Avance para la Cumbre Hemisférica de Miami de diciembre de 1994*, s.l. s.e., s.f.

Ramón Fernández, Tomás, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992

Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres variaciones alrededor del derecho*, Quito, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1956

Rojas G., Mónica, "Dolarización en el Ecuador: economía verde... pero no por lo ecológico", *Revista Gestión* (Quito), octubre (1998): 11-14

Rojo, Luis Angel, "El papel del banco central en la economía", en *Testimonios sobre la actuación de la banca central*, México, CEMLA, 1993, t. II

Sachs, Jeffrey D., *El fortalecimiento de los programas del FMI en los países muy endeudados*, s.l., s.e., s.f.

Salas, Enrique, "Liberalidad debilitó a la banca", *Hoy*, de 5 de agosto de 1999, p. 4A

Salgado Tamayo, Wilma, *Entorno internacional y crisis de la deuda*, s.l., s.e., s.f.

Sauquillo, Julián, "El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault", en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI

Schumpeter, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Ediciones Folio, 1996

Silva-Herzog F., Jesús, y Ramón Lecouna V., "Banca central en América Latina", en *Estabilización y ajuste*, México, CEMLA, 1991, t. III

Soberón Valdés, Francisco, “¿Dolarización o unión monetaria?”, *Revista del Banco Central de Cuba (La Habana)*, No. 1 (1999): 8-14

Swary, Itzhak, y Barry Topf, *La desregulación financiera global*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993

Toynbee, Arnold J, *Estudio de la historia*, Buenos Aires, EMECE Editores S.A., 3ª edición, 1959

Valencia Sáiz, Angel, “La teoría política en la era de la tecnocracia”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI

Vallespín, Fernando, y Elena García-Gaitán, “El neoliberalismo: Friedrich Hayek, Raymond Aron, Isaiah Berlin”, en *Historia de la teoría política*, compilación de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1995, t. VI

Vargas Llosa, Mario, “América Latina y la opción neoliberal”, en *El desafío neoliberal*, compilación de L. Stanley, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1992

LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONES CITADAS

Constitución Política

Junta Bancaria, resolución No. JB-2000-202 de 15 de marzo del 2000, Registro Oficial No. 41 de 22 de marzo del 2000

Junta Monetaria, Resolución No. 972-96 de 19 de marzo de 1996

Ley de Régimen Monetario

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado

Ley de reordenamiento en materia económica, en el área tributario-financiera

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Ley 99-26, Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999

Presidencia de la República, Proyecto No. 21-421, Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador

Registro Oficial No. 283 de 12 de marzo de 1928

Supremo Gobierno, Leyes Monetarias y Bancarias expedidas el 30 de diciembre de 1937

Suplemento del Registro Oficial No. 930 de 7 de mayo de 1992

Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 12 de mayo de 1994

Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 1 de diciembre de 1998