

¿Por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público?

Visión comparada de las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria

Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: *La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela*. 2da. Edición. UCAB, UMA, Caracas, 2016

Fred Aarons P.*

RVDM, E.1, 2021, pp. 333-368

Resumen: El presente artículo tiene como propósito rendir homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández y a su extensa obra jurídica, especialmente a su libro titulado: “*La Banca en el Marco de la Transición de los Sistemas Económicos en Venezuela*”, por medio de un análisis sobre el ¿por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público?, tomando en consideración una visión comparada de las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria.

Palabras claves: Banca; Economía; Derecho; Regulación; Auto regulación.

Why should banking not be a public service?

Comparative view of the causes and repercussions of the role of the State in banking activity

Tribute to the work of Dr. Alfredo Morles Hernández: Banking in the Framework of the Transition of Economic Systems in Venezuela. 2nd. Edition. UCAB, UMA, Caracas, 2016

Abstract: *The purpose of this paper is to pay tribute to Professor Alfredo Morles Hernández and his extensive legal work, especially to his book entitled: “Banking in the Framework of the Transition of Economic Systems in Venezuela”, by means of an analysis on why shouldn’t banking activity be a public service? taking into consideration a comparative view of the causes and repercussions of the role of the State in banking.*

Keywords: *Banking; Economy; Law; Regulation; Autoregulation.*

Autor invitado

Recibido: 20/09/2021

Aprobado: 23/09/2021

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por American University; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por American University Washington College of Law; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante otras instituciones internacionales.

¿Por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público?

Visión comparada de las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria

Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela. 2da. Edición. UCAB, UMA, Caracas, 2016

Fred Aarons P.*

RVDM, E.1, 2021, pp. 333-368

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN; 1. *La Banca, la economía y el derecho*; 2. *El concepto de regulación y el marco regulatorio usualmente aplicado a la actividad bancaria*; 3. *La perspectiva del profesor Alfredo Morles Hernández acerca de la Banca en el Marco de la Transición de los Sistemas Económicos en Venezuela*; 4. *¿Por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público? Las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria*; 5. *Una visión comparada de las experiencias regulatorias aplicadas a la actividad bancaria*; CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Preliminar

Este artículo tiene primeramente como propósito rendir homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández y a su extensa obra jurídica. El profesor Morles Hernández fue en vida un consecuente académico, estudioso, analista y expositor de una amplia variedad de asuntos relativos al Derecho Mercantil, entre otras ramas jurídicas. En esta ocasión, la Revista Venezolana de Derecho Mercantil ha tenido la gentileza de invitarnos a homenajear al profesor Morles Hernández, quien también fuera en vida Presidente Honorario de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Como consecuencia de tan gentil invitación, la cual agradecemos por honrarnos,

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por American University; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por American University Washington College of Law; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante otras instituciones internacionales.

se nos ha solicitado seleccionar y discutir un tema entre todos aquellos que fueron expuestos en vida por el profesor Morles Hernández. En función del marco de referencia que ofrece el libro titulado “*La Banca en el Marco de la Transición de los Sistemas Económicos en Venezuela*”, publicado por el profesor Morles Hernández originalmente en el año 2011, y habiendo la segunda edición sido publicada posteriormente bajo su coordinación en el año 2016 (Morles Hernández, 2016), hemos considerado propicio analizar el ¿por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público? tomando en consideración una visión comparada de las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria.

En desarrollo de este artículo, analizaremos en el capítulo 1 tres (3) conceptos interrelacionados entre sí, como lo son la banca, la economía y el derecho. A propósito de ello, haremos referencia especial, en el capítulo 2, al concepto de regulación y al marco regulatorio usualmente aplicado a la actividad bancaria. La discusión de los referidos conceptos propiciará que nos reframemos en el capítulo 3 a la perspectiva del profesor Alfredo Morles Hernández acerca de la Banca en el Marco de la Transición de los Sistemas Económicos en Venezuela. Esta perspectiva nos permitirá analizar en el capítulo 4 las razones por las cuales la actividad bancaria no debe ser un servicio público, sino más bien un servicio empresarial con regulaciones de interés general; alcanzando a formular ciertas consideraciones acerca de las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria. A partir de esas consideraciones, en el capítulo 5 compararemos las experiencias regulatorias aplicadas a la actividad bancaria en la Argentina, Chile, Colombia, la Comunidad Europea, los Estados Unidos de América y México.

INTRODUCCIÓN

Para adentrarnos en el ámbito de la actividad bancaria y combinarla con la función reguladora del Estado dirigida a atender efectivamente el interés general, es necesario enfocar nuestra atención previamente a ciertos presupuestos básicos, a saber:

- a. Que la economía y el derecho están profundamente interrelacionados, así como la actividad bancaria como gestión empresarial está en buena medida determinada por la economía y las disposiciones normativas, reflejo de la perspectiva regulatoria del Estado.
- b. Que las estipulaciones contractuales producto de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en desarrollo de la actividad bancaria deben ser válidamente consideradas como parte de la gestión empresarial ejecutada por las entidades bancarias.

- c. Que el análisis económico del derecho proporciona herramientas que permiten aproximar eficientemente las variables económicas, de acuerdo con los esquemas jurídicos más convenientes para generar los niveles de certeza necesarios que permitan alcanzar un balance entre la consecución de intereses generales y la protección de derechos individuales.
- d. Que las modalidades de regulación impuestas por el Estado pueden variar según el interés de éste de proteger a aquellos que percibe en minusvalía, promoviendo el interés general de la sociedad algunas veces en detrimento de la libertad de empresa y contratación.
- e. Que la intervención del derecho en la economía debe atender al marco socio-económico establecido en la Constitución de la nación de que se trate y que las leyes promulgadas deben respetar los principios constitucionales que conforman dicho marco socio-económico, mediante un adecuado balance institucional, jurídico, económico y social.
- f. Que la regulación debe procurar eficiencia en la actividad objetivo, estableciendo criterios coherentes que promuevan un servicio empresarial innovador que esté en capacidad de atender puntualmente los intereses generales de la sociedad en la medida que la solidaridad lo requiera y la asociación entre el sector privado y el sector público lo determinen.

1. La banca, la economía y el derecho

En principio, el derecho influye en la economía, aun cuando no lo determine. Desde la perspectiva económica, hay 3 postulados esenciales a tomar en consideración. Por una parte, la racionalidad aplicada en el supuesto de que las preferencias de los individuos tienden a ser completas, porque las conoce al disponer de suficiente información, teniendo la oportunidad de ordenarlas, y estableciendo criterios de indiferencia entre una y otras y una continuidad que conlleva su prioridad entre las mismas. El segundo postulado económico se refiere a la eficiencia, la cual, según la economía clásica, es la principal herramienta para evaluar y comparar las decisiones económicas. La eficiencia produce eventualmente el nivel máximo posible de beneficio, por lo que es en ese nivel donde se realiza la actividad con el menor costo. Le eficiencia pudiese estar en contraposición con la noción de justicia en la medida que aquella no esté apegada a un criterio moral. Sin embargo, la adecuada asignación de bienes y servicios, de manera que se maximice su utilidad, debería tender a promover la justicia y, en consecuencia, criterios morales (Aarons, 2017, p.53).

Los postulados económicos de decisiones racionales y eficiencia vienen acompañados de los criterios de maximización de utilidad. De allí que el análisis normativo del derecho esté basado en la lógica de las disposiciones normativas, tomando en consideración las necesidades sociales, mientras que el análisis positivo del Derecho está basado en la construcción de un sistema con base en criterios económicos, donde el derecho se interrelaciona con la economía de acuerdo con la racionalidad de las decisiones. Con base en esos elementos, el análisis económico del derecho se configura en un mecanismo de protección del sistema legal amparado en disposiciones normativas, que se apoya en los contratos, los cuáles se configuran en leyes entre las partes contratantes.

Al analizar la interrelación entre la economía y el derecho, la banca juega un papel importante en la economía, puesto que ésta se configura en el motor fundamental de su actividad, principalmente por vía de la intermediación financiera y el sistema de pagos. Dicha intermediación se ejecuta mediante la captación de fondos del público, por una parte; y el otorgamiento de créditos y la generación de inversiones, por la otra. Esta intermediación financiera, así como el sistema de pagos, es lo que determina la necesidad fundamental de regulación que requiere la actividad bancaria, como un mecanismo de protección del usuario bancario. Esta protección al usuario bancario se configura a través de 3 aproximaciones fundamentales. La primera, se refiere a la disposición de información suficiente a los consumidores acerca de los productos y servicios bancarios ofrecidos. La segunda aproximación se manifiesta mediante el establecimiento de medidas protectoras de actos o prácticas ilegales por parte de los participantes en el mercado, incluyendo aquellas prácticas que sean discriminatorias. La tercera aproximación del concepto de protección del consumidor requiere restricciones en el producto o los diseños, lo cual conlleva eventualmente a una restricción en los precios, y demás términos y condiciones de los productos bancarios que los consumidores tienden a consumir. En la medida que dicha protección al usuario bancario se incrementa no se refuerza el concepto de mercado, sino más bien el mercado es reemplazado, puesto que el Estado manifiesta abiertamente preferencia a favor de estos consumidores. Esta preferencia se evidencia cuando el Estado interviene, puesto que no regula el comportamiento del mercado, sino más bien restringe las características de los productos y los consumidores tienden a perder. Ante estas circunstancias, los consumidores no están en capacidad de obtener los productos y servicios que ellos entienden que requieren. Como consecuencia de las restricciones del Estado, los consumidores pierden la oportunidad de procurar los productos que de otra manera habrían seleccionado. La inclusión financiera conlleva la disponibilidad y la igualdad de oportunidades para acceder a los servicios financieros. Dado que las medidas regulatorias desproporcionadas en la actividad bancaria incitan una política de exclusión financiera, los consumidores

estarían en una mejor posición si pueden escoger los servicios financieros que ellos consideren que son los mejores para ellos. Esta definición de inclusión financiera implica la ausencia de condiciones que impidan la habilidad de escogencia de los consumidores y es positiva para éstos, puesto que facilita la movilidad del ingreso, la configuración de riqueza y el bienestar del consumidor. (Johnson, 2019, p. 490-493).

La creciente restricción en la autonomía para seleccionar y contratar productos y servicios bancarios, como consecuencia de las regulaciones impuestas por el Estado, generan incertidumbre regulatoria y promueve riesgos legales. Por ello, la incidencia del derecho en la economía en general, y particularmente en la actividad bancaria, debe ser el resultado de un accionar balanceado con el propósito de proteger a los consumidores bancarios, sin afectar sustancialmente su autonomía de voluntad contractual, mientras se logra preservar la eficiencia en las condiciones económicas y en la gestión bancaria.

2. El concepto de regulación y el marco regulatorio usualmente aplicado a la actividad bancaria

La regulación del sistema financiero tiene como motivaciones no solo la protección de los usuarios, sino también el control macroeconómico, la alocaación de recursos, el control estructural, prudencial y organizacional del sistema. Cualquier análisis regulatorio debería identificar niveles eficientes de regulación en diferentes segmentos del mercado, tomando en consideración factores institucionales o vinculados con el derecho para considerar las preferencias de los individuos a ciertas medidas normativas, en medio de un contexto de libertad, amplitud, democracia y valores morales. La regulación en el sistema financiero debe asegurar la certeza y la confianza como variable fundamental de funcionamiento del sistema financiero. De allí que la normativa regulatoria bancaria deba caracterizarse por ser mutable, instrumentalista, profesional, retributiva, internacional y autónoma, siendo esta autonomía legislativa, científica y didáctica (Prats, Victoria, 2012).

Si consideramos la relación Estado-sociedad, es responsabilidad de los poderes públicos atender los intereses generales y las necesidades de los ciudadanos. Esta responsabilidad se ve reflejada en la actividad económica a través de la actividad de policía desarrollada por el Estado, mediante la cual emite ordenes, que impone coactivamente para delimitar la actividad privada y evitar que ésta atente contra el orden público económico o afecte a los intereses generales. La globalización de las economías y la progresiva apertura a nivel mundial de la actividad económica en manos del sector privado recondujo la función del Estado de prestador de servicios a

garante del funcionamiento y la calidad de los servicios, circunstancia que propulsó la función reguladora del Estado, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general. Si el cambio de posición de Estado en relación con la economía se hizo de todo punto evidente, también lo fue la necesidad de ajustar los viejos paradigmas de intervención. Ese cambio es el que se expresa y concreta en la función pública de regulación (Muñoz Machado, 2010, p. 18).

A partir de esta noción regulatoria el Estado hace las veces de garante del adecuado funcionamiento y buena calidad de los servicios, requiriendo que las empresas prestadoras de bienes y servicios dispongan de las condiciones necesarias para ser eficientes en su gestión con el fin de maximizar su utilidad y proporcionar satisfacción a los consumidores y usuarios. La regulación debe ir orientada, en consecuencia, a establecer pautas de funcionamiento que denoten flexibilidad en la operación empresarial, mientras se mantenga la vigilancia debida para intervenir según sea necesario para corregir los fallos de los mercados y procurar que se satisfagan principalmente a través de los mercados las necesidades públicas.

La concepción regulatoria del Estado tiene su origen en el proceso de intervención del Estado en la actividad económica para la prestación de servicios públicos necesarios para la colectividad. Posteriormente, los esfuerzos regulatorios estuvieron caracterizados por el interés del Estado en permitir la tutela indirecta de tales servicios por medio de la prestación controlada a través de empresas privadas, mediante esquemas de concesión otorgados por el Estado en favor de empresas del sector privado que operaban según los lineamientos establecidos en el régimen de concesión determinado al efecto. Luego, ante el proceso de globalización de la economía mundial ha habido una tendencia hacia los procesos de privatización que han adjudicado a las empresas del sector privado la propiedad y operación de las actividades antes conducidas por el Estado, lo cual requirió que el Estado estableciera mecanismos de control y supervisión en las actividades económicas, sin alcanzar a intervenir en la gestión operativa o de dirección de tales empresas.

Esta tendencia ha estado matizada en algunas economías subdesarrolladas por la reiterada e ineficiente expansión del Estado empresario, que compite con las empresas del sector privado como un participante privilegiado del mercado, al intervenir administrativamente en paralelo en la gestión de dichas empresas, según ocurre en países como Venezuela en pleno siglo XXI, hasta coartar de forma definitiva su capacidad de gestión autónoma, alcanzando o intentando alcanzar todas las formas

de producción, transformación, transporte y prestación de servicios de cualquier clase. Semejante aproximación ha permitido configurar "empresas destinadas a la defensa nacional" bajo la directriz directa del Estado intervencionista. Tal accionar regulatorio representa un retroceso importante en el proceso de desarrollo económico de las naciones que lo intentan con los consecuentes resultados adversos para la sociedad intervenida por las condiciones de producción, rendimiento y precios impuestos por el Estado.

El cambio de paradigma registrado deja a un lado la estatización para dirigir la actividad económica hacia un proceso de mayor liberación según el cual los consensos en materia regulatoria son determinantes para alcanzar y mantener el adecuado equilibrio entre (i) la gestión empresarial con rasgos innovadores y (ii) la preservación del interés general de la sociedad conformada por consumidores de bienes y usuarios de servicios proporcionados por las empresas del sector privado al amparo de las directrices regulatorias establecidas por el Estado. Ante tal situación, la regulación debe caracterizarse como una herramienta de políticas públicas que promuevan innovación empresarial, aplicando mecanismos de corrección de los fallos del mercado con el fin de garantizar los intereses generales, mediante el impulso de instrumentos de cooperación entre reguladores, tal como ocurre en el seno de la Unión Europea, a fin de generar una armonizada centralización de las políticas de supervisión de los mercados. (Aarons, 2019, p.295).

La autorregulación, por otra parte, es concebida como la articulación de nuevas estrategias reguladoras por parte de los poderes públicos para mejorar la participación y la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos de carácter público, preservando la eficiencia de la regulación estatal (OECD, 2005). La coexistencia de normas formales con otros instrumentos no formales hace que la autorregulación sea voluntaria y se sustente en la cooperación de todas las partes interesadas, sin las restricciones territoriales que afectan a los poderes públicos en comparación con el alcance globalizado que disfrutaban los operadores económicos. La autorregulación es un fenómeno vinculado al proceso de globalización, puesto que la misma es primordialmente aplicable en los mercados que desarrollan su actividad en sectores fuertemente internacionalizados. En tal sentido, el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea se refiere a la necesidad de fomentar la autorregulación (Darnaculetta, 2010, p. 636). Según entendemos, la autorregulación se configura como una estrategia estatal de regulación bajo diversas fórmulas de articulación jurídica. Como tal, la autorregulación consiste en la tendencia de los subsistemas de auto organizarse, a establecer su propio lenguaje, sus propios valores, sus códigos internos, sus procedimientos y sus protocolos de actuación, todo ello generando un encapsulamiento de los subsistemas; es decir, de la industria, de los mercados o de

un específico sector profesional, por medio de la adopción de un “Derecho reflexivo, como instrumento capaz de comprender a la sociedad y sus dinámicas” (Bourdieu, Teubner, 2000, p. 105-106). De allí surge la noción de “gobernanza”, entendida como un estilo novedoso de gobierno, distinto del modelo que apunta al control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre lo público y lo privado (Maynitz, 2000, p. 35).

En relación con la autorregulación en la actividad bancaria, estimamos que aquella no debe extenderse de manera generalizada e indiscriminada ya que las omisiones por parte del Estado en su función reguladora tendrían consecuencias adversas para la economía en general, lo cual resultaría en crisis sistémicas en la gestión bancaria. En consecuencia, la autorregulación en materia bancaria debería ser aplicada de manera restrictiva o específica para algunos asuntos en particular, que sean propicios para promover la colaboración entre el sector público y el sector privado en la gestión bancaria.

Dicho lo anterior en cuanto a las limitaciones de la autorregulación en materia bancaria, se hace necesario reflexionar acerca del marco regulatorio usualmente aplicable a la actividad bancaria. Primeramente, es necesario indicar las razones por las cuales surge la necesidad de regular la actividad bancaria. No solo se trata de la protección de los usuarios o el resguardo del sistema de pagos, sino se trata también principalmente de evitar crisis bancarias, o crisis financieras en sentido amplio. Es decir, se trata de atender a los aspectos más vulnerables de la operatoria bancaria que justifiquen objetivamente algún tipo de regulación. Ahora bien, estos aspectos pueden ser de tan amplio rango, que no permiten la configuración de una regulación que atienda un problema específico o particular, sino más bien de amplio espectro. De allí que su efectividad sea relativa. La tendencia general indica que hay dos fallas de mercado que usualmente pretenden ser referencia a la hora de establecer regulaciones bancarias y la intervención del Estado. La primera falla se refiere a la necesidad de coordinación de políticas públicas en el mercado financiero para atender las fallas de mercado, de tal forma que la regulación sea debidamente justificada. La necesidad de coordinación puede estar matizada por un aspecto subjetivo de pánico generalizado que bien puede convertir la crisis en una profecía autocumplida. La segunda falla de mercado concierne a la falta de provisión de liquidez en el mercado que pudiese incidir en el surgimiento de las crisis bancarias. Más aún, los eventuales costos de las crisis bancarias pueden provocar que los reguladores sean proclives a establecer regulaciones restrictivas en la operatoria bancaria. Los costos usualmente asociados a las crisis bancarias van desde costos transaccionales, entre otros costos económicos; costos sociales; y costos políticos, los cuales pueden incidir en la generalizada aversión hacia las crisis bancarias. Esta aversión hacia las crisis bancarias ha

contribuido al establecimiento de un entramado regulatorio que busca con mayor énfasis la intervención del Estado, no solo en la actividad bancaria en particular, sino también en la actividad financiera en general (Allen, Carletti, 2007). De allí que de por tratarse de una actividad económica con amplia incidencia en la población, es decir de interés general, algunos Estados han impuesto restricciones a la libertad de empresa y al principio de autonomía de la voluntad contractual de las personas, sin perjuicio que estos derechos estén establecidos en las constituciones políticas de dichas naciones. En casos más extremos se ha reiterado el error histórico de declarar la actividad bancaria como servicio público.

3. La perspectiva del profesor Alfredo Morles Hernández acerca de la Banca en el Marco de la Transición de los Sistemas Económicos en Venezuela

Como indicamos inicialmente, nuestro análisis acerca de ¿por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público? requiere una referencia especial a la discusión planteada en el trabajo del profesor Alfredo Morles Hernández, concerniente a la banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela. Dicho trabajo nos permite vislumbrar cómo en el marco de la transición fáctica de los sistemas económicos verificada en Venezuela, la concepción del Estado social del derecho establecida en la Constitución venezolana es empleada como justificativo para declarar a la actividad bancaria como servicio público.

Morles señala acertadamente que con las reformas de la ley del sector bancario del año 2010 se produjeron alteraciones que pueden ser consideradas controversiales: En primer lugar, se le dio entrada a la ideología del llamado socialismo del siglo XXI. Así mismo, se establecieron contribuciones obligatorias de la banca para su funcionamiento; se limitó aún más la libertad de empresa al prohibir la conformación de grupos financieros; se sometió a distintos requisitos el otorgamiento de créditos, se restringió las fórmulas de captación de recursos e impidió a los accionistas de los bancos obtener financiamiento para atender los aumentos de capital. De igual manera, se incluyó la declaración legislativa que la actividad bancaria es un servicio público. Declaración ésta considerada "anacrónica" por el propio profesor Morles Hernández, resaltando que la misma ha sido abandonada hasta en la propia Francia, cuna de la teoría. (Morles, 2016, p. 23).

El profesor Morles Hernández resalta que entre los cambios más relevantes introducidos por la llamada nueva ley bancaria de ese momento destaca el enfoque de la actividad bancaria, puesto que desde la perspectiva del usuario de un servicio público, como prestadores del servicio, los bancos estarían teóricamente obligados a

abrir cuentas y a conceder crédito a quienes lo requieran y si no lo hacen, deben dar explicaciones circunstanciadas de su negativa al solicitante. (Morles, 2016, p. 24)

En el libro objeto de referencia el profesor Morles Hernández confiesa que dicha obra:

Es un intento de defensa de la juridicidad a través de la interpretación ortodoxa de parte del ordenamiento sectorial financiero (Morles, 2016, p. 24).

El profesor Morles Hernández parte de la premisa acertada que la legislación financiera se descompone tradicionalmente en normas de derecho público que regulan y organizan las conductas del Estado frente a la actividad financiera y normas de derecho privado que disciplina en el ejercicio de la empresa financiera, normas que se extienden hasta la identificación y regulación de las operaciones individuales que se transan en el mercado; vale decir, las operaciones bancarias, las operaciones de seguros, las operaciones del mercado de valores. Entonces, el elemento preponderante del conjunto está constituido por el hecho de que la actividad financiera está basada desde el punto de vista económico, en la captación del ahorro público y su manejo para dar lugar al fenómeno de la creación del crédito. Así mismo, reconoce que el Estado está presente en todos los momentos del proceso para impulsar, moderar y restringir el crédito como instrumento de desarrollo económico y, sobre todo, para proteger al otro lado, al ahorro y a sus titulares, razones por las cuales la actividad financiera es altamente regulada (Morles, 2016, p. 32).

Según señala el profesor Morles Hernández, esta libertad económica se muestra desde la perspectiva constitucional como un derecho sujeto a limitaciones provenientes de la aplicación de la cláusula del Estado social. De esta fórmula se hace arrancar un incuestionable método de relativización para resolver las aparentes colisiones entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos. (Morles, 2016, p. 38). Morles alcanza a precisar que la libertad económica no es un derecho absoluto, por lo que se puede establecer lícitamente restricciones a su ejercicio. Para ello es necesario que se cumplan tres (3) requisitos de índole general: la reserva legal, la proporcionalidad y el respeto al contenido esencial (Morles, 2016, p. 40).

Morles asevera que el principio de libertad de empresa está muy restringido en Venezuela en el ámbito bancario. En efecto, la orientación de la actividad bancaria está marcada por límites de captación de recursos; límites de colocaciones e inversiones; créditos obligatorios a sectores que indique la administración pública; contribuciones obligatorias; condicionamiento de reparto de dividendos. Además, las instituciones bancarias necesitan solicitar permiso para cualquier alteración estatutaria de la sociedad que sirve de marco a la empresa bancaria y obtener la

anuencia anticipada del órgano de control hasta para el contenido de las actas de asambleas de accionistas. La actividad de la empresa bancaria se desarrolla en un entorno hostil, con frecuentes amenazas de nacionalización, lo cual puede atentar contra la seguridad jurídica. Se trata a su decir de una situación propia de la transición del régimen socio-económico en Venezuela que será aplicable hacia el futuro (Morles, 2016, p. 42).

En cuanto a la declaratoria de la actividad bancaria como un servicio público en Venezuela, el profesor Morles Hernández acota (Morles, 2016, p. 155) lo siguiente:

Las actividades reguladas en la Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3 de la... Ley con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza que permitan sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán consideradas de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad. (encabezamiento, artículo 8). La decisión de declarar la actividad bancaria como un servicio público ha podido ser adoptada por medio de una disposición muy sencilla, con un enunciado elemental, pero el legislador utilizó, como se ve, una construcción gramaticalmente defectuosa y mezclando varios asuntos.

Por otra parte, el profesor Morles Hernández precisa que de la formulación legislativa se podría derivar que la actividad bancaria, tradicional e históricamente un acto de comercio que practicaba habitualmente el banquero, una de las especies del género de empresario, habría pasado a ser una actividad reservada al Estado, pudiendo éste otorgar concesiones para la explotación de la actividad. La declaración de una actividad como un servicio público no significa otra cosa que sustraerles las actividades que pueden realizar libremente los particulares, según afirmación común de la doctrina (Morles, 2016, p. 158)

La actividad bancaria podía ser ejercida por los particulares en virtud del derecho fundamental de libertad económica, sin perjuicio de haber sido declarada servicio público. Esto deriva en una especial técnica de interpretación, pues en caso de duda sobre cuál era el sentido de la ley bancaria, se debería acoger la interpretación más favorable a la libertad económica. Por otra parte, la legislación bancaria está además imbuida de la idea de que la actividad bancaria era necesaria y útil. Por lo cual, se favorecía su desenvolvimiento a nivel privado y a nivel público. Esta situación habría sido llevada al extremo contrario al producirse la declaración legislativa de que la actividad bancaria es un servicio público. Sin embargo, también se ha dicho que ha existido confusión con relación a la coexistencia de los términos *publicatio* y reserva que la doctrina de la Sala Constitucional en el caso Armando González Sosa,

sentencia número 175 del 29 de agosto de 2003, es acertada cuando afirma que no todo servicio público conlleva la reserva absoluta de actividades y la consecuente exclusión de la libertad económica de los particulares puesto que aun cuando el servicio público restringe o limita la libertad económica de los particulares, no en todos los casos excluye la misma. Exclusión que opera cuando estamos en presencia de la reserva absoluta de actividades categorizadas como servicio público y no en los casos de reservas contempladas de forma relativa. En definitiva, la limitación de la libertad económica de los particulares o su exclusión, dependerá del grado de reserva consagrado para el servicio público que se trate. Morles, sin embargo, resalta que la doctrina no deja de reconocer que, pese a lo privado de la actividad bancaria, nunca pierde la cuota de servicio público que ostenta (Morles, 2016, p. 160).

En cuanto concierne a la noción de servicio público, el profesor Morles Hernández señala que ésta se puede aplicar tanto a la organización que tiene por objeto realizar una tarea de necesidad o utilidad pública conforme a un régimen de derecho público, como a la actividad que desarrollan las entidades estatales para satisfacer una necesidad general en forma regular y continua conforme a un régimen de derecho público, aunque desde un punto de vista extremo, se sostiene que toda actividad estatal es, sin excepción, servicio público. Un tercer criterio trata de delimitar el concepto de servicio público a ciertas actividades estatales, las que tienen por finalidad satisfacer una necesidad colectiva mediante prestaciones dirigidas directamente a las personas individualmente consideradas (Morles, 2016, p. 162).

A manera de corolario, el profesor Morles Hernández asevera que si se parte del hecho de que lo que justifica la existencia de un servicio público es la necesidad general de su prestación en todo momento, en forma continua e ininterrumpida; y a ello se agrega que la prestación del servicio por los particulares bajo un régimen de derecho privado no permite la plena satisfacción del interés colectivo, sino que se hace necesario recurrir a la aplicación de los procedimientos y potestades típicos del derecho público, resulta dudoso que la adscripción de la actividad bancaria público al elenco de los servicios públicos tenga plena justificación técnica y jurídica (Morles, 2016, p. 165).

4. ¿Por qué la actividad bancaria no debe ser un servicio público? Las causas y repercusiones por el papel del Estado en la actividad bancaria

El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la administración pública y por tanto sujeta a un régimen

de derecho público (Peña Solís, 2002, pp. 432 a 433). Por su parte, Castañé resalta el propósito de satisfacer una necesidad básica y directa del ciudadano, cuando señala que el servicio público, ya sea propio o impropio, consiste en una prestación obligatoria y concreta de naturaleza económico social que satisface una necesidad básica y directa del habitante (Castañé, 2002, p.295).

La caracterización de la actividad bancaria como un servicio público no es una posición novedosa desde el punto de vista doctrinal. Ya desde los albores del siglo pasado surgieron en el ámbito jurídico francés planteamientos en tal sentido. En el ámbito italiano, ya es de todos conocidos las ideas contrapuestas que el profesor italiano Massimo Severo Giannini mantuvo al propugnar que la actividad bancaria fuera considerada un servicio público, para luego reconocer su aparente error y adoptar una posición contraria.

Más allá de hacer referencia a los diferentes planteamientos formulados en relación con los autores que están a favor o no de que la actividad bancaria sea considerada un servicio público, nos enfocaremos en las circunstancias por las cuales la actividad bancaria no debe ser un servicio público.

Por una parte, surge una distinción básica pero necesaria entre si se trata de actividades propias del sector público o privado. Por otra parte, si se trata de actividades reguladas por normas propias del derecho privado o del derecho público. Lo cierto es que la actividad bancaria tiene una naturaleza económica, profesional, técnica, y sus resultados tienen una alta repercusión social, cuyo sesgo viene determinado de manera extraordinaria por el principio rector establecido en el régimen constitucional de una nación, incluido el marco socio-económico aplicable. En tal sentido, la tendencia en los países democráticos ha estado dirigida crecientemente a favor del Estado social del Derecho como referencia esencial del régimen constitucional aplicable. Tal es el caso de Colombia y España, entre otros. Sin embargo, como es obvio, entre un país y otro surgen elementos diferenciadores importantes que debemos comprender y matizar debidamente de manera objetiva para asignar connotaciones adecuadas al régimen organizativo, funcional y operativo aplicable a la actividad bancaria.

Con el fin de determinar si la actividad bancaria es conceptualizada como un servicio público o no, los preceptos constitucionales establecidos en una nación permiten dilucidar cómo se equilibran, en caso de hacerlo, la libertad empresarial con las limitaciones que el Estado puede imponerle en favor del concepto social, usualmente bien enraizado en las Constituciones que promueven el Estado social del derecho.

Para ubicar la rama del derecho a la cual pertenece, no basta con señalar que la actividad bancaria forma parte de estudio del derecho bancario y que éste está supeditado al derecho mercantil, y que en consecuencia se trata de actividad estrictamente privada. Por argumento en contrario, sin embargo, no podemos pretender que por el hecho de que una actividad, como la bancaria, sea altamente regulada por parte del Estado, ello configura un elemento determinante para considerar que la referida actividad sea un servicio público.

a. La Constitución

La noción de Constitución puede ser un concepto tan amplio que denota en su esencia un cierto programa político. Por ello, al analizarla debemos estar atentos a la advertencia formulada por Carl Schmitt cuando señalaba que para el lenguaje del liberalismo burgués solo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es “Constitución”, sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud, o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas (Schmitt, 2011, p. 76). Lo relevante es atender a la problemática común que abordan las Constituciones. Los regímenes de gobierno pueden tener una base social de apoyo más o menos amplia, pero un sistema constitucional requiere la aceptación de la inmensa mayoría de la población, porque si no su propio funcionamiento entrará en crisis. La verdadera Constitución de un país reside siempre y únicamente cuando puede residir en los factores reales y efectivos de poder que rigen dentro de esa sociedad. Mientras que las constituciones escritas, cuando no se corresponden con los factores reales de poder de la sociedad organizada, cuando no son más que lo que Lasalle llamaba una “hoja de papel”, se hallan y tienen que necesariamente hallarse a merced de la supremacía de esos factores de poder organizado, condenadas sin remedio a ser arrolladas por ellos. Las realidades sobre las cuales descansa la Constitución de un país deben estar cimentadas en una base que promueva amplitud en la configuración de modelos socioeconómicos, para de tal manera canalizar las necesidades de los individuos y su colectividad, los cuales no son necesariamente excluyentes pero ciertamente atienden a parámetros distintos que no deben ser ignorados, puesto que de lo contrario podrían servir de elemento catalítico de movimientos sociales más radicales y opuestos a los originalmente pretendidos. (Aarons, 2017, p. 90-91).

b. El régimen socio-económico constitucional

Según Badell Madrid, la Constitución económica comprende el conjunto de normas o principios de rango constitucional que establecen el marco regulatorio para el desarrollo de la actividad económica, previendo formas de interrelación entre la iniciativa económica y los particulares, individualmente o en grupos, asociaciones o empresas, y la actividad del Estado (Badell, 2000).

Bajo la concepción del Estado social de derecho, en la mayoría de las constituciones que reflejan dicha concepción se establece un régimen socio-económico mediante el cual el modelo de desarrollo está estrechamente vinculado con la libre empresa.

En el Estado social del derecho como expresión de superación del Estado de derecho formal los elementos finalistas son acentuados con el fin de guiar la actividad estatal, administrativa y política. De allí que el Estado tiene una tendencia reguladora rectora del quehacer económico y social en esos ciudadanos gobernados.

¿Que implica el desenvolvimiento de la actividad bancaria dentro del contexto del Estado social de derecho? Para responder a esta pregunta debemos considerar diferentes aspectos relacionados con el ordenamiento jurídico y su incidencia en la actividad bancaria. En tal sentido, debemos considerar lo que implica la actividad bancaria; lo que la vincula con el derecho bancario; los efectos que esta actividad bancaria tiene en el ámbito económico de una nación; el régimen regulatorio aplicable a esa actividad bancaria. Todo ello para concluir que no solo se trata de una actividad dentro del ámbito del derecho privado o del derecho público, como algunos autores pretenden encasillarla. Más bien, se trata de una actividad compleja que amerita una designación mucho más amplia, como sería la de "servicio empresarial con regulaciones de interés general", en virtud de sus características propias y por las repercusiones que tiene su ejecución en la sociedad en la que se prestan sus servicios. Por una parte, se trata de un servicio empresarial porque conlleva la ejecución de un proceso con fines generalmente de lucro, mediante el establecimiento de un marco comercial que procura aumentar las ganancias y el potencial de negocios en un mercado competitivo. Por otra parte, se trata de una actividad con regulaciones de interés general, ejecutada por particulares en el marco de situaciones que puntualmente pueden requerir la asociación entre el sector privado (empresa) y el sector público (Estado).

c. Justificación para la regulación de la actividad bancaria

El Estado tiene dos formas esenciales de participar en la economía. La primera, mediante la regulación de toda aquella actividad económica de su interés. La segunda, mediante la participación directa en dicha actividad, como un operador adicional que compite con el sector privado.

Desde la perspectiva regulatoria, si se asume que el mercado es perfecto en su funcionamiento, éste no requerirá regulación alguna. Sin embargo, los mercados perfectos son una quimera, por lo que se puede anticipar que el Estado tenderá a regular en mayor o menor medida, ya sea por vía directa o indirecta, la actividad económica de su interés para alcanzar los objetivos socio-económicos pretendidos en sus políticas públicas. De allí que las regulaciones dictadas al amparo de dichas políticas públicas reflejarán en buena medida la agenda política del gobierno de turno. En tal sentido, es pertinente preguntar ¿Qué actividades deben ser ejecutadas por el Estado? ¿Y cuáles deberían ser ejecutadas según las leyes del mercado? Las respuestas a esas preguntas centrales serían planteadas desde el punto económico, siguiendo el concepto de eficiencia de Pareto, según el cual habrá una asignación de recursos eficiente en la medida que nadie pueda estar en una mejor posición, sin que otro esté en otra peor posición. Es decir, si se ha alcanzado un nivel de eficiencia de Pareto, no será posible alcanzar mejores posiciones de las ya obtenidas (Coyle, 2020).

Ante tal planteamiento, el nivel de eficiencia de los mercados es un criterio determinante para poder verificar cuándo es oportuno y en qué medida se debe producir la intervención regulatoria del Estado. Si bien partimos de la premisa que la actividad bancaria debe ser regulada. La fundamentación de esa regulación no debe partir de la base de que, ante la necesidad de proteger a los usuarios de los servicios bancarios, éstos se encuentren en una situación de permanente indefensión. Ni siquiera por la sola circunstancia planteada por las diferencias económicas entre dichos usuarios y la entidad prestadora de los servicios bancarios. La regulación de la actividad bancaria no puede estar basada en la presunción de abuso de la posición dominante por parte de las entidades bancarias. Cualquier regulación que se establezca en la actividad bancaria debe estar determinada en función de la necesidad de preservar o alcanzar un nivel de eficiencia en el funcionamiento del sistema bancario en general y de las transacciones bancarias en particular.

Desde el punto estrictamente jurídico, cabe acotar que la actividad bancaria es aquella desarrollada por las entidades que han sido organizadas expresamente con el fin de ejecutar la intermediación financiera. Es decir, este fin conlleva la captación de fondos del público con el propósito de otorgar créditos o realizar inversiones. Dicha actividad de intermediación financiera es esencialmente propia de comerciantes y

por lo tanto un acto de comercio regulado dentro del ámbito del derecho mercantil. Ello no impide que, a pesar de ser una actividad esencialmente ejecutada bajo las pautas contractuales del derecho privado, el Estado procure regularla ampliamente en virtud de los amplios efectos sociales que tiene la gestión bancaria y la permanente necesidad de proteger a los usuarios bancarios. Esta necesidad regulatoria ha resultado en la creación de un enorme entramado jurídico público, mediante el cual el Estado ha establecido pautas organizativas, funcionales y de manejo de riesgos, entre otras, como limitantes a la libertad de empresa de los operadores bancarios y de la actividad económica que desarrollan. No obstante, la creciente función reguladora del Estado en la actividad bancaria no la configura necesariamente como parte del derecho público.

La combinación resultante de ejecutar la actividad bancaria al amparo del ejercicio del derecho de libertad económica y con un alto nivel de regulación por parte del Estado permite concebir a la actividad bancaria como una gestión empresarial ejecutada bajo un esquema de competencia, susceptible de involucrarse en el mercado internacional globalizado, con un adecuado nivel de capitalización privado, con una diversificación de productos y servicios, con una gerencia profesional capacitada plenamente para otorgar el mejor nivel de prestación de servicios al usuario bancario y con una función social que atender en virtud de los principios de solidaridad propuestos según el Estado social de derecho. Tal concepción es el reflejo más adecuado de lo que según nuestra interpretación representa la actividad bancaria y los efectos que tiene en la sociedad. La circunstancia que determina que la actividad bancaria sea objeto de una enorme regulación por parte del Estado, no debe configurarla necesariamente en un servicio público. Si ese fuese el caso, toda entidad que intermedia financieramente sería caracterizada como servicio público, lo cual consideramos igualmente errado. Plantearse lo contrario implicaría extender la noción de servicio público también a las empresas de seguro y a todas aquellas entidades que de alguna forma captan fondos del público. La prudente regulación por parte del Estado no implica en modo alguno que dicho servicio sea un servicio público, ya sea reservado en manos del Estado o ejecutado a través particulares.

Con base en las premisas anteriores, presentamos diferentes razones por las que la actividad bancaria no debe ser un servicio público, a saber:

- a. **Responsabilidad social.** Hemos planteado en párrafos anteriores la tesis que preceptúa a la actividad bancaria como un “servicio empresarial con regulaciones de interés general”. En tiempos de globalización a esta gestión empresarial se le otorga enorme importancia por el grado de responsabilidad social que asume, entendiéndose que la misma debe ser promovida igualmente por el

Estado, no sólo desde la óptica regulatoria, sino más bien como resultado de una coordinación asociativa entre el Estado y la empresa bancaria. Una vez que esta coordinación se manifieste de manera consistente, el Estado desistirá definitivamente de considerar a la actividad bancaria como servicio público.

- b. Modalidad de autorización.** El inicio de la actividad bancaria está supeditado a una autorización por parte del Estado, otorgada usualmente mediante una licencia operativa. La misma debe distinguirse de la concesión, puesto que ésta es en sentido estricto una contratación mediante la cual el Estado en uso de sus atribuciones delega una actividad económica determinada, previo el cumplimiento de un proceso licitatorio conforme el cual se convoca a los potenciales prestadores de servicio que sean competentes para satisfacer los términos y condiciones de la concesión. La concesión implica una asignación temporal en la explotación de la actividad de que se trate y conlleva un nivel de inversión mínimo, que usualmente determina el rendimiento económico de la concesión. En el caso de la licencia, se trata usualmente de una mera autorización de funcionamiento que no está sometida necesariamente a un término determinado; no tiene un nivel mínimo de inversión; no tiene establecida una retribución mínima en favor de los promotores de la actividad autorizada y no contempla un régimen de protección contractual, como en el caso de la concesión, con el fin de asegurar que los derechos del concesionario estén debidamente protegidos o resguardados en caso de incumplimiento del Estado. La licencia, a diferencia de la concesión, no contempla compensación por terminación anticipada ni mecanismos destinados al restablecimiento de las condiciones económicas contractuales usualmente aplicados en los contratos de concesión. La licencia bancaria, además de no ser un contrato como la concesión, no es susceptible de ser cedida a favor de un tercero (Aarons, 1999 p. 111 y ss). La designación de una actividad económica como servicio público conlleva según nuestro criterio el otorgamiento de una concesión con las características mínimas antes citadas, las cuales se diferencian de la licencia usualmente otorgada para autorizar el ingreso en la actividad bancaria.
- c. Mayores costos de transacción.** La designación de la actividad bancaria como servicio público, además de representar un incremento de las barreras de entrada a la actividad, se constituye en un método para aumentar los costos de los rivales, puesto que las grandes empresas tienen una ventaja comparativa al lidiar con la regulación, ya que impone un costo fijo, - desproporcionadamente alto,- para las firmas más pequeñas. La designación de una actividad económica como servicio público provoca mayores costos de transacción y reduce la competencia en el sector.

- d. Relación costo-beneficio.** Si partimos de la premisa que la regulación tiene por objetivo ser eficiente, entonces la designación de la actividad bancaria como servicio público no puede estar basada exclusivamente en motivaciones políticas determinadas por lo que algunos economistas identifican como el "altruismo patológico" de la regulación (Rubin, 2011). Es muy probable que la contraposición entre la ineficiencia de la regulación y los propósitos políticos que la motivan dejen en evidencia las razones por las que la actividad bancaria no debe ser un servicio público.
- e. Régimen laboral.** Los operadores o empleados bancarios rigen su gestión laboral según el régimen laboral ordinario, por lo que no son funcionarios públicos. Aun en las naciones que la actividad bancaria es designada como un servicio público, los empleados bancarios no son considerados funcionarios públicos ni les es aplicable el régimen de carrera administrativa del sector público.
- f. Posición dominante.** La eventual posición dominante que puedan tener las entidades bancarias en su interrelación con los usuarios bancarios ha sido utilizada como justificativo para proteger a éstos e incluso para designar a la actividad bancaria como servicio público. En todo caso, el eventual abuso de la posición dominante por parte de las entidades bancarias no implica que éstas sean prestadoras de un servicio público. Más bien, lo que se requiere es que la regulación sea puntual y efectiva para desincentivar conductas abusivas en perjuicio de los usuarios bancarios.
- g. Intervención y liquidación.** El hecho que a las entidades bancarias les sea aplicable un régimen de cesación de pagos y liquidación distinto al establecido para las empresas mercantiles en el Código de Comercio y otras leyes especiales, implica que el régimen distintivo de intervención y liquidación aplicable a las entidades bancarias es especial para esta modalidad de empresas. Sin embargo, dicho tratamiento no es justificativo alguno para que la actividad bancaria sea considerada un servicio público.
- h. Restricciones regulatorias.** El alto nivel de restricciones regulatorias impuestas por el Estado a la actividad bancaria no resulta en la configuración de un servicio público. La complejidad de la actividad bancaria puede justificar un régimen regulatorio amplio, pero ello no equivale a satisfacer los requisitos tradicionales del servicio público, como lo son la igualdad, obligatoriedad y continuidad en la prestación del servicio prestado. Ignorar que la actividad bancaria se desarrolla más favorablemente en un ámbito que promueva la libre competencia, la innovación, el adecuado manejo de los riesgos inherentes a la

actividad, la capacidad técnica y de gestión equivale no solo a obviar los elementos esenciales de la actividad bancaria, sino imponer mediante el etiquetamiento de servicio público una caracterización generalizada e inapropiada que distorsiona el equilibrio requerido entre su función empresarial y su atención específica a ciertos actos de interés general.

- i. Solidaridad.** El hecho que el Estado social de derecho promueva la solidaridad, tanto individual como colectiva, y requiera responsabilidad social de las empresas no implica que un servicio empresarial que tiene amplia incidencia en el desarrollo económico y social de la población en general se convierte necesariamente en servicio público.
- j. Perfil del usuario.** Como ya señalamos, las características tradicionales del servicio público, relativas a la igualdad, la obligatoriedad y continuidad en la prestación del servicio, no se adecua a los criterios de elegibilidad para el acceso al crédito establecidos en función de la capacidad crediticia del potencial prestatario. Así mismo, no todos los productos bancarios son adecuados para cualquier tipo de cliente o usuario bancario. Más aun, las entidades bancarias deben tener libertad de elección de sus clientes en función de las características de los productos y servicios que dispongan y la adecuada administración de riesgos. En tal sentido, es adicionalmente conveniente que las entidades bancarias adopten, por iniciativa propia, medidas dirigidas a garantizar acceso a ciertos productos bancarios básicos sin costo alguno para promover los niveles de bancarización y ahorro de la población.
- k. Efectos en la economía.** En relación con la incidencia que tiene la actividad bancaria la intermediación financiera configurarse en uno de los motores del desarrollo económico de un país. Dicha incidencia no desvirtúa la esencia de la actividad bancaria como un servicio empresarial con regulaciones de interés general, objeto de la deseable regulación eficiente.
- l. Responsabilidad patrimonial del Estado.** La falta de responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión directa o indirecta del servicio público, en un ámbito altamente regulado, representa una manifiesta contradicción de la declaratoria de la actividad bancaria como servicio público. Si la actividad en cuestión es considerada servicio público, el Estado debería responder patrimonialmente por los resultados de dicha gestión, sin perjuicio que los particulares intervengan en la actividad bancaria en seguimiento de la autorización o delegación recibida del Estado.

- m. Intermediación financiera.** Como señalamos previamente, la intermediación financiera producto de la captación de fondos del público se extiende a otras entidades, tales como el conjunto de instituciones que captan, manejan, aprovechan e invierten fondos provenientes del ahorro público. Es decir, entidades como las compañías de seguros, las compañías de leasing, de financiamiento comercial, fiduciarias, empresas de factoraje, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, administradoras de fondos de inversión, administradoras de fondos de pensiones, administradoras de fondos de cesantías, fondos mutuos de inversión e, incluso, en un sentido amplio, deberíamos incluir a las empresas solidarias que a través de modalidades de ahorro solidario manejan recursos de sus asociados, tales como cooperativas de ahorro y crédito, cooperativas de aporte y crédito, cooperativas financieras, fondos de empleados, mutuales, y bancos solidarios (Martínez Neira, 1994 y 2004). Poco sentido tiene argumentar que la captación de fondos del público por parte de las entidades bancarias es uno de los principales justificativos para designar a la actividad bancaria como un servicio público, mientras se tiende a obviar la captación de fondos del público que efectúan otras instituciones. De allí podemos deducir que el hecho que una entidad sea captadora de fondos del público no la configura necesariamente en una prestadora del servicio público. Por ello, no se debe confundir la necesidad por parte del Estado de regular la actividad financiera en general y la bancaria en particular con la desacertada declaración de servicio público que se otorgue a la actividad bancaria.
- n. Crisis bancarias.** La regulación bancaria por parte del Estado está en buena medida determinada por la aversión del Estado a las crisis bancarias. Sin embargo, la declaratoria de servicio público pareciera ser una consideración esencialmente de índole política, puesto que el nivel de regulación aplicado a las entidades bancarias no tiende a variar como resultado de dicha declaratoria y mucho menos limitar la posibilidad de que se produzcan crisis bancarias. Entonces, pareciera que la declaratoria de servicio público de la actividad bancaria termina siendo un mecanismo de activación contingente que dispone el Estado para adoptar medidas extraordinarias, en caso de requerirlo. Por lo tanto, su justificación pareciera estar amparada en consideraciones de control político, más allá de motivaciones regulatorias dirigidas a procurar eficiencia e idoneidad operativa en la actividad bancaria.
- o. Libertad de escogencia.** Los usuarios bancarios tienden a beneficiarse en la medida que tienen libertad de escoger los productos y servicios que opten para su mayor beneficio. En la medida que la declaratoria de la actividad bancaria como servicio público impida o limite dicha libertad de escogencia, se estaría

reduciendo las oportunidades de inclusión financiera, en detrimento de los usuarios bancarios (Johnson, 2019). En tal sentido, debemos considerar que la declaratoria de servicio público *per se* tiende a reducir la competencia y limitar la oferta de productos y servicios bancarios, en favor de la pregonada igualdad y obligatoriedad en la prestación del servicio bancario, lo cual atenta contra los niveles de bancarización pretendidos con la propia declaratoria de servicio público. De allí radica la importancia que se otorgue principalmente a alcanzar eficiencia en el régimen regulatorio que el Estado aplique a la actividad bancaria. Esa necesidad de regulación eficiente, de suyo desvirtúa la utilidad real de declarar a la actividad bancaria como servicio público.

p. Incertidumbre. La disposición de información para permitir la adopción de decisiones económicas racionales, por una parte; y por la otra, la necesaria certeza jurídica, son variables esenciales para el adecuado funcionamiento del ser humano en sociedad, la economía, el sistema bancario, y el Estado de derecho, - este último con o sin sus consideraciones sociales. Si lo determinante es disponer de normas regulatorias racionales y eficientes, la pregunta que cabe formular es ¿Cuál es el valor agregado de la declaratoria de la actividad bancaria por parte del Estado como servicio público? Lo cierto es, que además de no haber una correspondencia entre los elementos característicos del servicio público y aquellos propios de la actividad bancaria, los usuarios bancarios no podrán beneficiarse del sistema bancario más allá de lo que su perfil crediticio le permita (Martorell, 1996, p. 18). En caso de no tener la declaratoria de servicio público valor agregado para la actividad bancaria, se constituye en un instrumento de control político que puede ser activado en las oportunidades extraordinarias que el Estado estime pertinente, situación ésta que genera a todas luces niveles de incertidumbre contrarios al interés general que supuestamente busca proteger.

5. Una visión comparada de las experiencias regulatorias aplicadas a la actividad bancaria

Un breve repaso de las principales variables que caracterizan las posiciones asumidas en diferentes naciones en relación con la declaratoria o no de la actividad bancaria como servicio público, nos permitirá comparar los diferentes las diversas aproximaciones adoptadas al respecto.

La necesidad de regular la actividad bancaria es un factor común en todos los países objeto de revisión. En algunos destaca la libertad de empresa, mientras que en otros prevalece el interés general en medio de la necesidad asumida de regular

fuertemente la actividad bancaria. Hemos notado, sin embargo, que el precepto de regulación eficiente no es un criterio prevaleciente de manera común entre los países objeto de revisión, puesto que el Estado pareciera no poder desprenderse de la necesidad de regular la actividad bancaria en favor únicamente del usuario bancario. Por ello, se hace imperioso entonces alcanzar un balance entre permitir el desenvolvimiento de la empresa bancaria, por una parte; y, por otra parte, promover en aspectos específicos del interés general la ejecución de la actividad bancaria.

a. Argentina

La doctrina argentina lleva años discutiendo si la actividad bancaria es un servicio público (Martorell, 1996, p.13) y en el caso de entenderlo así, la discusión queda circunscripta al hecho de si se trata de un servicio público propio, o sea que debe ser prestado directamente por el Estado (a través de bancos oficiales como el Banco Nación) o a través de un concesionario, o por el contrario si se trata de un servicio público impropio, esto es un servicio prestado por entidades privadas (Freire, 2017).

En la Argentina se requiere de una licencia para operar como entidad bancaria.

A nivel jurisprudencial se ha aceptado el precepto que la actividad financiera, en tanto servicio público propio del Estado Nacional, es ejercido por medio del Banco Central de la República Argentina, entidad que, ostenta la facultad no sólo de reglamentar esta materia sino también ejercer la vigilancia de la aplicación de las normas que la regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan (Freire, 2019).

En la Argentina se ha producido hasta recientemente un proceso de desregulación financiera que ha atenuado la disposición unilateral de protección en favor del usuario bancario. Al respecto, estimamos que un proceso de desregulación bancaria es positivo, siempre que atienda a los elementos fundamentales de la operatoria bancaria; vale decir, la protección del ahorro, el manejo de los riesgos, la intermediación financiera, la adecuada capitalización, la innovación y la competencia. En la medida que el proceso de desregulación sea eficiente, - es decir, que asuma una posición balanceada entre la libertad empresarial y la protección del interés general, - en esa medida la discusión acerca de si la actividad bancaria es un servicio público no tendría cabida. Sin embargo, en un ambiente en el que ha tendido a prevalecer el capitalismo de Estado, es de anticipar que el planteamiento acerca de la vinculación de actividad bancaria y el servicio público siempre esté latente.

b. Chile

Entender el papel del sistema financiero en el proceso de crecimiento económico permite comprender de mejor manera este último y, finalmente, influir en la

elección de políticas públicas que configuran la operación y evolución del sistema financiero (Hernández, Parro, 2005, p. 100).

Cuando se hace referencia a la actividad bancaria y su eventual declaratoria como servicio público, se debe considerar la dinámica de funcionamiento de los mercados financieros y su repercusión en la economía y el crecimiento económico. Los sistemas financieros surgen con el propósito de reducir los costos y minimizar las fricciones y asimetrías que existen en los mercados. El modo en que estos problemas se resuelven influye en las decisiones de ahorro e inversión, y afectan a la asignación de recursos de las economías y al crecimiento económico. Se pueden distinguir cinco funciones que presta el sistema financiero a las economías, a través de las cuales reduce los costos de transacción, de obtención de información y de hacer cumplir los contratos: — Producción de información *ex ante* acerca de las posibles inversiones y asignaciones de capital. — Monitoreo de las inversiones realizadas y de los gobiernos corporativos. — Comercialización, diversificación y administración de riesgos. — Movilización de ahorros. — Provisión de medios de pagos para facilitar el intercambio de bienes y servicios. Así, un mayor grado de desarrollo financiero implica que cada una de las cinco funciones anteriores se encuentren más diseminadas y/o sean de mejor calidad, lo que conlleva menores costos de adquisición de información y realización de transacciones y una mejor selección de proyectos de inversión. A su vez, al eliminar de mejor forma las fricciones de mercado aludidas, el desarrollo financiero aumentará la rentabilidad y/o disminuirá la incertidumbre asociada a las distintas alternativas de inversión, lo que influirá positivamente en las decisiones de ahorro e inversión, mejorando la asignación de recursos en la economía e incentivando el crecimiento económico (Hernández, Parro, 2005, p. 101).

En Chile se ha comprobado durante su ensayo de políticas de apertura económica que los determinantes últimos del desarrollo financiero son variables de tipo institucional. Tal desarrollo financiero tiene una incidencia determinante en el crecimiento económico, razón por la cual es imperante encauzar las variables que lo generan.

La transformación del sistema financiero chileno durante los últimos treinta años ha permitido un notable desarrollo del sistema bancario, donde la eficiencia del sector bancario ha aumentado también en la última década, principalmente como consecuencia de la mayor competencia en el sector (Hernández, Parro, 2005, p. 106).

Las reformas en el sector financiero y en otras áreas de la economía, introducidas en los años siguientes a las crisis de Asia y Rusia, debieran contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad y estabilidad del país y, con ello, a aumentar la confianza de los inversionistas extranjeros en la economía chilena, disminuyendo

de este modo la vulnerabilidad externa. Durante los últimos treinta años Chile ha logrado crear una institucionalidad que le permite tener un sistema bancario robusto y ha avanzado en aumentar la profundidad de su sistema financiero (Hernández, Parro, 2005, p. 117, 131).

Todo lo anterior ha ocurrido en Chile sin necesidad de declarar a la actividad bancaria como servicio público. Falta verificar si la inclusión social ha ido de la mano del referido crecimiento económico.

c. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América las entidades bancarias y su actividad son altamente reguladas. En su caso, el centro de la discusión versa acerca del nivel requerido de regulación para que la misma sea considerada objetivamente eficiente. Cabe mencionar que en la función reguladora bancaria en los Estados Unidos de América ha habido un mayor énfasis en favor de proteger al usuario bancario en diversos aspectos relacionados con ciertos productos y servicios. La crisis bancaria generada por los créditos hipotecarios y la manera como el regulador bancario la aproximó permitieron evaluar la operatoria bancaria y su regulación de manera integral, resaltando que la caracterización de la actividad bancaria como servicio público no formó parte del foco central de discusión regulatoria.

d. México

Por disposición constitucional vigente en México a partir del año 1982 hasta 1990 la actividad bancaria fue considerada servicio público. Con ocasión de la privatización de ciertas instituciones bancarias en 1990, la actividad bancaria dejó de ser considerada formalmente como servicio público, quedando un enfrentamiento doctrinario acerca de si se trata aun de un servicio público, en virtud de la concesión de operador que otorga la entidad reguladora. Desde la reforma constitucional de 1990, México dispone de un sistema económico que se rige principalmente por la libre competencia y concurrencia, a diferencia del régimen económico centralizado por la gestión del Estado que lo antecedía. La tendencia antes descrita viene en buena medida apuntalada por el marco regulatorio impulsado como parte de los tratados de libre comercio vigentes entre Canadá, Estados Unidos de América y México desde hace varias décadas.

La noción de servicio público surgida en Francia, sirvió de referencia también en México, según los lineamientos siguientes: (i) cumplimiento de una misión de interés general; (ii) condiciones exorbitantes del derecho común; (iii) bajo la autoridad y control de un ente público. Por lo que hoy se entiende en México que los servicios

públicos deben de prestarse por el Estado Mexicano o a través de los particulares bajo el esquema de concesión, no pudiendo ser delegables a particulares cuando se trate de verdaderas funciones públicas (Yanome, p. 694)

En cuanto a la relación entre la economía y la función crediticia, resalta la percepción referida a que en materia bancaria la relación no es simplemente entre particulares, debido a que el crédito es un proveedor en la función económica, que es vigilado y supervisado por el Estado para que cumpla con su rol de motor de la economía, ya sea esta privada, mixta o estatal (Cordova, 2013).

e. Unión Europea

La actividad bancaria está evolucionando con mayor énfasis a partir de la Directiva 2014/92 UE del Parlamento Europeo y del Consejo hacia, en la terminología de la Unión Europea, un *servicio de interés económico general*, dada su esencialidad para la vida social, imponiéndose obligaciones de servicio público e, incluso, estableciéndose servicios universales que deben ser garantizados por los operadores bancarios privados (Ponce, 2016, p. 2383).

La actividad bancaria es actividad privada, no servicio público en el ordenamiento europeo, por lo que no existe responsabilidad administrativa última en la garantía de prestaciones bancarias, sino una regulación intensa de actividad privada. Dada la relevancia de los bancos para el funcionamiento económico de un país y los derechos de terceros, su actividad repercute en el interés general, y, en este sentido, se considera una actividad privada, *de interés general*, con una tradicional especial regulación, como es notorio, que se da en todos los países (Ponce, 2016, p. 2383).

A manera de referencia, en 2003 se promulgó en Bélgica la Ley instaurando un servicio bancario de base, cuya finalidad es garantizar a toda persona que tenga su residencia principal en Bélgica el beneficio de servicios bancarios determinados. La ley ha representado un doble papel, preventivo y curativo en lo que se refiere a la exclusión financiera. Las personas excluidas financieramente han podido acceder a soluciones alternativas, bien proporcionadas por la propia administración (caso de cuentas bancarias asociadas a ayudas sociales) o bien por los propios bancos (Ponce, 2016, p. 2386 ss).

Como referencia adicional, en Francia en 1992, los establecimientos bancarios adoptaron voluntariamente una Carta de Servicios Bancarios de Base, sin fuerza legislativa, como medida de autorregulación. Unos años más tarde, se estableció por ley el principio de un servicio bancario de base en ciertos casos. Posteriormente, el artículo L-312-1 del *Code Monétaire et Financier* francés previó el derecho de toda

persona domiciliada en Francia que carezca de cuenta de depósito bancario a abrir una en el establecimiento de su elección. El banco puede denegar tal apertura pero debe informar de la posibilidad de esa persona de dirigirse a la Banque de France para que este organismo le designe un banco situado en la proximidad de su domicilio o de otro lugar de su elección a tal fin, proponiéndole, si se trata de una persona física, de actuar en su nombre ante dicho organismo a tal fin. En todo caso, los bancos no pueden limitar los servicios vinculados a la apertura de una cuenta de depósito y que constituyen servicios bancarios de base, gratuitos y fijados normativamente. (Ponce, 2016, p. 2388).

¿Cuándo surge el interés general en la actividad bancaria?

La Comisión ha afirmado que las entidades de crédito en el espacio europeo («encargadas o no de la provisión de una completa y eficiente infraestructura financiera»), desarrollan «una variedad de operaciones» y que «algunas de estas operaciones pueden ser servicios de interés económico general, otras pueden no serlo». En tal sentido, la Comisión ha señalado tres tipos de actividades que son servicios de interés económico general. En primer lugar, «la provisión de una infraestructura financiera básica, que cubra totalmente un cierto territorio», al igual que ocurre, dice la Comisión, en otros sectores como «suministro de electricidad, transporte o servicios postales con referencia a la noción de servicio universal». En relación a esta actividad, la Comisión se refiere a los casos de Alemania y Austria que consideran como servicio de interés general económico la provisión de una infraestructura financiera completa a ciertas entidades bancarias. Asimismo, Suecia obliga a una institución de crédito a proveer una red nacional de servicios de pago, recibiendo esta una compensación por los costes en que incurre al proporcionar tal servicio en áreas escasamente pobladas donde ninguna otra entidad lo hace.

En segundo lugar, la Comisión también considera como servicio de interés general económico la «ejecución de ciertas tareas específicas por entidades de crédito en el nombre de un Estado miembro», refiriéndose a la promoción de pequeñas y medianas empresas, concesión o garantía de créditos a la exportación, préstamos para la construcción de vivienda social, préstamos a municipios, financiación de proyectos de infraestructura o desarrollo regional, por ejemplo. Estas tareas, subraya la Comisión, son desarrolladas mayoritariamente por instituciones de crédito públicas, pero no únicamente.

Finalmente, el tercer tipo de actividad considerada servicio de interés general económico es la obtención de fondos exclusivamente para un Estado miembro, como por ejemplo aquellos ayuntamientos que pueden fundar un banco, obteniendo fondos para sus presupuestos a intereses más bajos. Todos estos tipos de actividades

pueden constituir servicios de interés general económico pudiendo serles aplicadas las excepciones a las reglas de la competencia previstas en el Derecho de la Unión de acuerdo con lo que ha señalado la Comisión (Ponce, 2016, p. 2390).

Por otra parte, «el sistema de pagos, debido a su incidencia sobre toda la actividad productiva (y no solo sobre un sector), y a la carencia de sustitutos, tiene una capacidad para fragilizar las economías mucho mayor que la de cualesquiera otros servicios públicos en situación de servicios mínimos o por debajo de los normales», se trata «claramente de un servicio público, que además es de uso obligatorio para los ciudadanos y empresas, en gran parte de las transacciones económicas realizadas, y cuya provisión continua o al menos no fluctuante (de fondos a los sectores reales) debería estar garantizada por el gobierno». Dado que, como se expuso, las actividades bancarias de sistema de pagos, manejo del ahorro y otorgamiento de crédito pueden ser consideradas servicios de interés general económico, sería posible establecer normativamente obligaciones de servicio público, incluso de servicio universal, como hemos visto efectuaba la legislación belga o francesa respecto a los servicios bancarios de base. (Ponce, 2016, p. 2395).

f. Colombia

Según ha establecido el Tribunal Constitucional de Colombia¹

Las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.

¹ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la industria bancaria. Al respecto se dijo:

La actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público²

En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia³ y el Consejo de Estado⁴ reconocieron el carácter de servicio público para la actividad bancaria, antes de la promulgación de la actual Carta Constitucional. No obstante, su carácter no se discute en la doctrina del derecho administrativo. Sin embargo, cabe anotar que, al tenor del artículo 56 superior, es diferente una actividad de prestación de servicio público y una actividad dirigida a prestar un servicio público esencial, esta última requiere de expresa disposición legal que así lo determine.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios.

Pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. La importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.⁵

La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohi-

² Sentencia T-443 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Sentencia de junio 12 de 1969. M.P. Hernán Toro Agudelo.

⁴ Sentencia del 7 de julio de 1989. Sección Cuarta. C.P. Consuelo Sarria Olcos.

⁵ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm

bición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.⁶

La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, a saber: De un lado, el artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general. Sin embargo, la definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas: El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado. En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental.⁷

En conclusión, para la Corte Constitucional, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la industria bancaria. Al respecto se dijo: (...) la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público. La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la

⁶ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm

⁷ www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm

prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial (Jiménez Gil, 2014, pp. 153 ss).

CONCLUSIONES

El libro del profesor Morles Hernández titulado la “Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela” estableció una referencia apropiada para desarrollar la discusión aquí planteada acerca de la actividad bancaria y el servicio público.

Con base en los planteamientos previamente formulados podemos concluir lo siguiente:

- a. La creciente restricción en la autonomía para seleccionar y contratar productos y servicios bancarios, como consecuencia de las regulaciones impuestas por el Estado, generan incertidumbre regulatoria y promueve riesgos legales.
- b. La incidencia del derecho en la economía en general, y particularmente en la actividad bancaria, debe ser el resultado de un accionar balanceado con el propósito de proteger a los consumidores bancarios, sin afectar sustancialmente su autonomía de voluntad contractual, mientras se logra preservar la eficiencia en las condiciones económicas y en la gestión bancaria.
- c. Cualquier análisis regulatorio debería identificar niveles eficientes de regulación en diferentes segmentos del mercado, tomando en consideración factores institucionales o vinculados con el derecho para considerar las preferencias de los individuos a ciertas medidas normativas, en medio de un contexto de libertad, amplitud, democracia y valores morales. La regulación en el sistema financiero debe asegurar la certeza y la confianza como variables fundamentales de funcionamiento del sistema financiero.
- d. La autorregulación en materia bancaria debería ser aplicada de manera restrictiva o específica para algunos asuntos en particular, que sean propicios para promover la colaboración entre el sector público y el sector privado en la gestión bancaria.
- e. Los preceptos constitucionales establecidos en una nación permiten dilucidar cómo se equilibran, en caso de hacerlo, la libertad empresarial con las limitaciones que el Estado puede imponerle en favor del concepto social, usual-

mente bien enraizado en las Constituciones que promueven el Estado social del derecho.

- f. La operatoria bancaria es una actividad compleja que amerita una designación amplia, como sería la de “servicio empresarial con regulaciones de interés general”, en virtud de sus características propias y por las repercusiones que tiene su ejecución en la sociedad en la que se prestan sus servicios. Por una parte, se trata de un servicio empresarial porque conlleva la ejecución de un proceso con fines generalmente de lucro, mediante el establecimiento de un marco comercial que procura aumentar las ganancias y el potencial de negocios en un mercado competitivo. Por otra parte, se trata de una actividad con elementos de interés general, ejecutada por particulares en el marco de situaciones que puntualmente pueden requerir la asociación entre el sector privado (empresa) y el sector público (Estado).
- g. La regulación de la actividad bancaria no puede estar basada en la presunción de abuso de la posición dominante por parte de las entidades bancarias. Cualquier regulación que se establezca en la actividad bancaria debe estar determinada en función de la necesidad de preservar o alcanzar un nivel de eficiencia en el funcionamiento del sistema bancario en general y de las transacciones bancarias en particular.
- h. La combinación resultante de ejecutar la actividad bancaria al amparo del ejercicio del derecho de libertad económica y con un alto nivel de regulación por parte del Estado permite concebir a la actividad bancaria como una gestión empresarial ejecutada bajo un esquema de competencia, susceptible de involucrarse en el mercado internacional globalizado, con un adecuado nivel de capitalización privado, con una diversificación de productos y servicios, con una gerencia profesional capacitada plenamente para otorgar el mejor nivel de prestación de servicios al usuario bancario y con una función social que atender en virtud de los principios de solidaridad propuestos según el Estado social de derecho.
- i. La necesidad de regular la actividad bancaria es un factor común en todos los países objeto de revisión. En algunos destaca la libertad de empresa, mientras que en otros prevalece el interés general en medio de la necesidad asumida de regular fuertemente la actividad bancaria. Hemos notado, sin embargo, que el precepto de regulación eficiente no es un criterio prevaleciente de manera común entre los países objeto de revisión, puesto que el Estado pareciera no poder desprenderse de la necesidad de regular la actividad bancaria en favor únicamente del usuario bancario.

- j. Se hace imperioso alcanzar un balance entre permitir el desenvolvimiento de la empresa bancaria, por una parte; y, por otra parte, promover en aspectos específicos del interés general la ejecución de la actividad bancaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarons P., Fred. Renegotiation of Concession Agreements in the Latin American Context en Can Privatization Deliver? Infrastructure for Latin America. Banco Interamericano de Desarrollo. (Washington, D.C., 1999).
- Aarons P., Fred. Consideraciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (Caracas, 2017).
- Aarons P., Fred. La regulación del internet en Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (Caracas, 2019).
- Allen, Franklin, Carletti: Elena. What is the rationale for regulating banks? Banking & Finance Monitor N.2, Unicredit Group. (2007).
- Badell Madrid, Rafael. Consideraciones acerca de la Constitución Económica. Revista BCV, XIV. (Caracas, 2000).
- Bourdieu, Pierre; Teubner, Gunther. La fuerza del Derecho, Bogotá-Madrid, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, (2000).
- Castañé, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo dos. Lexis Nexus, Buenos Aires, 2002.
- Córdova, Betina: El Servicio Público de Banca y Crédito. 2013. <https://www.scribd.com/document/191063108/EL-SERVICIO-PUBLICO-DE-BANCA-Y-CREDITO>
- Coyle, Diane. Markets, State, and People: Economics for Public Policy. Princeton University Press. (2020).
- Darnacullera Gardella, María Mercé: La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación, en: S. Muñoz Machado (ed.), Derecho de la Regulación Económica, Madrid, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Sasset, IUSTEL, Vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación). (2010).
- Freire, Alejandra. Actividad bancaria como servicio público en la jurisprudencia. CLIFIN.
- Hernández, Leonardo; Parro, Fernando. Sistema Financiero y Crecimiento Económico en Chile. Estudios Públicos, 99 (invierno 2005). www.cepchile.cl
- Jiménez Gil, William. La Constitucionalización del Derecho Financiero en el Derecho Colombiano. MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia) Colaboradores Externos Internacionales Núm. 7, enero-diciembre. (Bogotá, 2014).
- Johnson, Brian. Consumer Protection and Financial Inclusion. Cato Journal, Vol. 39, No. 3 (Fall 2019).
- Martínez Neira, Néstor Humberto. Sistemas Financieros. Santafé de Bogotá, BIBLIOTECA FELABAN, 1994.

-
- Martínez Neira, Néstor Humberto. Cátedra de derecho bancario colombiano (Segunda Edición ed.). Bogotá D. C. Legis Editores S. A. (Bogotá, 2004).
- Martorell, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Tomo II. Contratos bancarios. Ediciones Depalma. (Buenos Aires, 1996).
- Maynitz, Renate. Nuevos desafíos de la Teoría de la Governance, en: Instituciones y Desarrollo, No. 7. (2000).
- Morles Hernández, Alfredo: La Banca en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela. 2da. Edición. UCAB, UMA. (Caracas, 2016).
- Muñoz Machado, Santiago. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, en: S. Muñoz Machado (ed.), Derecho de la Regulación Económica, Madrid, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, IUSTEL, 2010, Vol. I (Fundamentos e instituciones de la regulación).
- OECD. Recommendation of the Council of the OECD on improving the Quality of Government Regulation, 9 de marzo de 1995 y OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance. (2005).
- Peña Solís, José. La actividad administrativa del servicio público: aproximación a sus lineamientos generales. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Volumen 1. Tribunal Supremo de Justicia. Libros. Homenaje número 7. (Caracas, 2002).
- Ponce Solé, Juli. Bancos Privados y Servicios de Interés General en Libro Homenaje al Profesor Muñoz Machado. coord. por José María Baño León; Santiago Muñoz Machado (hom.), Vol. 3, 2016 (Tomo III).
- Prats, Eduardo Jorge, Victoria Contreras, Omar. Derecho de la regulación monetaria y financiera. IUS NOVUM. (Santo Domingo, 2012).
- Rubin, Paul H.: Pathological Altruism and Pathological Regulation. Cato Journal, Vol. 34, No. 1 (Winter 2014).
- Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza Editorial. (Madrid, 2011).
- Yanome Yesaki, Mauricio. El Concepto de Servicio Público y su Régimen Jurídico en México en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/31.pdf>