

La libertad de empresa y la regulación de la Intermediación Financiera como Servicio Público

Víctor Hernández-Mendible*

SUMILLA

El debate sobre la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera no es exclusivo de la realidad de un país y tiene importancia en los tiempos actuales en que las relaciones económicas se encuentran regionalizadas (CAN, MERCOSUR, SIECA, APEC, ALCA) y globalizadas o mundializadas. Este estudio no persigue un conocimiento teórico y formal sin transcendencia para los agentes económicos, quienes aspiran ejercer la iniciativa de la inversión, gestión y modernización de los servicios que brindan las instituciones bancarias, por el contrario, luce necesario conocer la auténtica naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera, para saber en qué condiciones se puede ejercer la libertad de empresa y qué riesgos regulatorios acompañan el desempeño económico de la misma, en el marco jurídico de los procesos de integración económica que se encuentran en gestación.

I. Introducción

El sector financiero en general, y el sector bancario en particular, no habían generado tanto interés a los operadores jurídicos como ha sucedido en los últimos diez años, en que éste ha sido objeto de relevantes estudios científicos por la doctrina nacional, así como de importantes pronunciamientos por parte de los tribunales del orden jurisdiccional constitucional y administrativo.

Este interés se ha manifestado a través de los análisis efectuados al ordenamiento jurídico del sector bancario desde el ámbito del derecho mercantil o comercial, de la competencia o concurrencia, del constitucional, del administrativo y por supuesto del sancionatorio en sentido amplio, que incluye lo administrativo y lo penal.

A todo ello se ha sumado el estudio desde la perspectiva de la regulación económica, en la que convergen varias de las ramas jurídicas antes mencionadas con las ciencias económicas y contables típicas del sector bancario, pero además

se introduce un nuevo aspecto en el estudio académico, el análisis del estatuto de los usuarios de los servicios bancarios y el régimen de protección de las inversiones nacionales e internacionales.

Como resulta evidente, el estudio integral y detenido de la actividad de intermediación financiera excede los límites de esta publicación tanto cualitativa como cuantitativamente. Es por ello que, este artículo se circunscribirá a analizar si las recientes reformas jurídicas han generado un cambio de fondo o es meramente formal, en lo atinente a la consideración de la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera y de allí referir cuál podría ser su posible incidencia en la libertad de empresa dentro de este sector económico.

Con el objeto de lograr una mayor claridad en la exposición de estas ideas, dividiré el presente estudio en los siguientes aspectos: Los antecedentes de la actual regulación del sector bancario (II), La nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario (III), el ejercicio de la libertad de empresa en el sector bancario (IV), y las consideraciones finales (V).

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila. Doctor en Derecho. Profesor-Coordenador del Diplomado en Derecho Público en la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila de Venezuela e invitado en las Maestrías de la Universidad ESAN de Perú y Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, deoamericano de Derecho Administrativo. la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. www.hernandezmendible.com

II. Los antecedentes de la actual regulación del sector bancario

Corresponde comenzar precisando conforme al ordenamiento jurídico venezolano vigente, cuál es el contexto constitucional económico, para luego determinar cómo se encuentra conformada la actividad de intermediación financiera, en virtud de la reciente calificación nominal de la misma como Servicio Público y del reconocimiento de la atribución de actuación directa al Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, en aquellos casos extremos que se requiera la intervención, liquidación o cualquier otra medida similar sobre una entidad del sector bancario.

2.1. El marco constitucional de la libertad de empresa

La Constitución venezolana de 1999, enmendada en 2009 reconoce desde la perspectiva política-constitucional la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho¹ y en el aspecto económico reconoce la libertad de la iniciativa privada, que se ejerce en un modelo de economía social de mercado, en el que corresponde al Estado actuar en la promoción de los Servicios Públicos e Infraestructuras², estimular la libertad de empresa, comercio e industria³, reconocer el pluralismo económico y admitir que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa⁴.

En la Constitución expresamente se asume el principio de concurrencia privada y pública en la actividad empresarial, aunque únicamente se puede realizar ésta última, previa autorización de Ley y cuando medien razones de conveniencia nacional y de carácter estratégico⁵ e igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia⁶, así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, en razón de lo que debe garantizarse el derecho a la información sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado⁷.

Ello así, cabe destacar en primer lugar la libertad de empresa, que se manifiesta en tres momentos: la libertad de ingreso, que permite a los operadores la posibilidad de constituir la empresa y obtener los títulos jurídicos administrativos habilitantes para realizar la explotación de la actividad económica; la libertad de permanencia, que se traduce en la elaboración de planes y estrategias de inversión, libertad de contratación y de competición; y la libertad de retiro o salida del mercado, sin otras restricciones o límites, que no afectación del interés general y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos con los otros operadores, con los consumidores y los usuarios, así como con las autoridades públicas. La libertad de empresa se ejerce orientada a desarrollar economías de escala y a obtener una ganancia razonable por los operadores económicos, que producen los bienes o prestan los servicios⁸.

En segundo lugar, se puede llevar a cabo la libertad de competencia, en virtud de lo cual, los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios, siempre con respeto a las normas antimonopolios, es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y no abusando de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y los servicios.

Es conforme a estos principios, valores y libertades constitucionales que el legislador puede establecer la regulación del Banco Central, del Sistema Monetario, del Régimen Cambiario, del Mercado de Capitales⁹ y de la Banca, es decir, de la intermediación financiera¹⁰, teniendo en consideración que puede limitar o restringir el ejercicio de la libertad de empresa en este sector económico, conforme a los supuestos contemplados en la Constitución venezolana.

Así las cosas, se debe analizar si la normativa establecida por el legislador en el sector bancario

¹ Artículo 2º de la Constitución.

² Artículos 112º y 113º de la Constitución.

³ Artículo 112º de la Constitución.

⁴ Artículos 112º, 115º, 302º y 303º de la Constitución.

⁵ Artículo 302º de la Constitución.

⁶ Artículo 113º y 299º de la Constitución.

⁷ Artículo 117º de la Constitución.

⁸ Sobre el reconocimiento de la libertad de empresa en la actividad de intermediación financiera, pueden consultarse la sentencia 372, de 19 de junio de 1997, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia 825, de 6 de mayo de 2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

⁹ Artículo 156.11 de la Constitución.

¹⁰ Artículo 156.32 de la Constitución.

en diciembre de 2010 y que ha sido parcialmente reformada en marzo de 2011, es acorde a la Constitución de Venezuela. No obstante, antes de proceder a ello, se analizarán los antecedentes relacionados con el objeto de este estudio.

2.2. La naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera

En la doctrina científica nacional venezolana, han existido dos posiciones sobre la naturaleza de la actividad económica de la intermediación financiera. Así se tiene que existe un sector, que consideraba que se trata de una actividad de Servicio Público (i) y otro sector, que consideraba que se trata de una actividad privada sometida al control del Estado (ii). En este mismo orden de ideas, corresponde mencionar la posición asumida por el Tribunal Supremo de Justicia, que ha variado en el tiempo (iii). A continuación se expondrá sucintamente lo que señalan cada una de estas tesis.

- i) La posición doctrinal que considera la actividad económica de intermediación financiera como un Servicio Público

En la doctrina científica, VILLAVICENCIO había sostenido que “uno de los principios básicos de nuestra legislación bancaria, es que el servicio de intermediación en el crédito comercial, hipotecario, de inversión, constituye una actividad de Servicio Público, que se presta por autorización o delegación del Estado”¹¹.

Por su parte, PADRÓN señalaba que siendo la banca una función de naturaleza evidentemente pública o de interés público, que también involucra funciones de naturaleza mercantil ordinaria, su gestión se encuentra sometida a las autorizaciones que reciben los operadores para la promoción y apertura de bancos, que en la práctica constituyen propias y verdaderas concesiones, cuyas condiciones se encuentran ampliamente establecidas en la Ley y cuya presencia determina la especificidad de regulaciones que ponen en evidencia la excepcionalidad de la actividad de intermediación financiera¹².

En sentido similar, se pronunciaba el autor LEPERVANCHE, quien sostenía que prácticamente en la totalidad de los países la Banca es considerada un Servicio Público “que tiene asignada la función de intermediación del ahorro interno del país”, situación que la coloca en la posición de operar con un control cualitativo y cuantitativo de los recursos que capta, administra e invierte, y con la concepción de considerar que los servicios que presta satisfacen necesidades económicas de los usuarios del servicio, lo que le permite sostener que se trata de un servicio de interés general. Sin embargo, aclara que “la actividad que involucra el Sistema Bancario lo hace susceptible de una inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control, por parte de las autoridades, más profunda que la de otras actividades de la economía nacional, pero no la hace legalmente, una concesión”, que otorga el Estado a los particulares para su realización¹³.

Tal como se puede apreciar, estos tres destacados juristas que han sido citados, al referirse a la naturaleza pública de la actividad de intermediación financiera, coinciden en admitir que es similar a un Servicio Público, pero difieren en la naturaleza del título administrativo habilitante, en el sentido de considerar si se trata de una auténtica autorización o de una concesión.

No obstante, cabe destacar que tan valiosas opiniones no fueron formuladas bajo la óptica *iuspublicista* que otorga el derecho constitucional y administrativo venezolano¹⁴, sino desde una visión del derecho mercantil o comercial.

- ii) La posición doctrinal que considera la intermediación financiera como una actividad privada sometida al control del Estado

Al respecto GRAU considera que la actividad de intermediación financiera tiene una naturaleza estrictamente privada y mercantil, lo que lleva a descartar su calificación como Servicio Público y menos aún de aquellos denominados virtuales o impropios¹⁵.

¹¹ VILLAVICENCIO, V. Algunas reflexiones en torno a los principios de la banca en Venezuela. 1989, p. 43.

¹² PADRÓN AMARÉ, O., Algunas reflexiones sobre el régimen tributario de las instituciones financieras, con especial referencia a los bancos comerciales, *Sistema Financiero y Derecho*, Caracas, 1994, pp. 189-201.

¹³ LEPERVANCHE MICHELENA, R., Banca Universal, *Sistema Financiero y Derecho*, Caracas, 1994, pp. 189-201.

¹⁴ Es importante recordar que la noción de Servicio Público en Venezuela tiene sus características propias, que la distinguen de la tradicional noción francesa, española o de la que desarrollan los países de Iberoamérica. Al respecto puede consultarse sobre la concepción actual del Servicio Público en Venezuela, Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*. Ediciones Paredes, Caracas, 2010; AA.VV., (Dir. Víctor R. Hernández-Mendible), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

¹⁵ GRAU, G. Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como Servicio Público, *El nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 296-302.

Por su parte, los autores MUCI FACCHIN y PONTE afirman que la actividad de intermediación financiera no se identifica con la actividad de Servicio Público en sentido estricto, sin embargo, no descartan la adopción de la tesis de los denominados Servicios Públicos impropios, lo que supone que los operadores privados tienen un derecho preexistente de realizar la actividad, lo cual podrán hacer una vez obtenida la autorización¹⁶.

No obstante sostienen los citados autores, que los particulares tienen derecho a la libertad de empresa -ex artículo 112º de la Constitución de Venezuela- en razón de lo cual pueden realizar la actividad económica de intermediación financiera, con sujeción a las limitaciones establecidas en la Ley, lo que permite que el ente regulador de dicha actividad ejerza la supervisión, fiscalización, control y dicte decisiones de conformidad con la Ley, que limitan el ejercicio de los derechos a través de la ejecución de las típicas actividades de policía administrativa. Señalan los mencionados autores, que su tesis se sustenta en el interés general que involucra la actividad, lo que justifica la limitación de su ejecución libremente por los particulares y en la necesidad de éstos de obtener una autorización para ello¹⁷.

En tanto, el autor del presente artículo ha sostenido que la intermediación financiera constituye una actividad económica privada, de naturaleza mercantil, que los operadores tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de competencia, pero como toda actividad en la cual se encuentra involucrado o presente un interés general, resulta justificada la intervención del ente regulador que debe efectuar el control de la misma, tanto en la fase previa de promoción que se inicia con una autorización, durante la fase propiamente de promoción que debe finalizar con una autorización de funcionamiento, luego en la fase de operación o funcionamiento, a través de la supervisión y fiscalización del desarrollo de la misma, así como en el supuesto extremo en que sea necesario y se llegue a la fase de intervención o más grave aún, que proceda la liquidación, que en definitiva deberá conducir a la extinción de título administrativo habilitante. Tanto la actuación de los operadores como del ente regulador, deben

realizarse en el marco de la economía social de mercado que surge de la Constitución¹⁸.

Para finalizar este subepígrafe, luce pertinente destacar que PELLEGRINO PACERA, al analizar la naturaleza jurídica de la actividad aseguradora y su pretendida consideración como una actividad de Servicio Público llega a conclusiones similares a las formuladas por la doctrina científica, respecto a la actividad de intermediación financiera.

En tal sentido, comienza por expresar que la noción de Servicio Público en sentido estricto se refiere a una actividad monopólica de la Administración que excluye la participación de la iniciativa privada; y en sentido amplio, admite su prestación en régimen de concurrencia entre la Administración y el sector privado. De ello infiere que en el primer sentido, se produce una reserva al Estado y por ende la Administración asume la titularidad; y en el segundo sentido, no existe ni reserva al Estado, ni asunción de titularidad, a éste corresponde la obligación de supervisar y vigilar el desarrollo de la actividad, para asegurar el normal funcionamiento de los Servicios Públicos prestados por los particulares¹⁹.

Conforme a ello concluye, que la actividad aseguradora –que ha sido analizada con el mismo prisma que la doctrina científica estudió la actividad bancaria– debe considerarse “una actividad privada, de naturaleza mercantil en la cual se encuentra presente un evidente interés general, [por lo que] los particulares que pretendan realizar esa actividad, están sujetos a la autorización previa del Estado, quien otorga la habilitación administrativa para que los particulares puedan operar en ese campo”²⁰.

iii) El criterio jurisprudencial sobre la actividad de intermediación financiera

Inicialmente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional había asumido la tesis, que la actividad de intermediación financiera tenía la naturaleza jurídica de un Servicio Público²¹; pero posteriormente cambio de posición, introduciendo un nuevo criterio en la sentencia 825, de 6 de mayo de 2004, en la cual expone:

¹⁶ MUCI FACCHÍN, G., y MARTÍN PONTE, R., *Regulación Bancaria*, UCAB, Caracas, 2004, p. 31.

¹⁷ MUCI FACCHÍN, G., y MARTÍN PONTE, R., *Ob. cit.*, pp. 34-36.

¹⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., *La actividad de Servicio Público y la regulación bancaria, Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 97, 106.

¹⁹ PELLEGRINO PACERA, C., *El régimen autorizatorio para la constitución y funcionamiento de las empresas de seguros en Venezuela: Una forma de control estatal, Estudos sobre regulaçõ e Crises dos mercados financeiros*, (Coords. André Saddy y Aurilivi Linares Martínez), Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011, p. 517.

²⁰ PELLEGRINO PACERA, C., *Ob. cit.* p. 526.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 85, de 24 de enero de 2002.

“Ahora bien, al estar la materia bancaria examinada en la presente causa regulada por una Ley distinta a la mencionada, a saber, por el Decreto N° 1526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que es Ley especial y de aplicación preferente en el sector según el principio *lex specialis derogat legi generale* ... es menester atender a lo establecido en ella, y así observa la Sala en esta oportunidad que aun cuando de acuerdo al mencionado texto legal la actividad de intermediación financiera que realizan sociedades mercantiles como el Banco del Caribe C.A., Banco Universal, no constituye una actividad de prestación de Servicio Público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada Ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112° y 113° constitucionales), además el título habilitante del cual depende el ejercicio de la misma no es una concesión sino una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (artículo 10° del Decreto con Fuerza de Ley); lo cierto es que dicha actividad si está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente, que permitan constatar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la Constitución como el bloque de la legalidad imponen a los agentes del sector, así como el respeto de los derechos subjetivos de los usuarios de los servicios privados que prestan las instituciones bancarias y financieras, pero de cuya eficiente y justa prestación depende, se insiste, la satisfacción de derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual, en definitiva, es el objetivo al que debe dirigirse la regulación y la actuación de la administración”.

En este fallo se pueden extraer importantes ideas, en cuanto concierne a la actividad económica de intermediación financiera:

En primer lugar, el fallo sostiene que al no establecer ni la Constitución, ni la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras –actual Ley de las Instituciones del Sector Bancario– una reserva a favor del Estado, la actividad de intermediación financiera no se constituye en un Servicio Público, que permita admitir la exclusión de la libertad de empresa.

Esta afirmación constituye un retroceso respecto a fallos anteriores, en los cuales se había sostenido que la presencia de la reserva de una actividad no implicaba la existencia de un Servicio Público y que incluso la existencia de la reserva o de la declaración de Servicio Público, en ningún caso excluía la libertad de empresa²².

En segundo lugar, la decisión reconoce que si bien la actividad de intermediación financiera no constituye un Servicio Público, sí involucra una actividad de interés general, en la cual los particulares pueden ejercer el derecho a la libertad de empresa, pero con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, admite la Sala que dada la presencia del interés general en la actividad de intermediación financiera, ella se constituye en la causa justificante de la intervención del Estado, en virtud de lo cual pueden las autoridades públicas, regular dicha actividad económica tanto legal como administrativamente.

Luego que se produjo esta sentencia, que se alineaba con la tesis formulada por la doctrina científica mayoritaria y especializada en el derecho público económico, se va a producir una reforma legal, que viene a renovar el debate sobre la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera.

III. La Nueva Ley de instituciones del sector bancario

La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras no contenía formalmente una declaración de Servicio Público de la actividad de intermediación financiera y fue derogada por la

²² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., Los Servicios Públicos competitivos y la libertad de empresa, *Estudios Jurídicos Políticos en Homenaje al Profesor Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 323-346.

Ley de Instituciones del Sector Bancario, reformada por la actualmente vigente, cuyo artículo 8º expresamente establece:

“Las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un Servicio Público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3º de la presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad. De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en esta Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo a los términos de la presente Ley”.

La lectura inicial de esta disposición hace pensar que se ha asumido la tesis del Servicio Público, al menos nominalmente, no obstante, cabe resaltar que lejos de haberse apaciguado la polémica en la doctrina científica nacional, ésta se ha visto reavivada, incluso con la participación de nuevos protagonistas.

Es así como corresponde analizar, a partir de esta norma legal, las razones que se han expresado en favor de la tesis que reconoce que la actividad económica de la intermediación financiera constituye un auténtico Servicio Público (i), de la posición que considera dicha actividad económica de naturaleza privada, sometida al control del Estado (ii).

3.1. La posición doctrinal que considera la actividad económica de intermediación financiera como un Servicio Público

Al analizar esta norma HERNÁNDEZ, ha expresado que una vez producida la declaración legislativa de

Servicio Público de la actividad de intermediación financiera, carece de interés práctico la discusión teórica sobre si realmente tal actividad cumple o no los presupuestos de dicha institución²³. Ello ha supuesto que las organizaciones bancarias existentes, se hayan transformado virtual o implícitamente en concesionarios de un Servicio Público²⁴.

Luego de realizar una extensa disertación sobre la responsabilidad del Estado legislador a consecuencia de la transformación legal de la naturaleza de la actividad de intermediación financiera y de los efectos patrimoniales que se generan en los titulares de derechos a desarrollar tal actividad, concluye señalando que “la actividad bancaria como Servicio Público intensifica el tenor de la intervención del estado en la prestación del servicio bancario y muestra a través de varias normas la tendencia a disminuir el valor de los derechos fundamentales de los empresarios bancarios, especialmente los derechos de asociación, libre iniciativa y propiedad, que tienen rango constitucional. A través de las potestades concedidas al Órgano Superior del Sistema Financiero (OSFIN) y el aumento de las atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), se coloca a la actividad bancaria privada en una situación de precariedad y de mayor dependencia de la discrecionalidad gubernamental. Se ha de tener en cuenta, sin embargo, que la actuación de la administración se debe sujetar al principio de legalidad y que la discrecionalidad tiene como límite natural la arbitrariedad”²⁵.

3.2. La posición doctrinal que considera la intermediación financiera como una actividad privada sometida al control del Estado

Al estudiar la declaración nominal de Servicio Público establecida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ sostiene que es jurídicamente inútil y que constituye una pérdida de tiempo efectuar su análisis. Tal conclusión se encuentra precedida de la siguiente explicación: “la declaratoria de Servicio Público de todas las actividades del sector (no ya de la actividad bancaria) se hizo con un propósito más político que jurídico, lo que no deja de ser una errada técnica legislativa, pero nada más. Así, frente al citado artículo 8º basta con señalar que,

²³ MORLES HERNÁNDEZ, A., *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, p. 47.

²⁴ MORLES HERNÁNDEZ, A., *Ob. Cit.*, pp. 48 y 51.

²⁵ MORLES HERNÁNDEZ, A., *Ob. Cit.*, p. 60.

desde la estricta perspectiva jurídica, tal calificación de Servicio Público es irrelevante. La actividad de intermediación financiera no está más o menos regulada por su calificación como Servicio Público. Las potestades que la Administración bancaria puede ejercer, no serán mayores ni menores a las que la LISB establece, con o sin calificación de Servicio Público, dado que ello es exigencia última del principio de legalidad. Mucho menos puede sugerirse, siquiera, que el sector bancario está reservado al Estado: primero, la LISB no tiene rango orgánico, con lo cual la discusión no puede plantearse. Además, esa reserva, por supuesto, no aparece en la LISB. Finalmente, pues la LISB regula a la actividad del sector bancario conforme a la actividad de limitación de actividades entregadas a la libertad de empresa, como lo evidencia el uso de la técnica autorizatoria²⁶.

En este orden de ideas, LINARES MARTÍNEZ sostiene que "al incluir el concepto de Servicio Público, la LISB, se aparta de la tradición observada por la Constitución y las anteriores Leyes que han regido el sector bancario venezolano, sin percatarse de que la sola declaratoria de Servicio Público no supone: (i) que la intermediación bancaria sea una actividad reservada al Estado; (ii) que el título para su ejercicio es una concesión, y (iii) que respecto de esa actividad se trasladen a las Administraciones habilitaciones genéricas de potestades de ordenación y limitación"²⁷.

Por tanto, considera inapropiado utilizar la declaración de Servicio Público para pretender justificar un incremento de los controles específicos y continuos sobre los operadores bancarios, pues aún cuando es una actividad que realizan los particulares en ejercicio de la iniciativa privada y la libertad de empresa, el interés público presente es una obviedad; por lo que, concluye señalando que comparte "la posición de la doctrina científica que considera que la actividad bancaria no puede ser encuadrada conceptualmente dentro de la categoría jurídica del Servicio Público, al menos cuando es prestada por particulares, ya que la calificación de la actividad bancaria como actividad privada de interés general es la que se ajusta mejor a las intensas técnicas de

intervención pública en este sector, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los servicios bancarios"²⁸.

En tanto GRAU, quien antes de la Ley ya había fijado posición al respecto, señala que la nueva norma legal no implica una reserva al Estado de la actividad bancaria, constituyendo dicha disposición una absoluta imposibilidad formal y material de concretar una reserva al Estado, por lo que produce una equivocada calificación de Servicio Público sobre la misma. Ante ello propone descartar su utilización para justificar la intervención estatal en la actividad bancaria realizada por los particulares, considerando que debe prevalecer el criterio que considera a esta actividad como estrictamente privada y mercantil, con fundamento en la constitucionalmente reconocida libertad económica, que al no ser absoluta, sino relativa, puede experimentar limitaciones por vía legal, respetando su contenido esencial, así como los principios de razonabilidad, *favor libertatis* o de menor intervención²⁹.

3.3. Un comentario sucinto a las declaraciones de Servicio Público, utilidad pública y a las competencias del Ejecutivo Nacional establecidas en la Ley

El artículo 8° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario introduce varias novedades en la legislación bancaria, cuya transcendencia merece algunos comentarios preliminares: por una parte, es la primera vez que efectúa la declaración nominal de la actividad de intermediación financiera como una actividad de **Servicio Público**; y por otra parte, dispone que tanto las **personas jurídicas de derecho privado** como **los bienes de cualquier naturaleza**, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de **utilidad pública**.

En lo que concierne a este último aspecto, de la consideración de utilidad pública de las personas jurídicas de derecho privado, no deja de causar asombro por dos razones: en primer lugar, porque las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas son sujetos titulares de derechos y obligaciones, son

²⁶ HERNÁNDEZ G, J. La libertad de empresa y el sector bancario, *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, p. 182.

²⁷ LINARES MARTÍNEZ, A. Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario, *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, pie de página 88, p. 182.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ GRAU, G. Sobre la correcta categorización jurídica de la actividad bancaria y las potestades de la Administración Pública en el sector (A propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario), *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 236, 242, 273.

los destinatarios de los actos jurídicos y tienen la obligación de cumplirlos y exigir que se cumplan³⁰, tanto por los órganos que ejercen el Poder Público como por la Administración Pública en cualquiera de las modalidades como se organiza, que siempre debe actuar inspirada en la premisa de servicio a las personas, con sujeción plena al ordenamiento jurídico; pero en ningún caso pueden ser objeto de una declaración jurídica que únicamente puede recaer sobre los bienes de cualquier naturaleza, con la finalidad de que puedan cumplir su función social de contribuir a la satisfacción del interés general, conforme a lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad y en las leyes.

En segundo lugar, cabe destacar que más allá de la incorrección de efectuar la declaración de utilidad pública sobre personas, -en lugar de los bienes-, el legislador realiza una distinción jurídicamente inaceptable, pues otorga un trato discriminatorio o desigual a las personas jurídicas privadas y a las personas jurídicas públicas, como si fuese posible que las primeras deban cumplir con la Ley cuando realizan la actividad de intermediación financiera y que las segundas puedan sustraerse de ello.

Esta irracional declaración lleva a considerar que la mención contenida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, de catalogar a las personas jurídicas privadas como -si fuesen bienes- de utilidad pública, constituye un manifiesto desconocimiento de la Constitución³¹.

En lo atinente a la declaración de utilidad pública, recaída sobre los bienes de cualquier naturaleza que se utilicen para el desarrollo de la actividad de intermediación financiera, se considera que debiendo ser efectuada por el Poder Legislativo, a través de una declaración formal contenida en un acto jurídico legal o en un acuerdo, la misma se constituye en una declaración general que brindaría cobertura jurídica, a cualquier necesidad futura de expropiación que pretenda el Ejecutivo Nacional sobre tales bienes, de producirse la emergencia financiera en los supuestos contemplados en la misma Ley y que exoneraría de la necesidad de solicitar una declaración especial para el caso concreto al Poder Legislativo.

Dicho esto, corresponde realizar algunas consideraciones sobre la declaración de Servicio

Público atribuida en la Ley, a la actividad económica de intermediación financiera.

La Ley asume solo de manera nominal, si se prefiere aparente, la tesis que había sido sostenida por un destacado sector de la doctrina científica, respecto a la naturaleza jurídica de la intermediación financiera, pero no altera el régimen jurídico general, pues no estableció la reserva estatal.

Resulta pertinente recordar que la doctrina científica ha sostenido que la reserva estatal de una actividad, bien o servicio constituye la máxima restricción al ejercicio de los derechos económicos, es decir, "es un título jurídico-público de intervención o **interferencia** del Estado en la actividad económica y en el mercado"³², que tiene su justificación constitucional en razones de interés público y de carácter estratégico³³ y que presenta las siguientes características³⁴:

- a) Es jurídica, pues le otorga la titularidad y el consecuente poder de decisión sobre la actividad, el servicio o el bien reservado.
- b) Es pública, en cuanto que la actividad, el servicio o el bien que es objeto de la reserva, cae bajo el ámbito del Poder Público y se sustrae al sector privado.
- c) Es exclusiva, porque la titularidad es plena e intransferible.
- d) Es formal, porque toda reserva al Estado debe provenir de la expresa, clara e inequívoca manifestación de la voluntad del constituyente o del legislador, mediante Ley Orgánica, no pudiendo ser tácita o implícita.

Lejos de ello, en la actividad de intermediación financiera concurren las sociedades mercantiles cuyo accionista mayoritario es el Estado, con las sociedades mercantiles cuyos accionistas son particulares, -inversionistas nacionales o internacionales-; no se impide el ejercicio de la libertad de empresa, que continúa estando intensamente regulada y sometida a los controles **ex ante** y **ex post** de la autoridad reguladora del sector, es decir, no introduce elementos adicionales en cuanto al control previo y el posterior al que se han encontrado sometidos los agentes económicos aspirantes a ingresar al mercado como operadores bancarios, quienes requieren la obtención previa

³⁰ Artículo 131° de la Constitución.

³¹ Artículos 2°, 21° y 115° de la Constitución.

³² ARAUJO-JUÁREZ, J. La reserva al estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 22.

³³ Artículo 302° de la Constitución.

³⁴ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ibidem*.

del título administrativo habilitante de autorización y una vez obtenido éste, el cumplimiento pleno del ordenamiento jurídico, mientras ejercen la actividad económica³⁵.

Por tanto, más allá de la expresión nominal de Servicio Público introducida en la Ley, ésta no implicó mayores reformas normativas y operativas a las agentes económicos, pues la intermediación financiera sigue constituyendo una actividad económica preminentemente privada, de naturaleza mercantil o comercial, que los operadores tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de competencia y al estar presente en su realización el interés general, sigue resultando justificada la intervención del ente regulador que debe efectuar la supervisión, inspección y control de la misma, con plena sujeción a la Ley y al derecho³⁶.

Por último cabe destacar, que la referencia a la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros para acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que se estime necesaria sobre las entidades del sector bancario y sus empresas relacionadas, no dista mucho de la manera en que históricamente se habían asumido las distintas crisis bancarias, entre 1960 y 2010, cuando la decisión final de intervenir, liquidar o estatizar, requería de la declaración previa de emergencia económica por el Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros y posteriormente, a partir de su creación, de la aprobación por la Junta de Regulación de la Emergencia Financiera, la Junta de Regulación Financiera, del Consejo Superior o el órgano superior del sistema financiero nacional, según la época.

La nueva regulación viene a sincerar legalmente lo que ha estado ocurriendo en la práctica, que la responsabilidad sobre las decisiones adoptadas respecto a las entidades bancarias que puedan poner en peligro el sistema económico nacional, recae en última instancia en el Ejecutivo Nacional, quien constitucionalmente es el responsable de

administrar la hacienda pública nacional³⁷ y por tanto, puede decidir si se otorgarán ayudas, auxilios o rescates, así como la viabilidad de cubrir con las garantías existentes, las circunstancias económicas extraordinarias.

IV. El ejercicio de la libertad de empresa en el sector bancario

La reciente Ley de Instituciones del Sector Bancario tiene una doble finalidad, a los efectos del presente análisis: por una parte, establece el marco normativo de la actividad administrativa de regulación, al disponer cuál es el régimen para “la constitución, funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción de las instituciones que operan en el sector bancario venezolano, sean éstas públicas, privadas o de cualquier otra forma de organización permitida por esta Ley y la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional”³⁸; y por la otra, persigue establecer los principios y disposiciones que permitan la sostenibilidad de la actividad de intermediación financiera por los operadores al “garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido, transparente, confiable y sustentable, que contribuya al desarrollo económico-social nacional, que proteja el derecho a la población venezolana a disfrutar de los servicios bancarios, y que establezca los canales de participación ciudadana; en el marco de la cooperación de las instituciones bancarias y en observancia a los procesos de transformación socio económicos (...)”³⁹.

Por tanto, toda la actividad de intermediación financiera que realizan las instituciones bancarias se encuentran sujetas a la Constitución, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el Código de Comercio, la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley del Mercado de Capitales, así como a las otras disposiciones que resulten aplicables, los reglamentos de dichas Leyes, la normativa prudencial⁴⁰ expedida por el regulador bancario⁴¹ y las resoluciones emitidas por el Banco Central de Venezuela.

³⁵ Artículos 3° y 7° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

³⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La actividad de Servicio Público y la regulación bancaria, *Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 97, 106.

³⁷ Artículo 236.11 de la Constitución.

³⁸ Artículo 1° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

³⁹ Artículo 2° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁰ El artículo 6° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario define la normativa prudencial como aquella emanada del ente regulador contentiva de las “directrices e instrucciones de carácter técnico contable, legal y tecnológico de obligatoria observancia, dictada mediante resoluciones de carácter general y a través de las circulares enviadas a las personas naturales o jurídicas sometidas a su control”.

⁴¹ El ente regulador actualmente se denomina “Superintendencia de instituciones del sector bancario”, según lo dispone el artículo 6° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

Dicho esto debe mencionarse, que la regulación administrativa bancaria se traduce en la supervisión y control del cumplimiento de los requisitos de constitución y promoción, así como una vez en funcionamiento la entidad, mediante la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia, la sanción; y en situaciones extremas, en la intervención, la liquidación o la estatización, aspectos que llevan a determinar cómo incide la regulación en los elementos integrantes de la libertad de empresa, como son el ingreso al mercado, la permanencia y el cese de la actividad de intermediación financiera. Seguidamente se analizará cada uno.

4.1. El acceso al mercado bancario

El acceso a la actividad de intermediación financiera pasa por obtener una autorización para la constitución y promoción de la institución bancaria⁴² y una vez cumplida esta fase conforme a la Ley, se deberá obtener la autorización de organización y funcionamiento de la entidad bancaria, del ente regulador bancario⁴³, previa opinión del órgano superior del sistema financiero nacional.

Además, se requieren autorizaciones para la apertura, traslado, cierre o fusión de las oficinas de las entidades bancarias⁴⁴, así como las oficinas de representación de instituciones bancarias extranjeras en el país⁴⁵, o el establecimiento de instituciones bancarias extranjeras en el país⁴⁶.

Sin hacer referencia detallada a las disposiciones sub legales que complementan la aplicación de los artículos citados, se puede apreciar cómo el acceso al mercado tiene un conjunto de condicionamientos y requisitos de carácter técnico-financiero, destinados a garantizar que los agentes económicos que aspiran a operar en el sector bancario, cuenten con la experiencia, calificación e idoneidad que limita el acceso a determinadas personas y que constituye una auténtica garantía que desde el inicio, los promotores, organizadores, accionistas y directores van a actuar con sujeción a las finalidades establecidas en la Ley, para que el sistema bancario sea confiable, transparente y sano.

4.2. La permanencia en el mercado bancario

Luego que se ha iniciado la actividad de intermediación financiera por la institución bancaria autorizada para ello, el ente regulador tiene atribuido un relevante conjunto de facultades para llevar a cabo la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia y la imposición de las sanciones en el mercado financiero⁴⁷ en virtud de lo cual debe autorizar, supervisar, fiscalizar, inspeccionar, controlar y regular a los operadores bancarios e instruir la corrección de fallas que se detecten en el desarrollo de la actividad de intermediación y la imposición de las sanciones conforme al ordenamiento jurídico vigente, siempre orientado a garantizar y defender los derechos e intereses de los depositantes y del público en general⁴⁸. Es así como la Ley otorga a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, las atribuciones para efectuar la regulación de la actividad económica⁴⁹.

El ente regulador tiene facultades amplias y discrecionales -dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad- para efectuar la inspección, vigilancia, supervisión y control. La inspección deberá ser una semestral como mínimo en cada institución del sector bancario y el regulador puede impartir las instrucciones o recomendaciones que estime necesarias a las entidades bancarias y si éstas no las cumplen, debe ordenar la adopción de medidas preventivas de obligatoria observancia, sin perjuicio de las sanciones contempladas en la Ley⁵⁰.

También puede el ente regulador dirigir las instrucciones que juzgue necesarias, a las instituciones que operan en el sector, cuando éstas hayan incumplido la Ley o las demás normas aplicables, en especial, las referidas a los niveles de capital mínimo o a reducciones del capital social.

Si la institución bancaria no acogiera en el plazo indicado las instrucciones impartidas, el ente regulador podrá exigir la elaboración e implementación de los programas de regularización que fueren necesarios y disponer todas aquellas medidas de carácter preventivo y correctivo, así como la imposición de las sanciones pertinentes,

⁴² Artículo 9° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴³ Artículo 18° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁴ Artículo 22° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁵ Artículo 25° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁶ Artículo 28° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁷ Artículo 153° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁸ Artículo 154° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁹ Artículo 172° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁰ Artículos 177° y 178° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes⁵¹.

Los supuestos que pueden dar origen a la imposición de las medidas administrativas se encuentran previstos en el artículo 181° de la Ley, así como las medidas que se podrán adoptar⁵².

Únicamente en caso que estas medidas administrativas no resultasen eficaces, el ente regulador podrá ejercer las atribuciones de intervención temporal^{53,54}, a los fines de la rehabilitación⁵⁵ y de no resultar ella procedente, disponer la liquidación administrativa⁵⁶; a menos que sea posible aplicar los mecanismos extraordinarios de transferencia⁵⁷, en cuyo caso, implementado alguno de éstos, se procederá a acordar su inmediata liquidación⁵⁸. Una vez acordada la liquidación, el ente regulador procederá a revocar la autorización⁵⁹.

4.3. El retiro del mercado bancario

Los operadores del sector bancario pueden cesar en el ejercicio de la actividad de intermediación, previa notificación al ente regulador, quien deberá verificar que han cumplido con todas las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, para aceptar la solicitud y producir la revocatoria de la autorización⁶⁰.

V. Consideraciones finales

La calificación de la actividad de intermediación financiera como **Servicio Público** y de los bienes para gestionarla como de **utilidad pública** no han incidido en el resto de la normativa, que tradicionalmente ha venido regulando el sector bancario, no existe la obligación de transformación de los títulos administrativos habilitantes (**non conversio tituli**), ni limitaciones adicionales a las que jurídica, económica y técnicamente han existido, así como tampoco al número de agentes económicos que pueden aspirar a ingresar y concurrir en el sector.

En consecuencia, es posible considerar que la intermediación financiera, con independencia de que quienes la realicen sea personas privadas o públicas, -en cuyo caso éstas también se dedican a una actividad empresarial del carácter comercial-, constituye una actividad económica de naturaleza mercantil, que los operadores privados tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa -los operadores públicos en el ámbito de la legalidad- en régimen de competencia y que al estar presente en su realización el interés general, se encuentra sometida a la intervención estatal en su condición de regulador, que debe efectuarla con sujeción plena a la Ley y al derecho.

⁵¹ Artículo 180° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵² Artículo 182° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵³ LINARES MARTÍNEZ, A. Aproximación a la intervención administrativa de empresas a través de la legislación bancaria, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo II, Paredes Editores, Caracas, 2009, pp. 895-927.

⁵⁴ Artículos 242°, 244°, 250° al 255° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁵ Artículos 242°, 256° al 258° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁶ Artículos 242°, 260° al 269° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁷ Artículos 248° y 250.6 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁸ Artículo 249° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁹ Artículo 172.4 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁶⁰ Artículo 172.4 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.