



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo

**"La Actividad de Intermediación Financiera en Venezuela y su
Declaratoria como Servicio Público".**

**"Financial Intermediation Activity in Venezuela and its Statement as a
Public Service"**

Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista
en Derecho Administrativo

Autora: Jessica Vivas Roso.

Tutor: José Miguel Torrealba Santiago.

Caracas, abril de 2014.

INDICE

	Págs.
Dedicatoria	I
Agradecimientos	II
Resumen	III
Tabla de abreviaturas	V
Introducción	6
CAPÍTULO I LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	10
1.1	Consideraciones preliminares 10
1.2	Noción de la actividad de <i>intermediación financiera</i> 11
1.3	Características de la actividad de <i>intermediación financiera</i> 14
1.4	Consideraciones sobre la legislación venezolana en materia de <i>intermediación financiera</i> 16
1.5	Actividades objeto de <i>intermediación financiera</i> 22
1.5.1	Las operaciones pasivas o de captación de fondos 23
1.5.2	Las operaciones activas o de colocación de fondos captados 27
1.6	Tipos de intermediarios financieros 32

CAPÍTULO II	LOS SERVICIOS PÚBLICOS	35
2.1	Noción de <i>servicio público</i>	35
2.2	Principales corrientes sobre el <i>servicio público</i>	36
2.2.1	Corriente amplia. <i>Servicio público</i> es toda actividad del Estado	36
2.2.2	Corriente intermedia. <i>Servicio público</i> es toda actividad de la Administración Pública	38
2.2.3	Corriente restringida. <i>Servicio público</i> es sólo una parte de la actividad de la Administración Pública	39
2.3	Elementos integrantes de la noción de <i>servicio público</i>	39
2.3.1	Elemento material, objetivo o sustancial	40
2.3.2	Elemento formal o normativo	41
2.3.3	Elemento orgánico o subjetivo	42
2.4	Características esenciales de los servicios públicos	43
2.4.1	Continuidad y regularidad	44
2.4.2	Obligatoriedad	44
2.4.3	Mutabilidad	45
2.4.4	Permanencia	45
2.4.5	Igualdad	46

2.4.6	Generalidad	46
2.5	Definición de <i>servicio público</i>	46
2.5.1	Definición legal	47
2.5.2	Definición jurisprudencial	49
2.5.3	Definición doctrinaria	53
2.5.4	Definición propuesta	55
2.6	El interés general	55
CAPÍTULO III	LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA Y SU CONSIDERACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO. TRATAMIENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.	57
3.1	Consideraciones normativas	57
3.2	Consideraciones doctrinarias	60
3.2.1	Doctrina venezolana	60
3.2.2	Doctrina extranjera	63
3.3	Consideraciones jurisprudenciales	66
3.4	Consideraciones finales	72
	CONCLUSIONES	76
	BIBLIOGRAFÍA	79

DEDICATORIA

*“A mi familia, quienes a pesar de la distancia
siempre han constituido mi brazo de apoyo
en este largo camino que escogí recorrer.
Por lograr otro éxito juntos”.*

AGRADECIMIENTOS

A Bernardo Quintero Ortegano.

Quien a lo largo de todos estos años se ha convertido en
mi amigo, mi apoyo y mi mentor,

Gracias totales...

A José Miguel Torrealba Santiago.

Por haber aceptado el arduo trabajo
de ser mi orientador en esta investigación.

Por toda su paciencia y sus valiosas consideraciones,

Muchas gracias...

Universidad Central de Venezuela.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
Centro de Estudios de Postgrado.
Especialización en Derecho Administrativo.

"La Actividad de Intermediación Financiera en Venezuela y su Declaratoria como Servicio Público"

Autora: Jessica Vivas Roso.
Tutor: José Miguel Torrealba Santiago.
Fecha: Abril 2014.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto fundamental analizar la caracterización en Venezuela de la actividad de intermediación financiera como un servicio público. A tales fines, se realiza un estudio que pretende en primer lugar, describir la actividad de intermediación financiera, sus características, su evolución histórico-legal en el período 1961-2011, así como las actividades que la comprenden; en segundo orden, se estudia la institución jurídica de los servicios públicos; oportunidad en la que se abordan las distintas nociones existentes, los aportes jurisprudenciales, los elementos integrantes de la noción, y las características de los mismos, todo ello dentro del ordenamiento jurídico venezolano; y por último se pasan a considerar los aspectos normativos, doctrinarios y los criterios jurisprudenciales que permitan categorizar a la actividad de *intermediación financiera* en Venezuela como *servicio público*. Desde el punto de vista metodológico, el estudio realizado es de carácter cualitativo; de tipo documental y corte teórico, donde se efectúa un análisis documental de fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, siendo las técnicas a utilizar el análisis de contenido, la presentación resumida de textos, el resumen analítico y el análisis crítico de textos. Del análisis de la información se generan las siguientes conclusiones: a) Que la actividad de intermediación financiera en Venezuela es una actividad de Derecho Privado cuyo sustrato esencial es la búsqueda de un beneficio económico para las partes intervinientes; y b) que no puede afirmarse con absoluta certeza que la actividad de intermediación financiera en Venezuela deba ser categorizada como una actividad de *servicio público*, ello por cuanto del estudio efectuado no se encontró uniformidad legal, doctrinaria o jurisprudencial que apoye dicha postura, todo lo cual lleva a considerar que la misma es una actividad de carácter privado, pero que, vista la relevancia que posee para la sociedad venezolana debe ser supervisada, controlada y regulada por el Estado Venezolano. Finalmente, los resultados de la presente investigación contribuirán al desarrollado del Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil por cuanto el tema abordado es común para ambas disciplinas jurídicas.

Descriptor: Actividad Bancaria. Intermediación Financiera. Servicio Público.

Universidad Central de Venezuela
Political Law Sciences Faculty
Postgraduate Studies Center
Administrative Law Specialization.

“Financial Intermediation Activity in Venezuela and its consideration as a Public Service”

Author: Jessica Vivas Roso
Tutor: José Miguel Torrealba Santiago.
Date: April 2014.

SUMMARY

This investigation aims to analyze the characterization in Venezuela of the financial intermediation activity as a public service. Therefore, a study will be performed in order to firstly, describe the financial intermediation activity, its characteristics, its historic- legal evolution between the period of 1961 and 2011, also the activities that form it; secondly, the institution of public services will be studied; an opportunity on which the different notions of it will be revised, the jurisprudential intake, the integral elements of the notion and their characteristics, all within the Venezuelan legal system, and lastly, the normative and doctrinarian aspects will be considered as well as the jurisprudential criteria which will allow to categorize the financial intermediation activity in Venezuela as a *public service*. From the methodological point of view, the accomplished study has a qualitative character, documental type and theoretical cut, taking place a documental analysis of the normative, doctrinarian and jurisprudential sources, by using such techniques as content analysis, presentation of summary of texts, analytical summary and critical analysis of bibliography. From the information analysis the following conclusions are obtained: a) That the financial intermediation activity in Venezuela belongs in the field of Private Law which main substrate is the pursuit of an economic benefit for the parties involved, and b) That it cannot be affirmed with absolute certainty that the financial intermediation activity in Venezuela must be categorized as a *public service* activity, due to the fact that the performed study did not result in the finding of any legal, doctrinarian or jurisprudential uniformity, that will support such criteria, all that leads to consider that said activity has a private character, however, given the relevance that this activity has to the Venezuelan society it must be supervised, controlled and regulated by the Venezuelan State. Finally, the results of the present investigation will contribute to the development of Administrative and Commerce Law, because the issue at hand is common to both legal disciplines.

Descriptors: Bank Activity. Financial Intermediation. Public Service

TABLA DE ABREVIATURAS.

CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.	Gaceta Oficial Ext. N° 5.908, de fecha 19 de febrero de 2009.
LGBOIF	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.	Gaceta Oficial N° 39.491, de fecha 19 de agosto de 2010.
LISB	Ley de Instituciones del Sector Bancario.	Gaceta Oficial N° 39.627, de fecha 02 de marzo de 2011.
LPCU	Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.	Gaceta Oficial N° 37.930, de fecha 04 de mayo de 2004.
LDPABS	Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios	Gaceta Oficial N° 5.889, de fecha 31 de julio de 2008.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo gira en torno al análisis de la caracterización de la actividad de *intermediación financiera* en Venezuela como un *servicio público*, a la luz del estudio de los preceptos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales existentes sobre el tema. Con la formulación de la investigación se propuso, en primer lugar, presentar la misma como Trabajo Especial para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo y, en segundo lugar, efectuar un estudio que permita conocer todos los criterios originados respecto al objeto estudio, a fin de poder conocer las tendencias existentes al respecto y a raíz de las mismas presentar una postura propia.

La idea fundamental sobre la cual se desarrolla la investigación, se centró en determinar si la actividad de *intermediación financiera* en Venezuela puede ser caracterizada como una actividad de *servicio público*, por lo que, ésta monografía será efectuada de forma teórica, a través del análisis de diversas fuentes como la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de determinar las posibles respuestas a la interrogante planteada sobre el problema a tratar, a saber: ¿Puede considerarse a las operaciones de *intermediación financiera* en Venezuela como una actividad de *servicio público*, o deberá caracterizarse como una actividad de interés general?.

Se destaca que la actividad bancaria es considerada por algunos autores¹ como una materia propia del Derecho Mercantil, en virtud que sus operaciones se encuentran clasificadas como actos objetivos de comercio de conformidad con el contenido del artículo 2 numeral 14 del Código de

¹ Alfredo Morles Hernández, "La Banca en Venezuela". <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr5.pdf>.

Comercio Venezolano y que son desarrolladas por personas jurídicas propias de dicha rama del Derecho, vale decir; las compañías anónimas².

Como fundamento de tales afirmaciones se encontraba el hecho que hasta la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del año 2010³, las actividades y operaciones que se encontraban dentro del ámbito de aplicación de dicho texto legal, debían realizarse conforme a sus disposiciones, el Código de Comercio, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás leyes aplicables, las normas prudenciales dictadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como las resoluciones del Banco Central de Venezuela.

Lo anterior, llevó a considerar que las remisiones que hacía la norma a otras leyes especiales distintas al Código de Comercio se encontraban referidas esencialmente a las regulaciones de la actividad bancaria desde el punto de vista de los órganos públicos encargados de la supervisión y control de la misma, no ocasionando la pérdida del carácter mercantil de ésta, cuando es desarrollada por los operadores bancarios con sus clientes.

No obstante a lo anterior, la actividad bancaria en Venezuela tiene un peso fundamental dentro de la economía del país dado que las distintas personas jurídicas que la desarrollan se encargan, entre otras cosas, de captar los recursos disponibles de los ciudadanos, mediante figuras como el depósito, para posteriormente utilizarlos en el otorgamiento de financiamientos (créditos), dirigidos hacia terceras personas; actividad ésta

² Rafael Gamus Gallego, "La disciplina pública de los contratos bancarios" en *Temas actuales de derecho bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré* (Caracas: FUNEDA, 2009), pp. 201-86.

³ Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.491).

que, desempeñada por sujetos inescrupulosos puede causar (como históricamente ha sido demostrado entre otros, por la crisis financiera Venezolana de 1994), el desequilibrio o resquebrajamiento de dicha economía.

Tal situación ha llevado a considerar que la actividad bancaria, reviste un interés general para los ciudadanos o incluso existen quienes la consideran como *servicio público*, que debe ser supervisado, controlado o asumido por el Estado. Sin embargo, debe destacarse que ambas posturas deben armonizarse con el derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 del texto constitucional, ello con el fin de establecer el rol de dicha actividad, así como el papel que tanto el Estado Venezolano como el Derecho Administrativo deben tener en el desarrollo de la misma.

En razón de ello, la selección del tema propuesto para la realización del presente trabajo de investigación se encuentra motivada en diversas razones. A nivel personal, porque en el curso de la Especialización en Derecho Administrativo el tema de la actividad bancaria en Venezuela ha sido objeto de análisis en diversos trabajos realizados como parte de las tareas correspondientes a las asignaturas dictadas en la misma, lo que ha despertado el interés en el estudio de temas relacionados con la materia.

A nivel académico, porque la presente investigación constituye un aporte para el desarrollo de la *doctrina* en materia de *servicio público* y actividad bancaria, al abordar el punto específico de la actividad de *intermediación financiera*, el cual puede ser desarrollado y profundizado por los futuros aspirantes al grado de Especialista en Derecho Administrativo e inclusive por estudiantes de otras especializaciones, específicamente, del

Derecho Mercantil por cuanto el tema abordado en el presente trabajo de investigación es común para ambas disciplinas jurídicas.

Desde el punto de vista práctico, la investigación a realizar pretende constituirse en una herramienta de consulta para aquellas personas que laboren en las distintas instituciones bancarias existentes en Venezuela, así como en los entes del Estado encargados de la supervisión y control de la banca, dado que contribuirá al desarrollo de la doctrina relacionada con el objeto de estudio y servirá de apoyo en las actividades desarrolladas en el ejercicio de sus labores habituales.

Así, en cuanto a la estructura del presente trabajo de investigación, se indica que el mismo se divide en tres capítulos. En el Primer Capítulo se describe la actividad de *intermediación financiera*, sus características, su evolución histórico-legal en el período 1961-2011, así como las actividades que la comprenden; en el Segundo Capítulo, se estudia la institución jurídica de los servicios públicos; oportunidad en la que se abordan las distintas nociones existentes, los aportes jurisprudenciales, los elementos integrantes de la noción, y las características de los mismos, todo ello dentro del marco del ordenamiento jurídico venezolano; y por último, el Tercer Capítulo pasa a considerar los aspectos normativos, doctrinarios y los criterios jurisprudenciales que permitan categorizar a la actividad de *intermediación financiera* en Venezuela como *servicio público*, con el fin de poder concluir exponiendo una postura propia con relación al tema analizado.

CAPÍTULO I: LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

1.1 Consideraciones preliminares.

La actividad bancaria en Venezuela es considerada por algunos autores⁴ como una materia propia del Derecho Mercantil, en virtud que sus operaciones se encuentran clasificadas como actos objetivos de comercio de conformidad con el contenido del artículo 2 numeral 14 del Código de Comercio Venezolano y son desarrolladas por personas jurídicas propias de dicha rama del Derecho, vale decir; las compañías anónimas⁵.

Dicha actividad está a cargo de las instituciones financieras, que actualmente pueden dividirse en dos grupos: sector bancario privado y sector bancario público; comprendiendo el primero de estos grupos aquellas personas jurídicas de derecho privado tales como los bancos, las casas de cambio y los operadores bancarios fronterizos, mientras que el segundo grupo, está integrado por las entidades jurídicas en las cuales la República posee la mayoría accionaria⁶.

Estas entidades, son las encargadas de desarrollar las actividades previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, las cuales pueden ser clasificadas como operaciones financieras pasivas, activas y accesorias o conexas;

⁴ Alfredo Morles Hernández, "La Banca en Venezuela". <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr5.pdf>.

⁵ Al respecto ver: Rafael Gamus Gallego, "La Disciplina Pública de los Contratos Bancarios" en *Temas Actuales de Derecho Bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré* (Caracas: FUNEDA, 2009), pp. 201-286.

⁶ Decreto Nº 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.627, 2011) artículo 3.

siendo que para Gonzalo Bello⁷ las operaciones pasivas son aquellas a través de las cuales las entidades financieras captan fondos provenientes de terceros para la realización de sus operaciones (por ejemplo; depósitos); las operaciones activas consisten en la colocación de los fondos captados mediante las operaciones pasivas en el mercado, mediante la utilización de instrumentos financieros tales como títulos valores y las operaciones accesorias o conexas serán aquellas que no implican operaciones de crédito con sus clientes; verbigracia: la emisión de cheques de gerencia.

Ahora bien, dentro de tales actividades debe hacerse mención especial a la actividad de *intermediación financiera*, la cual abarca tanto las operaciones pasivas como las activas, y será tema de análisis especial en el presente trabajo, por cuanto dicha actividad se encuentra comprendida dentro de la declaratoria de *servicio público* actualmente contenida en el artículo 8 de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁸.

1.2 Noción de la actividad de *intermediación financiera*

Para la Real Academia de la Lengua Española⁹, la *intermediación* es entendida como la acción y efecto de intermediar, vale decir; “*Actuar poniendo en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo*¹⁰”.

⁷ Gonzalo Bello R., *Operaciones Bancarias en Venezuela. Teoría y Práctica*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004), pp. 89-92.

⁸ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 8.

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, <http://www.rae.es/rae.html> (consultada el 1° de agosto de 2013).

¹⁰ *Ibidem*.

Partiendo de estas afirmaciones se puede indicar que la *intermediación* desde un sentido amplio, es aquella actividad realizada por una persona que recibe el nombre de intermediario, que se encarga de interrelacionar a dos o más sujetos o entidades que previamente no se encontraban relacionados, con el objeto que lleguen a un acuerdo.

Se destaca que este concepto, puede resultar aplicable a cualquier actividad de *intermediación*; a saber; bienes raíces, ventas, operaciones cambiarias, entre otras; no obstante, a los efectos del presente trabajo, el análisis a realizar se centrará en el estudio del concepto de *intermediación financiera*. Así las cosas, tenemos que según Leiva Escoto¹¹:

“Se entiende por intermediación financiera el servicio que se hace para contactar a los poseedores de recursos financieros (dinero, bienes de capital, captación de recursos, etc.) con aquellas personas físicas o jurídicas que necesitan dichos recursos financieros (préstamos) para utilizarlos y generar utilidades”.

En este mismo orden de ideas, Alan Elizondo y José María Pacheco¹² indican que en la *intermediación financiera*, una persona ofrece sus servicios como intermediario, bajo su propia cuenta y riesgo, con el objeto de comunicar a aquellas personas que poseen recursos financieros excedentarios y aquellas que necesitan dichos recursos, a objeto de generar utilidades.

¹¹ M., Meoño Briansó y R., Leiva Escoto, *Operaciones Bursátiles*, Primera Edición (San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2006), pp. 32

¹² Alan Elizondo Medina y José María Pacheco Fonseca, “La Intermediación Financiera y de Valores en el Sistema Jurídico Costarricense” (Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2010), pp.175-178.

Por otro lado, según Alfredo Morles¹³ la actividad de *intermediación financiera* se encuentra correctamente definida en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional como “*la captación de recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o de cualquier otra forma, a fin de utilizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera*”¹⁴.

En este mismo orden de ideas debe indicarse, que esta noción es compartida por José Giral Pimentel¹⁵ quien afirma, que desde una óptica objetiva, debe entenderse por *intermediación financiera* la actividad de captación de fondos para el otorgamiento de créditos o inversiones, siendo un elemento fundamental dentro de esta definición el término “captación de fondos” dado que el capital recaudado, es el que le otorga a las entidades financieras la posibilidad de realizar operaciones pasivas consistentes en el otorgamiento de créditos o financiamientos a terceras personas.

Así las cosas, tomando en consideración las ideas expuestas por los tratadistas de la materia, puede afirmarse que la *intermediación financiera* es aquella actividad con ánimo de lucro, que realizan las instituciones financieras de forma habitual y permanente, previa autorización emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario u otro órgano de similar naturaleza, por medio de la cual obtienen recursos o fondos del público, a través del ejercicio de operaciones pasivas tales como los depósitos, para la posterior utilización de éstos mediante el ejercicio de

¹³ Alfredo, Morles Hernández, *La Banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2011), pp. 37-61.

¹⁴ Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, (Caracas: Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 39.447, 2010), artículo 6.

¹⁵ José Alfredo Giral Pimentel, “La Intermediación Financiera,” *Revista de Derecho Mercantil* año VII, N° 18-19 (junio 1995), pp. 41-53.

operaciones activas, entre las que pueden destacarse el otorgamiento de créditos, financiamientos o inversiones.

1.3 Características de la actividad de *intermediación financiera*

Tomando en consideración la definición expuesta, pueden señalarse como características de la actividad de *intermediación financiera*, las siguientes:

a) **El ánimo de lucro:** Una de las características fundamentales de la actividad de *intermediación financiera* es que la misma es realizada por las distintas instituciones financieras con ánimo de lucro. Al respecto Kimlen Chang y Emilio Negrón¹⁶ indican que las instituciones que realizan dicha actividad lo hacen con el ánimo de obtener una ganancia, que se obtiene como consecuencia de restar el porcentaje que se cobra por la colocación de los recursos y el porcentaje que se paga por la obtención de las cantidades de dinero, a lo cual debe agregársele los gastos de administración y funcionamiento.

Sobre este particular, Alan Elizondo y José María Pacheco¹⁷ refieren que las instituciones de *intermediación financiera* necesitan un diferencial cambiario que les deje un margen de ganancia que les permita no solo cubrir el costo de captación, sino los gastos e impuestos, de tal manera que obtenga una ganancia real como consecuencia del desempeño de la actividad que realiza.

¹⁶ Kimlen Chang Mora y Emilio Negrón Chacín, *Instituciones Financieras* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2004), pp. 72.

¹⁷ Alan Elizondo Medina y José María Pacheco Fonseca, "La Intermediación Financiera y de Valores en el Sistema Jurídico Costarricense" (Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2010), pp. 180.

b) **La necesidad de autorización previa:** Del mismo modo, la *intermediación financiera* solo puede ser desarrollada previa autorización de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, lo cual se encuentra dispuesto expresamente en el artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario¹⁸ y su incumplimiento da lugar a la interposición de la sanción de multa que oscila entre el uno y tres por ciento (1% y 3%), del capital social de la persona respectiva.

c) **La habitualidad:** Otra característica de la actividad de *intermediación financiera* es su habitualidad, ello por cuanto las entidades financieras que la desarrollan constantemente se encuentran en la labor de captación y colocación de recursos financieros, no siendo posible hablar de *intermediación financiera* cuando tales actividades se realicen de forma eventual.

d) **La publicidad:** Por último, otra de las características fundamentales de la actividad de *intermediación financiera* es su publicidad, entendiendo por tal el hecho que dicha actividad va dirigida a una generalidad de personas que acuden a las entidades financieras a colocar los excedentes de los recursos financieros que ostenten con el objeto de obtener un determinado beneficio.

Se destaca, que ésta característica resulta fundamental para el ejercicio de las actividades que desempeñan las entidades financieras dado que las mismas se concretizan en la medida que ofrezcan sus servicios a la

¹⁸ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 7.

colectividad, de allí que las entidades financieras busquen contactarse con los potenciales clientes, a modo de captar recursos de forma constante y sostenida, ya que de lo contrario, dicha actividad no sería viable.

Así, cabe acotar que el acceso al público de los servicios bancarios es lo que trae como consecuencia la necesaria supervisión por parte del Estado, de allí que, tal como se expuso precedentemente, una de las características de la *intermediación financiera* se centra en la exigencia de autorización de las entidades financieras para su funcionamiento.

1.4 Consideraciones sobre la legislación venezolana en materia de *intermediación financiera*.

Determinado lo anterior, y a los fines de poder abarcar todos los aspectos que comprenden el concepto de *intermediación financiera*, se considera necesario analizar las distintas definiciones que sobre dicho término se han encontrado contenidas en las diversas Leyes de Bancos vigentes en Venezuela.

Así, tenemos que, la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito del año 1961¹⁹, no establece un concepto de *intermediación financiera*, por el contrario, dicho texto legal sólo presenta un listado de actividades que pueden efectuarse conforme a lo previsto en sus disposiciones, el cual se mantiene hasta la Ley General de Bancos y Otros

¹⁹ Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 672, 1.961), artículo 1°.

Institutos de Crédito del año 1970. En tal sentido, el artículo 1²⁰ de la norma en referencia indica lo siguiente:

“Artículo 1°.- Las operaciones de concesión de préstamo, otorgamiento de crédito, descuento o inversión con fondos obtenidos de manera habitual del público, mediante la recepción de depósitos a la vista, a plazo o de ahorro, o de préstamos o a través de colocación de obligaciones, sólo podrán efectuarse conforme a la presente Ley, el Código de Comercio, los Reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional y las resoluciones que sobre la materia dicten el Banco Central de Venezuela o el Ejecutivo Nacional a través de la Superintendencia de Bancos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 153 de esta Ley”.

En este mismo sentido, se observa que la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito del año 1975, introduce el término “intermediación en el crédito”, no obstante no establece el alcance de dicha frase; sin embargo, es de observar que el artículo 3²¹ de dicha Ley enumera un conjunto de actividades que denomina conexas a las financieras o crediticias, lo cual efectúa en la forma siguiente:

“Artículo 1.- La actividad de intermediación en el crédito, las operaciones típicamente bancarias y las demás operaciones que permite o regula esta Ley, sólo podrán ser realizadas por los bancos e institutos de créditos regidos por la presente Ley (...)

Artículo 3.- Además de las operaciones señaladas en el artículo 1°, los bancos o institutos de crédito regidos por la presente Ley, podrán dedicarse, conforme a sus disposiciones y a las de los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, a realizar actividades conexas a las bancarias o crediticias, tales como transferir fondos dentro del país, aceptar la custodia de fondos, títulos y objetos de valor, prestar

²⁰ Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 1.454, 1.970), artículo 1°.

²¹ Decreto N° 869 por medio del cual se dicta la Ley General de Bancos otros Institutos de Crédito, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 1.742, 1.975), artículos 1° y 3°.

servicio de cajas de seguridad, actuar como fiduciarios y ejecutar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, girar y transferir fondos en escala internacional, comprar y vender divisas y billetes extranjeros e importar oro amonedado o en barras, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2º, ordinal 3º y 91 de la Ley del Banco Central de Venezuela y de las disposiciones en materia de moneda y comercio de oro”²².

Por su parte, los textos legales del año 1993²³, introducen una definición preliminar de *intermediación financiera*, la cual es presentada en sus artículos 1 bajo los siguientes parámetros:

“Artículo 1.- La actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, incluida la de mesa de dinero, así como las operaciones que permita o regula esta Ley, sólo podrán ser realizadas por los bancos y demás instituciones financieras reguladas por esta Ley.

A los efectos de esta Ley, la intermediación financiera comprende igualmente la captación habitual de recursos con el objeto de realizar inversiones, salvo que su realización se encuentre sujeta a autorización de conformidad con otras leyes.”

En este punto, debe hacerse referencia al artículo 30²⁴ de las normas comentadas, las cuales categorizan –al igual que los textos anteriores- un conjunto de actividades como “conexas con las bancarias o crediticias”, entre las que se encuentran transferir fondos dentro del país, aceptar la custodia de fondos, títulos y objetos de valor, prestar servicio de cajas de seguridad,

²² Dichas disposiciones se repiten en los mismos términos en el Decreto N° 194 por medio del cual se dicta la Ley General de Bancos otros Institutos de Crédito. Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 3.412, de fecha 18 de julio de 1984 y se mantienen hasta la Ley de Reforma parcial de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, publicada en Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 3.412, de fecha 4 de febrero de 1988.

²³ Decreto Ley N° 3.228 mediante el cual se dicta la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 4.649, 1993), artículo 1. Dicha Ley fue reimpresa por error material y publicada en Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 4.649, de fecha 19 de noviembre de 1993.

²⁴ *Ibidem*.

actuar como fiduciarios y ejecutar mandatos, comisiones, y otros encargos de confianza.

Asimismo, cabe mencionar que el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del año 2001, introduce con relación a las normas del año 1993, pequeñas modificaciones referidas a la definición de *intermediación financiera* y al conjunto de actividades que son denominadas como conexas, las cuales se encuentran contenidas en los artículos 1° y 45 de dicha Ley en los siguientes términos:

“Artículo 1°.- La actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, incluidas las operaciones de mesa de dinero, con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores; y sólo podrá ser realizada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras reguladas por este Decreto Ley.

Artículo 45.- Los bancos universales, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, entidades de ahorro y préstamo, bancos de desarrollo y bancos de segundo piso podrán dedicarse, conforme a las disposiciones que los rigen, a los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional y la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela, a realizar actividades conexas con las bancarias o crediticias, tales como transferir fondos, títulos y objetos de valor, prestar servicio de cajas de seguridad, actuar como fiduciarios y ejecutar mandatos, comisiones y otros encargos de confianza; así como comprar y vender divisas y billetes extranjeros o importar oro amonedado o en barras, sin perjuicio de lo dispuesto sobre esta materia, en la Ley del Banco Central de Venezuela”.²⁵

²⁵ Es de destacarse que dichas disposiciones se mantienen en los mismos términos hasta la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada en Gaceta Oficial N° 39.491, de fecha 19 de agosto de 2010.

Por último, debe hacerse referencia a las disposiciones contenidas en la Ley de Instituciones del Sector Bancario²⁶ y su única reforma, las cuales, con relación a lo previsto en las normas anteriores, introducen cambios significativos con relación al término *intermediación financiera*. En efecto, es de destacarse que la Ley en referencia, además de contener una definición de *intermediación financiera*, enumera un conjunto de actividades que categoriza dentro de dicho concepto. En este sentido, los artículos 5 y 53 del Decreto N° 8.079, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario²⁷, prevén lo siguiente:

“Artículo 5: Se entiende por intermediación financiera la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las leyes de la República.

Artículo 53: Las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en el Reglamento de la presente ley, en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el órgano superior del sistema financiero nacional.

Las instituciones bancarias que mantengan posiciones en títulos o valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, custodias de terceros, fideicomisos y garantías en moneda nacional o extranjera, los mantendrán en custodia en el Banco Central de Venezuela”.

²⁶ Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 6.015, 2010), artículos 5 y 53.

²⁷ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículos 3 y 53.

De todo lo expuesto hasta ahora, se aprecia que desde 1961 hasta 1970, a pesar de no existir una definición legal de *intermediación financiera*, los textos normativos respectivos, enumeraron las actividades que se encontraban comprendidas dentro del mismo, y así puede destacarse que se hacía referencia a operaciones de captación de fondos del público tales como depósitos a la vista, a plazo o de ahorro, o de préstamos y a la utilización de los mismos en operaciones de concesión de préstamo, otorgamiento de crédito, el descuento o la inversión.

De igual forma, se advierte que desde el año 1993 hasta el año 2010, se modificó el término “captación de fondos” por “captación de recursos”; no obstante, el primero de éstos es retomado con la entrada en vigencia de la Ley de Instituciones del Sector Bancario en el año 2010, de allí que, a pesar de existir una modificación literal de las normas estudiadas, ello no puede entenderse como una variación de las actividades que comprenden la *intermediación financiera* o de la definición misma del término, por cuanto dichos vocablos han sido entendidos doctrinariamente como sinónimos²⁸.

Por último, se observa que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, por una parte señala que la *intermediación financiera* es aquella actividad que consiste en la captación de fondos de terceras personas y la colocación de éstos en créditos o inversiones, y por la otra, clasifica como actividades de intermediación a algunas actividades que los textos legislativos anteriores habían referido como actividades conexas distintas a la *intermediación financiera*.

²⁸ José Alfredo Giral Pimentel, Op. Cit, pp. 41-53

En efecto, de la transcripción realizada puede observarse que el fideicomiso, hasta la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del año 2010, era considerado como una actividad conexas con las actividades bancarias o crediticias; sin embargo dicha figura jurídica es incluida en el artículo 53 del texto normativo actualmente vigente como una actividad de *intermediación financiera*, situación que hace necesario analizar esta última figura, a los fines de verificar si la misma puede ser considerada o no como una actividad de *intermediación*.

1.5 Actividades objeto de *intermediación financiera*

De la lectura concatenada de los artículos 5 y 53 del Decreto N° 8.079, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011²⁹, puede observarse que el aludido texto normativo, categoriza dos grandes grupos de actividades como formas de *intermediación financiera*: la primera de ellas, relativa a la captación de fondos, entre las que se destacan los depósitos, y la segunda, consistente en la colocación de dichos fondos bajo distintas formas de financiamiento, entre las que se mencionan los créditos, inversiones en títulos valores, el fideicomiso o las estipulaciones contractuales.

Tales actividades, han sido clasificadas doctrinariamente dentro de dos grandes grupos a saber: las operaciones activas y las operaciones pasivas; que serán objeto de análisis en el presente aparte, a los fines de

²⁹ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículos 5 y 53.

poder entender a mayor profundidad el término analizado, a saber; la *intermediación financiera*.

1.5.1. Las operaciones pasivas o de captación de fondos

Las operaciones pasivas son todas aquellas actividades que le permiten a las instituciones financieras recibir o captar los recursos con los cuales realizarán sus operaciones. Dichas operaciones se denominan pasivas por el hecho que, al no tratarse de recursos propios de las instituciones financieras -sino que los mismos provienen del público- éstas se convierten en deudores de sus clientes.

Sobre este tipo de actividades Gonzalo Bello³⁰ señala, que las mismas tienen implicaciones contables para las entidades financieras dado que deben ser registradas en su balance como deudas, de allí que las tasas de interés que las mismas generen y que son pagadas a los clientes depositantes constituyan egresos financieros. Dentro de las operaciones pasivas que forman parte de la *intermediación financiera*, se encuentran las siguientes:

a) Los depósitos irregulares

Para la Real Academia de la Lengua Española, el depósito consiste en “*Poner bienes u objetos de valor bajo la custodia o guarda de persona física o jurídica que quede en la obligación de responder de ellos cuando se*

³⁰ Gonzalo Bello R, *Operaciones Bancarias en Venezuela. Teoría y Práctica*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004), pp. 90

*le pidan*³¹. Dicho concepto, es compartido por Sergio Rodríguez Azuero³² quien afirma que mediante el depósito, una persona le entrega a otra una cosa mueble para que ésta lo conserve en su poder y la restituya cuando se le requiera.

Ahora bien, en materia de *intermediación financiera* este tipo de contrato de depósito tiene aplicaciones muy limitadas, por cuanto no le permite a los intermediarios obtener ganancias por la prestación de tales servicios; en tal sentido; el contrato de depósito que sí reviste importancia para tales intermediarios es aquel que ha sido denominado por la doctrina como depósito irregular y mas específicamente el depósito en dinero.

En este orden de ideas, tenemos que Gonzalo Bello³³, define dichas operaciones de la siguiente manera:

“Jurídicamente los depósitos bancarios de dinero, que son el objeto fundamental de las operaciones pasivas o de captación de fondos, constituyen depósitos irregulares. Mediante los mismos los depositantes transfieren al banco la propiedad y libertad de uso de la suma de dinero depositada; de allí que cuando corresponda al banco devolverla, en los términos del contrato de depósito celebrado entre ambas partes, tan sólo estará obligado a reintegrar una cantidad equivalente de la misma especie. Es decir, que la característica más relevante del depósito irregular bancario es el derecho que tiene el banco de utilizar en sus operaciones la suma de dinero depositada por los agentes económicos excedentarios o de ahorro”.

³¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=deposito> (consultada el 1° de agosto de 2013).

³² Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. 5ta Edición*, (Colombia: Legis. 2002), pp. 290.

³³ Gonzalo Bello R. Ob. Cit. pp. 93.

Asimismo, Kimlen Chang y Emilio Negrón³⁴ afirman que los depósitos bancarios consisten en el acto por medio del cual una persona entrega a una institución financiera una suma de dinero con la obligación de restituirla a la primera a solicitud de ésta o a la fecha que se hubiere convenido. De allí que, el depósito bancario consiste en la colocación de recursos económicos excedentarios por parte de terceros en las instituciones financieras, para que éstas puedan disponer de los mismos y por ello otorgar al propietario de dichos fondos una determinada contraprestación, que se traduce en un beneficio económico a favor de éste.

Debe recalcar, que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011³⁵ no prevé un concepto de depósito bancario, sin embargo establece que los mismos pueden ser a la vista, a plazo y de ahorro. En tal sentido, el texto legal aludido entiende por depósitos a la vista aquellos que sean exigibles en un término igual o menor a treinta (30) días continuos y por depósitos a plazos aquellos que son exigibles en el lapso mayor de treinta y un (31) días continuos.

b) Las operaciones de mesa de dinero

Las mesas de dinero son aquellas por medio de las cuales las entidades financieras a través de medios tales como el teléfono, fax o correo electrónico realizan la compra de activos monetarios a través de la venta al público de activos financieros propiedad de las entidades financieras, tales como bonos de la deuda pública, letras del tesoro o títulos de crédito

³⁴ Kimlen Chang Mora y Emilio Negrón Chacín, *Instituciones Financieras* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2004), pp. 472.

³⁵ Decreto Nº 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.627, 2011) artículos 54 y 55.

emitidos por el Banco Central de Venezuela, entre otros. Carlos Acedo³⁶ las define como un mecanismo formal de intermediación entre empresas con excedentes transitorios y empresas que requieran cubrir deficiencias de tesorería, las cuales otorgan a las primeras facilidades de inversión en títulos valores.

Debe observarse que, lo característico de este mecanismo de *intermediación financiera* es su velocidad operativa, así como la confianza que debe existir entre el cliente y la mesa de dinero, dado que, tal como se señaló, la mayoría de las operaciones suele concretarse por vía telefónica o por fax, existiendo como única garantía la palabra empeñada de las partes intervinientes.

c) Emisión de obligaciones y otros títulos

Las entidades financieras, adicional al depósito y a la mesa de dinero, hacen uso de otros instrumentos financieros para la captación de recursos del público; siendo uno de los mecanismos para dicho fin la emisión de títulos-valores. A través de estos mecanismos, las entidades financieras invitan a los terceros que poseen recursos monetarios excedentarios a colocar sus recursos en éstas instituciones a cambio de obtener una rentabilidad.

Sobre este tipo de actividad, Sergio Rodríguez Azuero³⁷ indica lo siguiente:

³⁶ Carlos Acedo Mendoza, *Instituciones Financieras*, (Caracas: MacGrw-Hill. 1997), pp. 132.

³⁷ Sergio Rodríguez Azuero, Op. Cit. pp. 434.

“Los terceros obligacionistas ven incorporados derechos surgidos de la celebración del contrato en un título-valor, que representa la parte proporcional en que cada uno de ellos participa en relación con el crédito colectivo y con las eventuales garantías que lo respalden. Como título-valor tiene dos características principales: es título de contenido crediticio, pero además de participación o corporativo en cuanto no sólo concede el derecho al pago de una suma de dinero sino que, en la tendencia contemporánea, faculta al tenedor para el ejercicio de derechos distintos como participar en asamblea de tenedores, cuando tal órgano existe o actuar como representante común de los mismos y exigirle determinado comportamiento; facultades que exceden a las derivadas simplemente de un título de contenido crediticio”.

Al respecto, debe advertirse que se encuentran dentro de este grupo de instrumentos financieros, los títulos hipotecarios que están garantizados por la cartera de créditos hipotecarios de la institución financiera que los emite.

1.5.2. Las operaciones activas o de colocación de fondos captados.

El segundo grupo de actividades que forman parte de la *intermediación financiera* lo constituyen las operaciones activas, es decir, aquellas actividades a través de las cuales las instituciones financieras colocan los fondos captados en el mercado. Dichas operaciones poseen tal denominación, en virtud que las mismas se configuran como fuentes de ingreso para las instituciones financieras, toda vez que a través de ellas dichas instituciones se convierten en acreedores de sus clientes. A nivel contable, este tipo de operaciones deben registrarse en el activo del balance

y la tasa de interés que las mismas generan constituyen fuentes de ingreso para éstas entidades³⁸.

En este sentido, se indica que forman parte de las operaciones activas objeto de *intermediación financiera* las siguientes:

a) **El crédito bancario**

Alfredo Rodríguez define el crédito bancario como aquella operación por medio de la cual una entidad financiera entrega a sus clientes una cantidad de dinero, recibiendo a cambio después de un plazo la suma prestada más un interés también en dinero³⁹. Asimismo, Kimlen Chang y Emilio Negrón⁴⁰ señalan que el contrato de crédito es aquella operación en la que el banco coloca recursos financieros a cambio de la obligación de devolverlos por parte de quien los recibe, en un tiempo que puede ser determinado o no y con el pago de una contraprestación por el uso del dinero recibido.

Lo anterior, constituye un concepto amplio de crédito bancario y parece ser la idea adoptada por el artículo 60 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011⁴¹, que establece como crédito bancario a todas aquellas operaciones en moneda nacional, que comprenden entre otras actividades: el arrendamiento financiero, descuento de facturas, préstamos, cartas de

³⁸ Gonzalo Bello R, *Operaciones Bancarias en Venezuela*. Op. Cit. pp. 91.

³⁹ Alfredo Rodríguez, *Técnica y Organización Bancaria: Manual del Banquero*, (Buenos Aires: Ediciones Machi, 1993), pp. 209

⁴⁰ Kimlen Chang Mora y Emilio Negrón Chacín, *Instituciones Financieras*. Op. Cit. pp. 456.

⁴¹ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 60.

crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias.

b) Las inversiones bancarias

Las inversiones bancarias pueden ser definidas como aquellas que consisten en la adquisición de títulos valores a través de las operaciones legalmente permitidas en Venezuela. Esta actividad, se constituye como un complemento de la *intermediación financiera*, que se encuentra sujeta a las restricciones establecidas por la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario y está limitada a valores emitidos exclusivamente por sociedades anónimas que están bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores.

De acuerdo con Gonzalo Bello⁴² la cartera de inversiones de los bancos se divide en valores públicos –bonos de la deuda, letras del tesoro emitidas por el gobierno nacional, bonos u otros títulos públicos emitidos en moneda extranjera por gobiernos distintos al nacional, títulos de créditos emitidos por el Banco Central de Venezuela- y valores privados –acciones de empresas nacionales y extranjeras y obligaciones y papeles comerciales en moneda nacional-, los cuales se constituyen como fuentes indirectas de fondos para las instituciones financieras, que las mismas utilizan para resolver problemas transitorios o puntuales de liquidez, bien sea a través de la obtención de préstamos cuya garantía la constituye dichas inversiones o mediante la venta de los mismos en mercados financieros.

⁴² Gonzalo Bello R, *Operaciones Bancarias en Venezuela*. Op. Cit. pp. 173

c) **El fideicomiso**

Con relación al fideicomiso debe indicarse en primer término que, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011, lo califica como una actividad de *intermediación financiera*; no obstante con anterioridad a dicha Ley, es decir, hasta la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del año 2010, el mismo se encontraba clasificado como una actividad conexas con las actividades bancarias o crediticias; lo que trae como consecuencia la necesidad de analizar esta especial figura jurídica a los fines de poder determinar si la misma puede ser considerada o no como una actividad de intermediación.

Así, el fideicomiso puede definirse como el contrato a través del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, para que los administre o enajene, y con el producto de dicha actividad se cumpla con el fin establecido por el constituyente del fideicomiso, bien sea a su favor o a favor de un tercero⁴³.

De acuerdo con la Ley de Fideicomiso⁴⁴, este tipo de operación es definida de la siguiente manera:

“El fideicomiso es una relación jurídica por medio de la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o mas bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo a favor de aquel o de un tercero llamado beneficiario”.

⁴³ Sergio Rodríguez Azuero. Op. Cit. pp. 830.

⁴⁴ Ley de Fideicomisos, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República de Venezuela N° 496, 1956) artículo 1

Con respecto a esta figura, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 09 de junio de 2004 (caso: Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A) manifestó lo siguiente:

“A este respecto, conviene destacar que por definición ambas figuras resultan diferentes y persiguen objetivos distintos; así, de acuerdo con lo que se desprende del contenido del artículo 1º, de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, vigente para la época, la actividad de intermediación en esencia lo que busca es la captación de recursos del público con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos; por otro lado, los fines del fideicomiso están determinados por los resultados que se persiguen con la constitución de éste, pero en todo caso, está fundamentalmente dirigido a la conservación, administración e inversión de un patrimonio, obteniéndose mayores beneficios y seguridad de los recursos que se traten⁴⁵”.

De lo expuesto se evidencia que el fideicomiso es una actividad desarrollada por los bancos que posee unos fines distintos a la actividad de *intermediación financiera*, el cual –tal como se refirió- ha sido calificado históricamente como una actividad conexas a la misma.

En tal sentido, tomando en consideración el extracto de la sentencia transcrita, se considera que la inclusión de la actividad desarrollada bajo la figura del fideicomiso, dentro de la definición de *intermediación financiera* prevista en el artículo 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011, obedece a una inadvertencia u omisión del legislador patrio, que deberá ser revisada y corregida en una futura reforma de dicha norma.

⁴⁵ Sentencia N° 00623 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 09 de junio de 2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

d) **El reporto**

El reporto, es aquel contrato por medio del cual el reportador (intermediario financiero), adquiere de un tercero (reportado) títulos valores mediante el pago de un precio con la obligación de transferirle los mismos u otros de idéntica especie, reconociendo el precio aumentado o el mismo precio, más una comisión prima o interés⁴⁶

Así, el reporto se configura como un típico contrato de crédito en el cual un sujeto requiere del intermediario financiero una suma de dinero, para lo cual le transfiere la propiedad de uno o varios títulos valores que tienen como finalidad servir de garantía⁴⁷. En este tipo de actividad de intermediación, no se busca la adquisición de los títulos valores dados por el reportado, sino la concesión de un crédito a favor de éste a cambio del compromiso de rembolsar la cantidad dada en préstamo, más una cantidad adicional por concepto de intereses.

1.6 Tipos de intermediarios financieros

Los intermediarios financieros pueden ser clasificados como bancarios y no bancarios. En Venezuela, se encuentran regulados en los artículos 11 al 14 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011, siendo éstos los siguientes:

⁴⁶ Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*. Op. Cit. pp. 682.

⁴⁷ Javier Rodríguez Velarde. *Contratos e Instrumentos Bancarios*. <http://www.rodriiguezvelarde.com.pe/pdf/libro3introduccion.pdf> (consultado el 1° de agosto de 2013).

a) **La Banca Universal:** De acuerdo a lo previsto en el artículo 11⁴⁸ del mencionado texto legal, la banca universal se encuentra integrada por todas aquellas instituciones que son capaces de realizar todas las actividades de *intermediación financiera* y sus servicios conexos, sin más limitaciones que las previstas en dicho Decreto Ley.

De acuerdo con Kimlen Chang y Emilio Negrón⁴⁹ a través de estas entidades, se busca que queden integrados en un solo lugar todos los servicios bancarios para poder aprovechar el fraccionamiento del riesgo, abaratar los costos de operación y poder ofrecer una mayor gama de servicios a los clientes, facilitando la supervisión de las mismas.

b) **Los Bancos Microfinancieros:** son aquellos que tienen por objeto principal fomentar, financiar o promover las actividades de producción de bienes y servicios de las pequeñas empresas industriales y comerciales, de la economía popular y alternativa, así como de los microempresarios⁵⁰; pudiendo realizar todas aquellas actividades de *intermediación financiera* y prestar aquellos servicios financieros que sean compatibles con su naturaleza.

c) **Las Casas de Cambio:** estas entidades entran dentro de la categoría de intermediarios financieros no bancarios, y son las encargadas de realizar operaciones de cambio vinculadas al servicio de encomienda electrónica así como aquellas operaciones bancarias que sean autorizadas

⁴⁸ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 11.

⁴⁹ Kimlen Chang Mora y Emilio Negrón Chacín, *Instituciones Financieras*. Op. Cit. pp. 485.

⁵⁰ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 12.

por el Banco Central de Venezuela, sin más limitaciones que las establecidas por dicho ente⁵¹.

d) **Los Operadores Cambiarios Fronterizos:** son los encargados de las operaciones de compra y venta de divisas en efectivo, pudiendo desarrollar sus operaciones únicamente en las fronteras terrestres del país y en las regiones insulares fronterizas que sean debidamente autorizadas⁵².

⁵¹ Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 13.

⁵² Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 14.

CAPÍTULO II: LOS SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. Noción de *servicio público*

Es sabido que el Estado actúa en función al cumplimiento de unos determinados fines -entre los que se encuentra la satisfacción del interés público o el bien común-, los cuales no sólo sirven de fundamento o justificación para que la Administración actúe de forma coactiva o a través de medidas de fomento, sino que a su vez la convierten en la primera obligada proporcionar bienes y servicios a los ciudadanos.

Ahora bien, en razón de lo expuesto, el estudio de la teoría del *servicio público* constituye un tema de vital importancia dentro del Derecho Administrativo, dado que a través de esta actividad el Estado deja de ser un ente abstencionista para convertirse en un prestador y garante de la satisfacción de las necesidades de los individuos.

Luego, resulta fundamental estudiar y comprender la noción de *servicio público*, por cuanto la misma nos servirá de punto de partida para determinar qué tipo de actividades deben ser garantizadas por el Estado y prestadas bajo un régimen de Derecho Público o Administrativo y cuáles pueden ser desplegadas por los particulares bajo las normas del Derecho Privado, en el entendido que “los servicios públicos actúan constantemente a nuestro alrededor, es decir, existen, si bien necesitados de una profunda renovación⁵³”.

⁵³ Juan Miguel De la Cuétara, “Aproximación a la Regulación de Servicio Público como nuevo paradigma para la Prestación de Servicios Económicos”, *El nuevo servicio público*, (Madrid: Marcial Pons. 1977), pp. 127.

2.2. Principales corrientes sobre el *servicio público*

No puede afirmarse que exista una noción clara y única de *servicio público*, dado que dicho concepto ha variado a lo largo del tiempo y de país en país, dependiendo de las necesidades colectivas que deben ser satisfechas. De acuerdo con Renato Alessi⁵⁴, existen tantos enfoques como autores se han ocupado del estudio de dicha noción, no obstante pueden conseguirse en las mismas características fundamentales que son comunes.

Para José Boquera⁵⁵, la imprecisión en el concepto de *servicio público* se debe a la variedad de significado que poseen los términos que la componen, siendo que para algunos servicio puede entenderse como organización de medios, mientras que para otros como actividad o función; de igual forma, el término público puede referirse en algunas ocasiones a la condición del sujeto que presta el servicio –persona pública- o encontrarse relacionado con las facultades empleadas en la prestación del mismo – potestades públicas-, lo cual ha generado la existencia de diversas posturas, entre las que se encuentran las orgánicas, funcionales o teleológicas, o como las que se presentan en el presente trabajo que parten de la existencia de un concepto amplio, un concepto intermedio y uno restringido sobre dicho tema.

2.2.1. Corriente amplia. *Servicio público* es toda actividad del Estado.

Esta corriente sobre el *servicio público* tiene su origen en la escuela francesa, encabezada fundamentalmente por León Duguit, para quien toda

⁵⁴ Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo Tomo II*, (Barcelona: Bosch. 1970), pp. 364.

⁵⁵ José María Boquera Oliver, *Derecho Administrativo Volumen I*, 3era Edición, (Madrid: IEAL, 1979), pp. 231.

actuación del Estado deviene en una actuación de *servicio público*⁵⁶. Dicha postura, tiene su sustento en la jurisprudencia francesa que deriva del famoso *arrét Blanco*, dictado por el Tribunal de Conflictos en el año de 1873, según la cual, la existencia de un *servicio público* determina la atribución de la competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

De acuerdo con José Peña Solís⁵⁷, la importancia del mencionado fallo radica no sólo en la consolidación de la autonomía del Derecho Administrativo, sino que en el mismo, por primera vez se establece una relación directa entre la aplicación del Derecho Administrativo, el *servicio público* y la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual llevó a la corriente francesa a afirmar que “*toda actividad cuyo cumplimiento debe respetar, asegurar y fiscalizar los gobernantes, por ser indispensable a la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante*”⁵⁸.

Es de destacar que esta corriente, fue aceptada entre países como Italia y España y es por ello que Santi Romano⁵⁹ entiende que el *servicio público*, más que una figura jurídica verdadera y propia, está relacionada a los fines sociales de los entes administrativos; mientras que Carlos García Oviedo⁶⁰ afirma que el *servicio público* evoca la idea de una actuación especial en Derecho destinada a la satisfacción de necesidades públicas.

⁵⁶ Fernando Garrido Falla y otros, *Tratado de Derecho Administrativo Volumen II*. Duodécima Edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2006), pp. 406.

⁵⁷ José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*, Volumen Tercero, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2009), pp.326.

⁵⁸ *Ibid.* pp. 327.

⁵⁹ Santi Romano, *Principii di Diritto amministrativo italiano*, 3era edición (Italia: Società editrice libraria, 1912), pp. 357.

⁶⁰ Carlos García Oviedo, *Derecho Administrativo*, Volumen 2, 7ma edición (Murcia: E.I.S.A., 1959), pp. 315.

Así las cosas, puede concluirse que bajo este esquema, el *servicio público* viene a constituir toda aquella actividad que debe ser asegurada por los gobernantes, por cuanto la misma es indispensable para el cumplimiento y desarrollo de la interdependencia social.

2.2.2. Corriente intermedia. *Servicio público* es toda actividad de la Administración Pública.

Otra corriente que intenta definir el concepto estudiado, es la encabezada por Gastón Jèze, para quien el *servicio público* es toda actividad de la Administración Pública; corriente ésta que descansa en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) que el único *servicio público* que existe es el creado por el legislador; 2) que posee un régimen jurídico de Derecho Público, y; 3) que las normas que lo regulan son susceptibles de modificarse en todo momento, en procura de la satisfacción del interés general⁶¹.

Dicha postura fue la que contribuyó a colocar al *servicio público* como la piedra angular del Derecho Administrativo, puesto que con ella se consideró que “*el derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos*”⁶² y llegó a desplazar la propuesta hecha por León Duguit, a pesar que posteriormente encontró fuertes adversarios tales como Maurice Hauriou.

⁶¹ Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Desalma, 1948), pp. 18.

⁶² Loc. Cit.

2.2.3. Corriente restringida. *Servicio público* es sólo una parte de la actividad de la Administración Pública.

Es Maurice Hauriou el abanderado de la corriente restringida de *servicio público*, la cual considera que el *servicio público* constituye sólo una parte de la actividad de la Administración Pública, pretendiendo definirlo como “*un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública o para una organización pública*”⁶³.

Dentro de esta corriente encontramos a Guido Zanobini⁶⁴, para quien el *servicio público* refiere sólo algunos aspectos de la actividad administrativa y están representados por actividades materiales, técnicas e incluso de producción industrial, las cuales son puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines.

2.3. Elementos integrantes de la noción de *servicio público*

Tal como se ha visto hasta ahora, no existe un consenso doctrinario sobre lo que debe entenderse por *servicio público*, sin embargo; las construcciones teóricas realizadas han permitido categorizar algunos elementos que resultan comunes a las diversas concepciones elaboradas sobre el tema y que se configuran como categorizadores de los servicios públicos, los cuales se mencionan a continuación:

⁶³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 Edición, (Paris: Marcial Pons, 2002), pp. 44.

⁶⁴ Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*. Vol. 6, 5ta Edición. (Milano: Giuffrè, 1947), pp. 14-15.

2.3.1. Elemento material, objetivo o sustancial

De acuerdo con este elemento, los servicios públicos persiguen como fin, la satisfacción de necesidades públicas, lo que implica la existencia de un interés general que el titular de la actividad debe satisfacer. Dicho interés general puede ser satisfecho directamente por el Estado o indirectamente por los particulares, de conformidad con las formas previstas en el ordenamiento jurídico⁶⁵.

Para José Araujo-Juárez⁶⁶ la asunción de la titularidad administrativa de una determinada actividad por parte del Estado no es elemento suficiente para calificarla como *servicio público*, sino que se requiere además que ello se realice con miras a la satisfacción de un interés público administrativo.

En efecto, la noción de interés general esta siempre presente en el Derecho Administrativo, dado que la misma condiciona y engloba toda la actividad administrativa⁶⁷, de allí que constituye el elemento definitivo de la noción de *servicio público* que las actividades realizadas no sean necesarias para el propio Estado, sino que debe versar sobre actividades que sean esenciales o indispensables para la vida en sociedad⁶⁸. De allí que, el elemento fundamental para determinar si se está en presencia de una actividad de *servicio público* es la existencia de un interés público en el desarrollo de la misma, lo cual justifica y legitima la intervención del Estado.

⁶⁵ Víctor Hernández Mendible, "El Régimen de los Servicios Públicos Municipales: especial referencia a los Servicios Públicos Domiciliarios", en *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani V.* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), pp. 980.

⁶⁶ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Servicio Público* (Caracas: Ediciones Paredes, 2010), pp. 69.

⁶⁷ Jean-Marie Pontier, *Les services publics*, (París: Hachette, 1996), pp. 16.

⁶⁸ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General*. Op. Cit. pp. 70.

2.3.2. Elemento formal o normativo

El segundo elemento que integra la noción de *servicio público*, es heredado de la doctrina española y se basa en la idea en la titularidad, considerando que, la creación de un determinado *servicio público* tiene su origen en una declaración, según la cual esa actividad pierde su carácter privado y se convierte en una actividad pública, es decir; que el Estado se convierte en el titular de la misma⁶⁹.

Por su parte, para José Luis Villar⁷⁰ el acto de declaración de una actividad o un sector como *servicio público* se denomina *publicatio* o *acto de publicatio*⁷¹, la cual ha quedado reservada a la Ley, de allí que, no es susceptible calificar una actividad de *servicio público* mediante un acto de rango sublegal, sino que ello corresponde bien a la Constitución o a la Ley.

Mientras que para José Peña Solís⁷², en un principio la *publicatio* significaba que el Estado detentaba tanto la titularidad como la gestión del servicio, lo que originaba un monopolio Estatal de la actividad; no obstante, esa publicación pronto comenzó a admitir gradaciones. Entre dichas gradaciones se encontraba el hecho que el Estado conservaba la titularidad del servicio pero no así su gestión, la cual podría ser desarrollada por los particulares bajo la figura de la concesión administrativa.

⁶⁹ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General*. Op. Cit. pp. 61.

⁷⁰ José Luis Villar Palasi, "Concesiones Administrativas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. (Barcelona: Editorial Francisco Seix, SA, 1981), pp. 20.

⁷¹ Publicación o acto de declaración de servicio público.

⁷² José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Op. Cit. pp. 337.

Bajo este esquema, existen 3 grados de *publicatio*, que de acuerdo a José Luis Villar⁷³, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) **Publicatio intensa:** en estos casos, se reserva a la Administración Pública, tanto la titularidad como el ejercicio de una determinada actividad de *servicio público*.

b) **Publicatio media:** en este supuesto, la Administración sólo se reserva la titularidad de una determinada actividad mas no así su ejercicio, el cual puede ser desarrollado por los particulares bajo la figura de la concesión u otras formas de gestión similares.

c) **Publicatio mínima:** aquí, la Administración sólo se reserva la titularidad de una parte de la actividad, lo cual se le conoce como servicios compartidos, y entre los que se pueden mencionar los servicios sociales (educación, salud, entre otros).

2.3.3. Elemento orgánico o subjetivo

Dicho elemento presupone que la actividad de prestación de determinado *servicio público* debe ser realizada por los distintos órganos y entes del Estado, en sus diferentes niveles político territoriales; no obstante es de aclarar que lo anterior no excluye la posibilidad, que determinados servicios públicos puedan ser prestados por los particulares, en atención a los procedimientos previstos en las normas correspondientes.

⁷³ José Luis Villar Ezcurra, *Servicio público y técnicas de conexión*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980) pp. 334

De acuerdo con Gilles Guglielmi⁷⁴ la jurisprudencia francesa, para que exista *servicio público*, exige únicamente una especial vinculación directa o indirecta de la actividad con la Administración Pública, lo que puede suponer que ésta asuma tal actividad como propia, sin que sea necesario que el Poder Público se apropie de la titularidad de la misma.

Por su parte Miguel Marienhoff⁷⁵ señala que el criterio orgánico define o caracteriza al *servicio público*, en atención a la persona que lo realiza, lo cual expone en los siguientes términos:

“Cuando en esta materia se habla de criterio ‘orgánico’ se entiende referir al que sólo considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por concesionarios⁷⁶”.

En tal sentido, si el ente que presta el servicio es un ente público, entonces dicho servicio será público; mientras que, si la institución que presta el servicio es privada, entonces estaríamos en presencia de un servicio privado.

2.4 Características esenciales de los servicios públicos

La doctrina administrativista ha sido conteste en afirmar que existen un conjunto de caracteres comunes de todo *servicio público*, sin los cuales éste se desvirtúa o desnaturaliza; entre dichos caracteres se encuentran: la

⁷⁴ Gilles Guglielmi, *Gestión privada de los servicios públicos*, (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2007), pp. 71.

⁷⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), pp. 20.

⁷⁶ *Íbidem*.

continuidad; la regularidad; la obligatoriedad; la mutabilidad; la permanencia; la igualdad y la generalidad.

2.4.1. Continuidad y regularidad

De acuerdo con estas características, el *servicio público* prestado debe ser continuo, ininterrumpido, regular, uniforme y constante. En este sentido, Benjamín Villegas⁷⁷ señala que la regularidad se vincula a los reglamentos generales del servicio que se presta, los cuales constituyen normas administrativas para su funcionamiento.

Por su parte, en cuanto a la continuidad, hay que indicar que dicho término no debe entenderse en sentido literal, es decir, no interrupción, sino que por el contrario, la continuidad de los servicios públicos debe concebirse como la posibilidad constante de usar determinado servicio dentro de los horarios y las condiciones establecidas por el prestador del mismo.

2.4.2. Obligatoriedad

De conformidad con esta característica, una vez que un órgano u ente del Estado se ha atribuido la competencia para la prestación, regulación y control, éste no puede dejar de un lado u omitir su obligación de regularlo, prestarlo o controlarlo.

⁷⁷ Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*. Tomo III, (Buenos Aires: TEA, 1949), pp. 61.

Sobre este aspecto Manuel María Diez⁷⁸ afirma que la obligatoriedad debe verse como el deber que pesa sobre la persona que presta el servicio, indicando que la falta de prestación del mismo debe ser sancionada.

2.4.3. Mutabilidad

Los servicios públicos buscan la satisfacción de las necesidades colectivas, las cuales son variables dependiendo de las circunstancias históricas, socioeconómicas y culturales e imperantes, por lo que la prestación, regulación y control, posee cierto grado de flexibilidad que permita adaptarse a las circunstancias, con el objeto de satisfacer de manera más efectiva las necesidades e intereses generales.

2.4.4. Permanencia

La permanencia se encuentra relacionada a la obligación que tiene el prestador del servicio de garantizar el mismo, mientras exista un determinado interés general a satisfacer. En efecto, un determinado *servicio público* se mantendrá y subsistirá, en la medida que existan las necesidades públicas para las cuales fue creado; si éstas desaparecen o dejan de considerarse de interés general, el servicio puede suprimirse dado que no existirá uno de los elementos indispensables de su existencia.

⁷⁸ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Tomo III, (Buenos Aires: Plus Ultra, 1971), pp. 210.

2.4.5. Igualdad

La igualdad, como característica de los servicios públicos, está referida a la obligación de dar un trato uniforme a todos los usuarios del servicio, sin que lo anterior impida establecer categorías de usuarios siempre y cuando dentro de dicha categoría se mantenga el trato igualitario. En palabras de Miguel Marienhoff⁷⁹ la igualdad de trato que debe dársele a los habitantes usuarios de un determinado *servicio público*, es un corolario del derecho de igualdad de las personas ante la Ley.

2.4.6. Generalidad

Dicha característica debe entenderse como la posibilidad que posee toda persona, de usar los servicios públicos, sin más límites que los derivados de su propia capacidad; lo cual es resumido por Manuel María Díez⁸⁰ al afirmar que los servicios públicos son para todos y no para determinadas personas.

2.5. Definición de *servicio público*

Han sido muchos los que han intentado presentar una definición de *servicio público*; sin embargo, no pueden afirmarse que exista actualmente un concepto único e inequívoco de dicho término, es por ello que a los fines de poder presentar una definición propia, se examinarán los distintos ámbitos

⁷⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Op. Cit. Tomo II, pp. 77.

⁸⁰ Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, Tomo III. Op. Cit. pp. 77.

que han intentado presentar una propuesta al respecto, y entre los que se encuentran, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

2.5.1. Definición legal

Hasta la presente fecha no existe una Ley que establezca de forma expresa una definición de *servicio público*, ello en virtud que en algunos textos legales –tal como será referido en el capítulo siguiente- existen normas que se limitan a realizar la declaratoria de determinada actividad como *servicio público*⁸¹; no obstante, pudieron encontrarse algunas propuestas de definición en el Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público, la cual –a pesar de no haber sido aprobada por la Asamblea Nacional- puede servir de marco de referencia a los fines del presente estudio, así como en el informe para la segunda discusión, elaborado por la Comisión Permanente de Administración y Servicios Públicos.

En cuanto al referido Proyecto de Ley, pudo observarse que su artículo 4⁸² contiene un conjunto de definiciones, entre las que se encuentran la del término *servicio público*, el cual se presenta de la siguiente manera:

“Artículo 4: A los efectos de la presente Ley se realizan las siguientes definiciones:

1. Contrato de Servicio: Es el documento que formaliza el suministro del servicio público, en el cual se establecen las condiciones y términos que regirán la relación entre el usuario y el operador y el prestador del servicio.

⁸¹ Lo que la doctrina ha denominado publicatio o publicación de la actividad.

⁸² Dicho artículo fue aprobado en comisión de fecha 06 de octubre de 2010. Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público, <http://www.asambleanacional.gov.ve> (consultada el 10 de octubre de 2013).

2. Servicio público: Toda actividad de interés general de carácter social destinada a satisfacer los derechos fundamentales prestacionales, orientados al desarrollo de la personalidad, al incremento de la calidad de vida y a la dignificación de las personas (...)”

Asimismo, la Comisión Permanente de Administración y Servicios Públicos⁸³, al elaborar la exposición de motivos de la Ley mencionada indicó lo siguiente:

“(...) Los cambios que se han generado en el país exigen ahora, un nuevo ordenamiento jurídico, político, social y económico, y la respuesta a estos cambios no puede ser otra, que esta nueva ley y vemos su importancia al definir, que son los Servicios Públicos: ‘Es toda actividad de interés general y público, prestados por el Estado en corresponsabilidad con la Comunidad Organizada que forman parte del salario social de los ciudadanos y ciudadanas que conviven en un espacio geográfico y territorial y cuya finalidad es incrementar la calidad de vida del pueblo garantizados por la acción del Estado, quien es el responsable directo del incremento en el bienestar de los venezolanos y venezolanas, como receptores o beneficiarios de los servicios públicos y la disposición final de asegurar la función social de los mismos, incrementando así, la calidad de vida y la satisfacción de las necesidades generales, colectivas de los usuarios’ (...)”.

Dichas definiciones contienen de forma expresa algunos de los elementos integrantes de la noción de *servicio público*, entre los que se destacan el carácter de interés general que reviste la actividad que se desarrolle y la prestación de los mismos por parte del Estado, a lo cual se le agrega la participación corresponsable de la comunidad organizada.

⁸³ “Informe para segunda discusión que presenta la Comisión Permanente de Administración y Servicios Públicos ante la Plenaria de la Asamblea Nacional del Proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos”, <http://www.asambleanacional.gov.ve> (consultada el 10 de octubre de 2013).

2.5.2. Definición jurisprudencial

La jurisprudencia venezolana ha tenido un rol muy importante en la construcción de la noción del *servicio público*, dado que en el transcurso de los años ha trazado las líneas sobre los elementos que comprenden dicha noción. De acuerdo con Rafael Badell Madrid el primer intento delimitador se encontró en la sentencia de fecha 05 de diciembre de 1944 emanada de la Corte Federal y de Casación (caso: *N.V. Aannemersbedrijf voorhen T. den Brejen Van den Bout* o Puerto de La Guaira), en la cual, a pesar de estarse dirimiendo un conflicto sobre los contratos administrativos, se indicó que la noción del *servicio público* estaba vinculada a la satisfacción de un interés general⁸⁴.

Ese mismo autor refiere que años después se pudo encontrar que la misma Corte Federal, mediante sentencia de fecha 3 de diciembre de 1959, (caso: *Domingo Mucciarelli*) al entrar a conocer sobre la naturaleza del contrato suscrito entre las partes que dio origen a dicho litigio, determinó que la relación contractual no tenía de modo directo e inmediato la prestación de un *servicio público*, situación que constituía un factor determinante para considerarlo como un contrato administrativo⁸⁵.

Muchos años más tarde, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, distingue dos nociones diferentes, a saber; servicios públicos y servicios de interés público. En efecto, mediante sentencia de fecha 05 de octubre de 1970, (caso: *CANTV*), dicha Sala señaló que *servicio público* era aquél “conjunto de personas y bienes organizados y destinados

⁸⁴ Rafael Badell Madrid, *Desarrollo Jurisprudencial del Servicio Público*. <http://www.badellgrau.com/?pag=71&ct=253#sthash.cBkBl1zG.dpuf> (consultada el 1º de agosto 2011).

⁸⁵ *Ibidem*.

por algunos de los entes territoriales de derecho público para satisfacer de manera regular y permanente, una necesidad colectiva”; mientras que los servicios de interés público, eran los desempeñados por los particulares con sus propios recursos y bajo sus propias normas, los cuales poseían una “utilidad pública” o un “interés público”⁸⁶.

En el año de 1987, esa misma Sala Político Administrativa estableció un concepto amplio de *servicio público* al afirmar que el mismo estaba comprendido por aquella actividad administrativa que busca el desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo⁸⁷, no obstante, en sentencia de fecha 19 de agosto de 1993⁸⁸, (caso: Cámara Venezolana de Educación Privada), indicó que “*priva en la concepción material del servicio el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas*”.

Ya para el año 2000 –bajo la vigencia de un nuevo texto constitucional-, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo indicó en sentencia de fecha 06 de noviembre⁸⁹, que la noción de *servicio público* se refiere a un conjunto de actividades que pueden ser desarrolladas no sólo por entes del Estado, sino también puede ser asumida su ejecución por

⁸⁶ Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 05 de octubre de 1970, En: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Compendio años 1966 a 1970, Tomo II (Caracas: Ramírez & Garay, S.A, 1982), pp. 645-646.

⁸⁷ Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 19 de noviembre de 1987, En: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Tomo CI (Caracas: Ramírez & Garay, S.A, 1987), pp. 530-532.

⁸⁸ Criterio reflejado en sentencia N° 01154 emanada de la Sala Político Administrativa (Accidental) del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 18 de mayo de 2000, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

⁸⁹ Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 06 de noviembre de 2000, En: *Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, Volumen I. (Caracas: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 2001), pp. 498.

particulares, a los fines de dar satisfacción a necesidades colectivas impostergables, lo cual debía ejecutarse bajo un régimen de derecho público.

Para el año 2004, la Sala Político Administrativa Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, introduce el elemento de la *publicatio* dentro de la noción de *servicio público* al indicar que éste se encuentra caracterizado por los siguientes elementos “*actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (publicatio), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público*”⁹⁰.

Posteriormente, en el año 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 4.993⁹¹ de fecha 15 de diciembre, señaló como elementos integrantes de la noción de *servicio público* los siguientes:

“(i) *Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general;*

“(ii) *Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta ('publicatio') y en el caso concreto ex artículo 156 numeral 29 y 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico: Gaceta Oficial W 5.568 del 31 de diciembre de 2001);*

⁹⁰ Sentencia N° 01002 emanada de la Sala Político Administrativa (Accidental) del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 05 de agosto de 2004, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

⁹¹ Sentencia N° 4.993 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de diciembre de 2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

(iii) Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios (en el caso concreto ex artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico) y;

(iv) Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas (en el caso concreto a través de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico), y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación”.

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2006, mediante decisión N° 0032 de fecha 11 de enero de ese año⁹² (caso: Colegio Pestolazzi del Pinar S.R.L. interpone recurso de nulidad vs. Resolución de fecha 30.08.99 dictada por el Ministerio de Industria y Comercio), al analizar el servicio de educación, hizo suyo, el criterio previsto mediante sentencia de fecha 19 de agosto de 1993 emanada de la Corte Suprema de Justicia, y consideró que *“priva en la concepción material del servicio el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas”.*

De todo lo anterior puede observarse que, los criterios judiciales expuestos en el presente punto, tienen una nota característica en común que

⁹² Sentencia N° 0032 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de enero de 2006. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

deriva del hecho que el *servicio público* está llamado a satisfacer necesidades fundamentales de los ciudadanos.

2.5.3. Definición doctrinaria

En este punto, debe indicarse que existen innumerables definiciones doctrinarias sobre el *servicio público*, dado que cada autor propone un concepto diferente atendiendo a la visión y los matices que observe sobre el tema, sin embargo; a objeto de desarrollar el presente aparte, se expondrán algunas definiciones resaltantes existentes tanto en la doctrina nacional como la extranjera.

En relación a la doctrina nacional, debe indicarse en primer término, la definición expuesta por José Peña Solís⁹³ para quien el *servicio público* constituye una “*actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directamente o indirectamente por la Administración pública, y por tanto, sujeta a un régimen de derecho público*”.

En este mismo sentido, Allan Brewer Carias⁹⁴ manifiesta que el *servicio público* se encuentra referido a las “*actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen el derecho a desarrollarlas ‘libremente’*”.

⁹³ José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*. Op. Cit. pp. 328.

⁹⁴ Allan, Brewer Carias, *Régimen constitucional de los servicios públicos*. <http://www.allanbrewercarias.com/ElrégimenconstitucionaldelosserviciospúblicosVI.Jornadas.pdf> (consultada el 1º de agosto 2011).

Por su parte, Ninoska Rodríguez⁹⁵ plantea que la noción de *servicio público* puede ser concebida como aquella actividad de tipo prestacional que es asumida por la Administración directa o indirectamente, bajo un régimen de Derecho Público, que atendida de forma regular responda a las necesidades colectivas de interés público, mientras que para Miguel Mónaco⁹⁶, el *servicio público* en Venezuela constituye un concepto que posee unos efectos determinados, entre los que se encuentra la creación de un derecho exclusivo a realizar una determinada prestación con el objeto de satisfacer necesidades colectivas que se consideran de carácter esencial y cuya gestión puede concederse a los particulares.

Fuera de nuestras fronteras encontramos que León Duguit afirma que el servicio público es *“toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente realizada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”*⁹⁷.

Asimismo tenemos que para Rafael Bielsa⁹⁸ *servicio público* es toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente para la satisfacción de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía de la misma.

⁹⁵ Ninoska Rodríguez Laverde, “Servicio público y potestad administrativa. Fines y medios del Derecho Administrativo”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, coord. José Araujo-Juárez (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 1999), pp. 43-98.

⁹⁶ Miguel Mónaco G, “El concepto de servicio público en la actualidad en el Derecho Administrativo Venezolano”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, coord. José Araujo-Juárez (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 1999), pp. 105.

⁹⁷ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, (Caracas: UCV, 1996), pp. 225

⁹⁸ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*. Tomo I, (Buenos Aires: La Ley, 1980), pp. 61.

De todo lo antes expuesto se observa que la doctrina en materia de *servicio público* es conteste en afirmar que este tipo de actividad, tiene por fin esencial y específico la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general, colocando -como consecuencia de ello- en cabeza del Estado la obligación de garantizar la prestación de dicha actividad.

2.5.4. Definición propuesta

Tomando en consideración los elementos que sobre la noción estudiada han aportado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, puede indicarse que el *servicio público* es: *toda aquella actividad de tipo prestacional cuya obligación de garantizar de forma regular, permanente y continua le corresponde al Estado, quien la ejerce directa o indirectamente, con el fin de satisfacer las necesidades colectivas de interés general de los ciudadanos.*

2.6. El interés general

Determinado como ha sido el concepto de *servicio público*, corresponde ahora analizar otra figura jurídica de relevancia para el Derecho Administrativo, la cual ha servido de base para el desarrollo de la teoría del servicio público, y se encuentra íntimamente vinculada a la actividad de *intermediación financiera*, a saber; *el interés general*. Dicho concepto para autores como Sainz Moreno⁹⁹ cumple en el Derecho Público una triple función: como criterio para la interpretación y la aplicación de normas; como

⁹⁹ F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. (Madrid: Ed. Civitas, 1976), pp. 67 y ss.

elemento jurídico necesario de interpretación, y como elemento nuclear de las decisiones administrativas, que puede ser definido desde diversas ópticas conteniendo enfoques sociológicos, jurídicos, meta-sociológicos y económicos.

Doctrinariamente, el concepto de *interés general* ha sido relacionado con aquellos bienes jurídicos que son imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde a los poderes públicos; no obstante dicha definición no debe descansar únicamente en el hecho que interés general es aquel que trasciende los intereses particulares, sino que en suma, debe referirse a aquellos intereses que por propio mandato constitucional deben ser protegidos y tutelados por los órganos y entes del Estado.

De acuerdo con Lucas Piaggio¹⁰⁰, el *interés general* es una figura que está reservada para aquellas actividades que encierran un interés público especial pero que, a diferencia de las actividades catalogadas como *servicio público*, las primeras no revisten carácter primordial para la comunidad y pueden prestarse de forma más eficiente en un régimen predominante de Derecho Privado, a pesar que los sujetos que desarrollan tales actividades se encuentren regulados, fiscalizados y supervisados por los distintos órganos y entes del Estado.

Debe destacarse que, a diferencia del *servicio público*, donde el desarrollo de las actividades se encuentra reservado al Estado y en el que sólo intervienen los particulares bajo un régimen de concesión; en el *interés general*, las actividades pueden ser desarrolladas de forma concurrente entre el estado y os particulares, bajo condiciones igualitarias de libre competencia.

¹⁰⁰ Lucas A, Piaggio, La Banca como Servicio Público: una Ficción Legal contra natura. <http://www.nicholsonycano.com.ar/> (consultada el 23 de julio de 2012)

CAPÍTULO III: LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA Y SU CONSIDERACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO. TRATAMIENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

Analizadas como han sido las figuras de la *intermediación financiera* y el *servicio público*, corresponde ahora considerar los aspectos normativos, doctrinarios y los criterios jurisprudenciales que permitan categorizar a la actividad de *intermediación financiera* en Venezuela como *servicio público*, lo cual se procede a realizar en las líneas subsiguientes:

3.1 Consideraciones normativas

En primer lugar, debe destacarse que el artículo 2 del Código de Comercio¹⁰¹, enumera un conjunto de actividades que califica como actos objetivos de comercio, entre los que se encuentra las operaciones de banco, entendiendo que dentro de dichas operaciones se encuentra la actividad de *intermediación financiera*, por ser una actividad propia y típica de la banca.

Por su parte la Ley de Instituciones del Sector Bancario promulgada en el año 2010, así como su única reforma, catalogan a la actividad bancaria como una actividad de *servicio público*, lo cual se realiza de la siguiente manera:

“Artículo 8: Las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3 de la

¹⁰¹ Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República Bolivariana de Venezuela N° 475, 1955) artículo 2.

presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán consideradas de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad¹⁰².

Como dato histórico, es meritorio mencionar que, previo a la promulgación de la Ley de Instituciones del Sector Bancario; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, refería en su artículo 18 el carácter de *servicio público* de la banca y las instituciones financieras, como de seguidas se presenta:

“Artículo 18.- Las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otras instituciones financieras, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas operadoras de las tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten servicios de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de venta de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua regular y eficiente”¹⁰³.

No obstante, dicha mención de “*servicio público*” fue eliminada con la promulgación del Decreto N° 6092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios¹⁰⁴, el cual, quedó redactado de la siguiente manera:

¹⁰² Decreto N° 8.079 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627, 2011) artículo 8.

¹⁰³ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Caracas, N° 37.930, 2004) artículo 18.

¹⁰⁴ Decreto N° 6092 con Rango, Valor y Fuerza Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, (Caracas: Gaceta Oficial, Extraordinaria, de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889, 2008) artículo 18.

“Artículo 18: El Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios conocerá, tramitará sustanciará y decidirá las transgresiones al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, relativas a la defensa de los ahorristas, asegurados o aseguradas y en general de las personas, usuarios o usuarias de que utilicen los servicios prestados por los bancos, aseguradoras, las entidades de ahorro y préstamo, las operadoras de tarjetas de crédito y otros entes financieros y demás servicios, quienes están obligados a prestarlos en forma continua, regular y eficiente”

Así las cosas, de las normas citadas se observa que a nivel legal, se encuentran vigentes, dos concepciones distintas de la actividad bancaria –las cuales son aplicables a la actividad de *intermediación financiera* propiamente dicha-; la primera de éstas, le reconoce a dicha actividad su carácter eminentemente mercantil –al considerarla un acto objetivo de comercio- y por tanto regida bajo las normas del Derecho Privado; y la segunda, la reconoce como una actividad de *servicio público*, plasmando a su vez que dicha actividad debe cumplir con las características propias de este tipo de actividad, a saber; accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Aunado a ello se observa que, la declaratoria de la actividad de la banca como un *servicio público* –la cual debe comprender a la actividad de *intermediación financiera* - no ha tenido regularidad a nivel legal puesto que esa declaratoria fue eliminada con la promulgación de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en el año 2008, pero nuevamente mencionada con la promulgación de la Ley de Instituciones del Sector Bancario promulgada en el año 2010.

3.2 Consideraciones doctrinarias

Sobre este punto debe indicarse que no existe un consenso doctrinario relativo a la categorización de la actividad de *intermediación financiera* como *servicio público*, por cuanto las posturas existentes tanto a nivel nacional como fuera de nuestras fronteras son divergentes al respecto. Así las cosas, a los fines de facilitar la comprensión del tema se expondrán en primer lugar, los criterios asentados por la doctrina nacional para luego presentar el panorama externo que existe sobre el punto en cuestión.

3.2.1 Doctrina venezolana

En Venezuela, pudo encontrarse como partidarios de la postura según la cual la actividad de *intermediación financiera* debe ser categorizada como una actividad de *servicio público* a Vicente Villavicencio, Oswaldo Padrón Amaré y René Lepervanche. En este sentido, Villavicencio¹⁰⁵, considera que la actividad de *intermediación financiera*, entre la que se destaca el crédito comercial, hipotecario o de inversión, constituye una actividad de *servicio público* prestada por autorización o delegación del Estado.

Por su parte Oswaldo Padrón Amaré¹⁰⁶, califica a la actividad bancaria como una verdadera función pública, y afirma que las autorizaciones o licencias requeridas para el desarrollo de la actividad de *intermediación financiera*, constituyen verdaderas concesiones, lo que en su criterio deriva de la evidente excepcionalidad de dicha actividad; mientras que para René

¹⁰⁵ Vicente Villavicencio, *Algunas reflexiones en torno a los principios de la banca en Venezuela*, (Caracas. Litosan, 1989), pp. 43.

¹⁰⁶ Oswaldo, Padrón Amaré, "Algunas reflexiones sobre el régimen tributario de las instituciones financieras, con especial referencia a los bancos comerciales", en *Sistema Financiero y Derecho*. (Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1995). pp. 82-86.

Lepervanche¹⁰⁷ en Venezuela el sistema bancario es considerado como un *servicio público* de interés general, lo que hace susceptible al sistema bancario de ser inspeccionado, supervisado, vigilado, regulado y controlado por parte de las autoridades, de forma más profunda que otras actividades económicas.

Ahora bien, es de destacar que dicha postura tiene sus adversarios, para quienes la actividad de *intermediación financiera* es de carácter privado. Dentro de esta corriente se encuentra Gustavo Grau¹⁰⁸, quien afirma que la actividad de *intermediación financiera* es una actividad privada que se encuentra sometida a un fuerte control por parte del Estado, no perdiendo como consecuencia de ello su naturaleza mercantil.

Al respecto, hay que advertir que el mencionado autor al comentar la declaración contenida en la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, relativa al carácter de *servicio público* de la banca, puntualiza lo siguiente:

“(...) se impone destacar que esa asunción de la actividad con carácter de titularidad, es un dato que brilla por su ausencia en el caso que nos ocupa, al no contemplar la Constitución venezolana, ni ninguna otra norma de rango legal, incluido el mismo artículo 7 antes transcrito y frente al cual se opera en este punto, manifestación o declaración alguna que apunte a poner siquiera en evidencia una alteración de tal naturaleza respecto a la actividad bancaria. Y no cabe en modo alguno deducir tal asunción de las concretas referencias a la forma continua, regular y eficiente con que deben ‘prestar el servicio’ las ‘personas naturales o jurídicas que se dediquen’ a esta actividad.

¹⁰⁷ René Lepervanche Michelena, “Banca Universal”, en *Sistema Financiero y Derecho*. (Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1995). pp. 201.

¹⁰⁸ Gustavo Grau, *Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público. El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*, (Caracas. Funeda, 2002), pp. 296-302.

(...)

Luego, esa calificación ‘servicio público’ hecha por la norma en cuestión, mas que aludir a una categoría conceptual surgida en el ámbito del Derecho administrativo y que tanta polémica ha suscitado, parece simplemente poner de relieve lo que constituye una característica común a todas las actividades enunciadas en el texto del citado precepto (art. 7), como es la de que su prestación se lleva a cabo ‘frente al público usuario o consumidor, a la protección de cuyos intereses provee justamente, en sus restantes disposiciones, la Ley que la contiene’”

Dicho criterio, es compartido por Miguel Mónaco¹⁰⁹ quien expone lo siguiente:

“Asimismo, la concepción orgánica del servicio público se encuentra presente a lo largo de la legislación patria con algunas excepciones en las cuales pareciera haberse acudido a la concepción funcional del servicio público, como resulta el caso del artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Dicha ley enumera erradamente, inter alia, a la actividad bancaria como un servicio público, que bajo la concepción funcional sería de carácter impropio. Tal enumeración contenida en el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario no constituye una publicación de dicha actividad, la cual encuentra, incluso, un régimen jurídico específico en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras que resulta absolutamente ajeno al propio del servicio público. En todo caso, no debe desconocerse, como lo dijimos al principio del presente trabajo, que han existido numerosas confusiones en el ámbito judicial y académico sobre la naturaleza jurídica de la actividad bancaria, la cual, reiteramos, no constituye un servicio público”.

Bajo este mismo esquema, Rafael Martín-Ponte¹¹⁰ plantea que la actividad de *intermediación financiera* representa una actividad económica de

¹⁰⁹ Miguel Mónaco G, Ob. Cit. pp. 104.

interés general que justifica el control por parte de la Administración Pública pero que en modo alguno puede considerarse como una actividad de *servicio público*, dado que la misma no forma parte de las funciones inherentes del Estado.

Aunado a ello, el autor expone que las instituciones bancarias son entes creados con fines comerciales, que tienen como fin la maximización de sus utilidades, de allí que los mismos no pierden su carácter mercantil por el hecho que existan controles de carácter indiscutiblemente públicos.

Por último, se puede encontrar el criterio de Víctor Hernández Mendible¹¹¹, quien sostiene que la *intermediación financiera* constituye una actividad económica privada -de naturaleza mercantil- en la que se encuentra involucrado un interés general, situación ésta que justificada la intervención de un ente regulador que debe efectuar el control de la misma, lo cual ha de realizarse en el marco de la economía social de mercado que surge de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

3.2.2 Doctrina extranjera

A título ilustrativo, y con el objeto de poder observar el panorama que sobre el tema analizado consta en el plano internacional, se estudiarán algunas posturas que existen frente a la categorización de la actividad de *intermediación financiera* fuera de Venezuela, específicamente en países

¹¹⁰ Rafael, Martín-Ponte. La Intervención del Estado en la Supervisión de las Instituciones Bancarias, en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 12, (Caracas: Editorial Sherwood, 2001), pp. 124.

¹¹¹ Víctor Hernández Mendible, "La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria", en *II Jornadas de Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*. (páginas. (Caracas: FUNEDA, 2005), pp. 89.

como Argentina, Costa Rica y Colombia, donde la discusión doctrinaria ha costado algunos litros de tinta.

En Argentina encontramos que Guillermo Matta¹¹² afirma que la actividad bancaria no constituye un *servicio público* propio ni impropio, y que las autorizaciones para el funcionamiento de las entidades financieras no debe verse como una concesión; no obstante a ello reconoce el interés general que reviste el ejercicio de dicha actividad al afirmar que:

“existen en la actividad financiera, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella se realiza, se justifica la intervención del estado para garantizar la protección de los intereses vitales de la comunidad”

Dentro de esta misma corriente, Lucas Piaggio¹¹³ manifiesta que la actividad bancaria no es un *servicio público* y que la autorización que requieren las entidades financieras para su funcionamiento constituye una simple remoción de obstáculos o levantamiento de una condición para el ejercicio legítimo de un derecho preexistente al acto autorizatorio, constituyéndose como una actividad privada. No obstante, el referido autor le reconoce el carácter de interés general a la actividad bancaria en los siguientes términos:

“El hecho que la actividad bancaria no sea un servicio público stricto sensu, no impide admitirle un innegable ‘interés general’ en cuanto a las necesidades que tiende a satisfacer, que la hace insoslayablemente merecedora de una cierta regulación y control

¹¹² Mata y Trejo, Guillermo. El Control Estatal de la Actividad Financiera. www.mattaytrejo.com/.../Art.009- (consultada el 23 de julio de 2012).

¹¹³ Lucas A, Piaggio, La Banca como Servicio Público: una Ficción Legal contra natura. <http://www.nicholsonycano.com.ar>, Op. Cit.

estatal, como ocurre en la actualidad en casi todos los países del planeta. Se propende así, a un justo equilibrio entre el aspecto estrictamente empresarial de obtención del lucro o beneficio, por un lado, y la tutela del ahorro público, por otra parte”.

En Costa Rica, Luis Ortiz Zamora¹¹⁴ narra que tal cual como está concebida la actividad de *intermediación financiera* -es decir, en régimen de autorización y sin reserva de titularidad y exclusividad a favor del Estado-, es válido calificar dicha actividad como de interés general a pesar que su titularidad es privada; asimismo expresa que a pesar de no existir una declaración de *servicio público* el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización, ostentando poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la misma.

Para finalizar este punto, tenemos que en Colombia, ésta actividad es considerada doctrinaria y jurisprudencialmente como una actividad de *servicio público*, y así lo expone Nattaly Calonje Londoño, quien explica lo siguiente:

“Al ser la actividad financiera de interés público, el artículo 335 consagra la facultad del Estado de intervenir en la dinámica de las entidades tanto públicas como privadas que desarrollan esta actividad, lo que implica que su desarrollo no es del todo libre, sino que, por el contrario, está sometida a controles estatales. Está posibilidad de delimitar a los bancos en sus actividades se da con el fin de que no se vulneren los derechos de los ciudadanos que acceden a estos.

Es importante mencionar que, además de ser una actividad de interés público (por tenerse en cuenta como motor de la economía, y por que con esta se hace referencia al principio de que prima el interés general sobre el particular), la Corte Constitucional ha entendido que a través de la actividad financiera se presta un

¹¹⁴ Luis Ortiz Zamora, “Ordenamiento Sectorial Bancario. La Perspectiva del Derecho Administrativo”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), pp. 1735.

servicio público. Aunque constitucionalmente, el Art. 335 de la Constitución determina que la actividad financiera es de interés público, no existe una norma expresa que establezca que las entidades bancarias presten un servicio público. Por ello, la Corte Constitucional, en sentencia de Tutela T-520 de 2003, acudiendo a criterios históricos y jurisprudenciales, otorgó a la actividad financiera el carácter de servicio público¹¹⁵.

De lo anterior puede observarse que -tanto en el ámbito nacional como en el internacional- no existe a nivel de la doctrina, un criterio uniforme sobre la categorización como *servicio público* de la actividad de *intermediación financiera*, ello en virtud que las opiniones sobre el tema resultan encontradas.

No obstante lo anterior, se aprecia que, la corriente mayoritaria aparentemente resulta ser aquella que afirma que la actividad de *intermediación financiera* es una actividad de interés general en la que sólo se justifica la actuación del Estado como un ente observador y regulador de la economía de un país, no siendo el llamado al desarrollo de dicha actividad.

3.3 Criterios jurisprudenciales

En este particular debe indicarse que de la revisión efectuada a las decisiones emanadas de los distintos tribunales de la República, con énfasis especial en las dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, pudo observarse que no existe uniformidad de criterios en cuanto a la consideración de la actividad de *intermediación financiera* como un *servicio*

¹¹⁵ Nattaly Calonje Londoño, Fortalecimiento de la Protección al Consumidor Financiero Frente a la Actividad Contractual Bancaria. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3698527> (consultada el 23 de julio de 2012)

público, ello a pesar de existir normas que declaraban la actividad bancaria – y en consecuencia la actividad de *intermediación financiera* - como tal.

En este sentido, se procede de seguidas a exponer cada uno de los criterios encontrados sobre el tema, ante lo cual debe comenzar a referirse el asentado mediante decisión de fecha 24 de enero de 2002, (caso: Asodeviprilara), en el que se expuso lo siguiente:

“Observa la Sala, que en áreas diferentes a las de las concesiones, el Estado otorga a particulares autorizaciones o permisos para actuar, realizar contratos administrativos, prestar servicios públicos, etc.

Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada)”¹¹⁶.

De dicha decisión se observa que la Sala Constitucional expresamente afirma que la banca es una actividad de *servicio público*, teniendo como fundamento para ello el contenido del artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 1995 –vigente para la fecha en la cual se dictó la mencionada sentencia-.

¹¹⁶ Sentencia N° 0085 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 24 de enero de 2002. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Ahora bien es de destacar que en el año 2004, esa misma Sala Constitucional dictó sentencia en la cual afirma que la actividad bancaria no constituye un *servicio público* sino que se trata de una actividad de interés general; criterio éste que quedó sentado de la siguiente manera:

*“Ahora bien, al estar la materia bancaria examinada en la presente causa regulada por una ley distinta a la mencionada¹¹⁷, a saber, por el Decreto n° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que es ley especial y de aplicación preferente en el sector según el principio *lex specialis derogat legi generali* (cfr. fallo n° 2081/2003, del 05.08) es menester atender a lo establecido en ella, y así observa la Sala en esta oportunidad que aun cuando de acuerdo al mencionado texto legal la actividad de intermediación financiera que realizan sociedades mercantiles como el Banco del Caribe, C.A. Banco Universal, no constituye una actividad de prestación de servicio público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales), además el título habilitante del cual depende el ejercicio de la misma no es una concesión sino una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley); lo cierto es que dicha actividad sí está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente, que permitan constatar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la Constitución como el bloque de la legalidad imponen a los agentes del sector, así como el respeto de los derechos subjetivos de los usuarios de los servicios privados que prestan las instituciones bancarias y financieras, pero de cuya eficiente y justa prestación depende, se*

¹¹⁷ Se trata de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 1995

insiste, la satisfacción de derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual, en definitiva, es el objetivo al que debe dirigirse la regulación y la actuación de la Administración”¹¹⁸.

Tal decisión se aparta del criterio reflejado en la sentencia del caso: Asodeviprilara; aunado a ello no toma en consideración el contenido del artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario –que se encontraba recientemente promulgada para el momento en el cual se dictó esta sentencia- del año 2004, el cual hace referencia a *“la prestación de servicios públicos, como la banca y otras instituciones financieras”*.

Por su parte en el año 2008, pudo encontrarse la sentencia de fecha 10 de julio, recaída sobre el caso: Banco Consolidado, C.A, en la cual la Sala Constitucional a pesar de referir el criterio expuesto en el caso: Asodeviprilara, concluye que la actividad bancaria reviste un eminente interés general, lo que se realiza al siguiente tenor:

“Así, la Sala ha reconocido al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés público, ya que ‘(...) Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan - por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada) (...)’-Cfr. Sentencia de esta Sala N° 85/2002, caso: ‘Asodeviprilara’-.

(...)

¹¹⁸ Sentencia N° 0825 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 06 de mayo de 2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Tomando en consideración tales circunstancias, el juez a los fines de garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos vinculados al desarrollo de la actividad bancaria, debe tomar en consideración que la realidad de las operaciones y formas jurídicas que en ella se generan y realizan escapan de las previsiones precisas del ordenamiento jurídico, por lo que es necesario a los fines de garantizar los derechos y garantías involucrados, atender a principios generales que sin violar otros derechos o garantías constitucionales -vgr. Principio de legalidad-, posibiliten la realización del principio de justicia social que se materializa en un sistema financiero seguro y responsable.

(...)

Como se señaló anteriormente, las formas y negocios jurídicos bajo los cuales se concibió el Código de Comercio vigente, responden a una estructura comercial, financiera y bursátil que dista diametralmente a las realidades y negocios que en la actualidad desarrollan los agentes económicos en esos mercados, por lo que su interpretación debe administrarse al contenido de otras regulaciones vigentes que permitan determinar el alcance de la pertenencia de una persona jurídica a un grupo financiero o económico, a los fines de evitar que mediante figuras jurídicas económicas o contables se eludan previsiones de orden público de rango legal que desarrollan el contenido del principio de justicia social que debe encontrarse en el desarrollo de cualquier actividad económica”¹¹⁹.

De la precitada decisión se evidencia que la Sala Constitucional reafirma el carácter de actividad de interés general de la actividad bancaria – consecuentemente aplicable a la actividad de *intermediación financiera* - y adicional a ello refiere que la concepción mercantilista de dicha actividad dispuesta en normas como las contenidas en el Código de Comercio debe compaginarse con lo dispuesto en otras normas de estricto Derecho Público, de lo que pudiera afirmarse que la Sala Constitucional en esta decisión aprueba la tesis según la cual, la actividad de *intermediación financiera* es de carácter privado que se encuentra sometida a la vigilancia, control y supervisión de los órganos del Estado.

¹¹⁹ Sentencia Nº 1107 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de julio de 2008. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

En el año 2009, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 13 de agosto de 2009 (caso: Alfredo Travieso Passios), reproduce los criterios fijados en las sentencias 0825/2004 y 1107/2008 referidas en líneas anteriores, reafirmando de esta manera la postura según la cual la actividad de *intermediación financiera* es de interés general, para concluir señalando lo siguiente:

“A juicio de este órgano sentenciador todo lo expuesto se aprecia claramente en el caso de las entidades regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. La protección del empresario bancario o financiero, como titular de la libertad económica, no puede menoscabar la protección de los ahorristas o de quienes, en general, les proporcionan sus fuentes de recursos para sus operaciones financieras. Precisamente, ante esa relación desigual nace el deber ineludible del Estado de velar por quienes se encuentren en la situación más débil o desventajosa, que sin duda es el ahorrista o el pequeño inversor. En otras palabras, la protección del interés general (ahorristas) sobre el interés particular y minoritario (los bancos)¹²⁰”.

Por último y de fecha más reciente, debe mencionarse la sentencia emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 27 de marzo de 2012, donde se expuso lo siguiente:

“Ahora bien, como se ha indicado en numerosas oportunidades, el sector bancario en tanto que relevante para el sistema económico y financiero del país, es un sector fuertemente regulado, consagrándose incluso en la legislación vigente la naturaleza de servicio público de la actividad bancaria (Artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario), correspondiendo las funciones de control, regulación y supervisión del mismo a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras

¹²⁰ Sentencia N° 1178 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de agosto de 2009. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

(actualmente Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario)¹²¹".

En esta decisión se puede observar que la Sala Político Administrativa se acoge a la calificación legal otorgada a la actividad bancaria que se encuentra contenida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, para afirmar que dicha actividad es un *servicio público*.

3.4 Consideraciones finales

De todo lo expuesto puede observarse que no existe una uniformidad jurisprudencial sobre la categorización jurídica que debe dársele a la actividad de *intermediación financiera*, puesto que en algunos casos se le ha considerado como una actividad de *servicio público*, mientras que en otras ocasiones se afirma que la misma es de *interés general*.

Aunado a ello, se resalta que en varias oportunidades a pesar de existir una declaratoria legal de la actividad bancaria como *servicio público* – como la contenida en la hoy derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario-, la Sala Constitucional se ha apartado de dicho elemento, para afirmar que tal actividad es de carácter privado pero supervisada, controlada y regulada por el Estado.

Esta situación hace considerar que la *publicatio*, aún cuando fue un elemento introducido por la jurisprudencia venezolana como integrante de la

¹²¹ Sentencia Nº 00271 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de marzo de 2012. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

noción de *servicio público*, tal como pudo observarse en el capítulo II de la presente investigación, no es –para el caso de la actividad de *intermediación financiera* - un factor determinante en su categorización como actividad de *servicio público*; de hecho, la propia Sala Constitucional ha reconocido que el título habilitante del cual depende el ejercicio de la misma no es una concesión sino una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, hoy día, Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario.

Con relación a tales cambios de criterio, pudiera afirmarse que el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado a la actividad de *intermediación financiera* como una actividad de *servicio público*, en aquellos casos donde ha existido un extremo abuso por parte de aquellas entidades financieras que desarrollan tal actividad -como es el supuesto contenido en la sentencia del caso Asodeviprilara- ello en procura de resguardar y proteger el patrimonio y los intereses de los ahorristas que, confían sus excedentes económicos a un tercero para así conseguir un beneficio propio.

Debe destacarse, que a pesar de la necesidad existente de proteger a quienes pueden ser considerados débiles jurídicos, no puede perderse de vista que, el sustrato real de la actividad de *intermediación financiera* es la búsqueda del lucro para las partes intervinientes –tanto ahorristas como intermediarios-, hecho éste que ha sido reconocido en casos posteriores por la propia Sala Constitucional.

Adicional a lo expuesto, hay que indicarse que al analizar la forma como se desarrolla la actividad de *intermediación financiera*, se observa que en ésta no concurren todos los elementos caracterizadores de las actividades

de *servicio público*, como es el caso por ejemplo; de la igualdad, según la cual un *servicio público* debe ser prestado bajo las mismas condiciones para todos sus usuarios; ello por cuanto, las instituciones financieras no prestan los servicios que ofrecen en los mismos términos a todos sus clientes; como el caso de los créditos o préstamos; en virtud que para el otorgamiento de éstos, se analizan un cúmulo de elementos que varían dependiendo del solicitante; quedando a la discreción de la institución bancaria, el otorgamiento de los mismos.

Tales consideraciones, llevan a este investigador a la conclusión que la *intermediación financiera* no puede ser categorizada como una actividad de *servicio público*, a pesar de la mención contenida en el artículo 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y su única reforma; por cuanto, más allá de la expresión utilizada por el legislador patrio en el texto normativo mencionado; no pudo observarse variación legal alguna sobre el título por el cual los particulares podían ejercer tal actividad o sobre la reserva de la misma por parte del Estado Venezolano.

Para lograr tal cometido, se requeriría además de la declaración contenida en el mencionado artículo 8, del desarrollo de medidas legales complementarias que demuestren la verdadera intención del legislador de reservar esa actividad para el Estado, así como el establecimiento de mayores controles por parte de los órganos públicos.

No obstante; es preciso señalar que la circunstancia de no poder categorizar a la actividad de *intermediación financiera* como una actividad de *servicio público*, no significa que la misma no pueda ser categorizada dentro de otra figura del Derecho Administrativo, como lo es el *interés general*. De

hecho, al analizar los intereses que puedan verse involucrados en el desarrollo de la misma –el dinero de los ahorristas, como bien jurídico a proteger, y la garantía de seguridad jurídica en la realización de actividades de intermediación financiera-, se evidencia que es necesario que dicha actividad sea regulada y controlada por el Estado, a fin de garantizar un equilibrio entre el ánimo de lucro -propio de los actores financieros- y la protección de los usuarios de la banca.

Dicha categorización en criterio de quien desarrolla el presente trabajo, permite a los órganos y entes del Estado Venezolano velar por el bien común involucrado en el desarrollo de la actividad de *intermediación financiera* y a los particulares acceder al desarrollo de tal actividad en situaciones de libre competencia, siempre que cumplan con los requisitos consagrados en la normativa vigente.

Por último, se indica que el legislador patrio debe tener sumo cuidado de declarar como *servicio público* aquellas actividades que realmente no pueden ser categorizadas como tales, dado que dicha declaratoria pudiese generar en cabeza de los órganos y entes del Estado un cúmulo de responsabilidades que no le serían propias, aunado al hecho que las mismas podrían desvirtuar la naturaleza de una figura tan importante para el Derecho Administrativo como lo es el *servicio público*.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación se analizaron dos importantes instituciones dentro del Derecho venezolano, la primera de ellas, una actividad propia del Derecho Mercantil –la *intermediación financiera* - y la segunda, una importante figura dentro del Derecho Administrativo, -el *servicio público*- que en un momento histórico fue considerado el núcleo central de dicha disciplina.

Con relación a la actividad de *intermediación financiera*, se expusieron sus aspectos más relevantes, partiendo de su definición, hasta llegar a estudiar las entidades que pueden dedicarse al desarrollo de la misma. Dicho estudio comprendió dos análisis importantes, uno de ellos relativo a la evolución histórico legal del concepto y el segundo encaminado a la comprensión de las actividades que forman objeto de la *intermediación financiera*.

De dicho análisis se obtuvieron dos grandes conclusiones a saber: primero, que la *intermediación financiera* puede ser concebida como aquella actividad con ánimo de lucro, que es realizada por las instituciones financieras, previa autorización emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario u otro órgano de similar naturaleza, de forma habitual y permanente, y que consiste en la captación de recursos o fondos del público, para su posterior utilización en el otorgamiento de créditos, financiamientos o inversiones; y segundo, que la definición de *intermediación financiera* prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del año 2011, contiene una imprecisión jurídica al categorizar como intermediación a

la figura del fideicomiso, la cual, en atención al criterio sentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es una actividad que resulta incompatible con la misma.

En cuanto a la figura del *servicio público*, el trabajo se centro en establecer una definición propia sobre dicho concepto, para lo cual se efectuó un análisis de las distintas posturas históricas surgidas sobre el mismo, los elementos integrantes de dicha noción, su evolución jurisprudencial en Venezuela, así como los múltiples aportes doctrinarios nacionales como internacionales que han contribuido al estudio de esa institución, lo que llevó a afirmar que el *servicio público* es toda aquella actividad de tipo prestacional cuya obligación de garantizar de forma regular, permanente y continua le corresponde al Estado, quien la ejerce directa o indirectamente, con el fin de satisfacer las necesidades colectivas de interés general de los ciudadanos.

Por otro lado, al estudiar la categorización de la actividad de *intermediación financiera* como un *servicio público*, luego de haber efectuado un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre dicho tema, se llegó a la conclusión que no puede afirmarse con certeza que en Venezuela dicha actividad, deba ser categorizada como una actividad de *servicio público*, en virtud que se trata de una actividad de Derecho Privado cuyo sustrato esencial deriva de la búsqueda de un beneficio económico para las partes intervinientes, ello en virtud que, no se encontró uniformidad legal, doctrinaria o jurisprudencial que apoye dicha postura.

Lo anterior, llevó a concluir que la *intermediación financiera* es una actividad de carácter privado que, posee una relevancia importante para la

economía y la sociedad venezolana, en virtud de las consecuencias que el mal e inadecuado desarrollo de la misma puede causar para todas las parte intervinientes, de allí que la misma reviste un importante interés general que genera en cabeza de los órganos y entes del Estado la obligación de supervisarla, controlarla y regularla.

Por último, con el desarrollo de la presente investigación, se espera promover el estudio de las figuras de *intermediación financiera* y *servicio público* y se aspira que el mismo sea considerado como una contribución al desarrollo de las disciplinas del Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Nacional.

Acedo Mendoza, Carlos. 1997. *Instituciones Financieras*. Caracas: MacGrw-Hill.

Araujo-Juárez, José. 2010. *Derecho Administrativo General. Servicio Público*. Caracas: Ediciones Paredes.

Arias G, Fidias. 1999. *El proyecto de investigación. Guía para su elaboración*. 3ª edición. Caracas: Editorial Episteme.

Balestrini Acuña, Miriam. 1998. *Cómo se elabora el proyecto de investigación*. Segunda Edición. Caracas: BL Consultores Asociados, Servicio Editorial.

Brewer Carías, Allan. 2002. *Régimen constitucional de los servicios públicos*. <http://www.allanbrewercarias.com/ElrégimenconstitucionaldelosserviciospúblicosVIJornadas.pdf> (consultada el 1º de agosto 2011).

Badell Madrid, Rafael. 2006. *Desarrollo Jurisprudencial del Servicio Público*. <http://www.badellgrau.com/?pag=71&ct=253#sthash.cBkBl1zG.dpuf> (consultada el 1º de agosto 2011).

Chang de Negrón, Kimlen y Emilio Negrón Chacín. II Edición. 2004. *Instituciones Financieras*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Gamus Gallego, Rafael. 2007. "La disciplina pública de los contratos bancarios". En *Temas actuales de derecho bancario*. (págs. 201-286) Caracas: Funeda.

Grau, Gustavo. 2002. "Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público". En *VI Jornadas Internacionales de*

Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías. (págs. 269-303). Caracas: Funeda.

Hernández Mendible, Víctor. 2002. “El régimen de los servicios públicos municipales: especial referencia a los servicios públicos domiciliarios”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani V* (págs. 979-985). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

_____. 2005. “La actividad de servicio público y la regulación bancaria”, en *II Jornadas de Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*. (páginas. 87-106). Caracas: FUNEDA.

Lares Martínez, Eloy. 1996. *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: UCV.

Lepervanche Michelena, René. 1995. “Banca Universal”, en *Sistema Financiero y Derecho*. (págs. 189-219). Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Manual para la elaboración de Tesis Doctorales, Trabajos de Grado y Trabajos Especiales. 2004. Caracas: Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Martín-Ponte, Rafael. 2001. La intervención del Estado en la supervisión de las instituciones bancarias, en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 12. Caracas: Editorial Sherwood. (págs. 119-151).

Mónaco G, Miguel. 1999. El concepto de servicio público en la actualidad en el Derecho Administrativo Venezolano. En *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, coord. José Araujo-Juárez), 97-112. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Padrón Amaré, Oswaldo. 1995. “Algunas reflexiones sobre el régimen tributario de las instituciones financieras, con especial referencia a los

bancos comerciales”, en *Sistema Financiero y Derecho*. (págs. 77-113). Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Páez Pumar, J. O. 2003. *Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados*. Caracas: Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.

Peña Solís, José. 2002. *Manual de Derecho Administrativo. Vol. 1*. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos de Tribunal Supremo de Justicia.

_____. 2009. *Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3 de La actividad de policía, de servicio público, de fomento y de gestión económica*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Ramírez, T; Bravo, L y Méndez, P. 1987. *La investigación documental y bibliografía. Recomendaciones para la práctica estudiantil*. Caracas: Panapo.

Rodríguez Laverde, Ninoska. 1999. Servicio público y potestad administrativa. Fines y medios del Derecho Administrativo. En *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, coord. José Araujo-Juárez, 43-98. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Villavicencio, Vicente. 1989. *Algunas reflexiones en torno a los principios de la banca en Venezuela*. Caracas: Litosan.

Doctrina Extranjera.

Alessi, Renato. 1970. *Instituciones de Derecho Administrativo Tomo II*. Barcelona: Bosch.

Bielsa, Rafael. 1980. *Derecho Administrativo*. Tomo I, Buenos Aires: La Ley.

Boquera Oliver, José María. 1979. *Derecho Administrativo Volumen I*, 3era Edición. Madrid: IEAL.

- Calonje Londoño, Nattaly. Fortalecimiento de la Protección al Consumidor Financiero Frente a la Actividad Contractual Bancaria. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3698527>(consultada el 23 de julio de 2012)
- De La Cuétara, Juan Miguel, 1983. *La actividad de la Administración*. España: Editorial Tecnos.
- _____. 1977. "Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos". *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.
- Diez, Manuel María. 1971. *Derecho Administrativo*, Tomo III. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Elizondo Medina, Alan y Pacheco Fonseca, José María. 2010. La Intermediación Financiera y de Valores en el Sistema Jurídico Costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- García Oviedo, Carlos. 1959. *Derecho Administrativo*, Volumen 2, 7ma edición. Murcia: E.I.S.A.
- Garrido Falla, Fernando y otros. 2006. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3 Tomos. España: Editorial Tecnos.
- Guglielmi, Gilles. 2007. *Gestión privada de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- Jèze, Gastón. 1948. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Desalma.
- Hauriou, Maurice. 2002. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 Edición. Paris: Marcial Pons.
- Marienhoff, Miguel. 1983. *Tratado de Derecho Administrativo*, 6 Tomos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Mata y Trejo, Guillermo. El control estatal de la actividad financiera. www.mattaytrejo.com/.../Art.009- (consultada el 23 de julio de 2012)
- Meoño Briansó, M. y Leiva Escoto, R. 2006. *Operaciones Bursátiles*, Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Ortiz Zamora, Luis. 2007. "Ordenamiento sectorial bancario. La perspectiva del Derecho Administrativo", en *Derecho Administrativo Iberoamericano*. (págs. 1731-1758). Caracas: Ediciones Paredes.
- Piaggio, Lucas A. La banca como servicio público: una ficción legal contra natura. <http://www.nicholsonycano.com.ar/> (consultada el 23 de julio de 2012)
- Pontier, Jean-Marie. 1996. *Les services publis*. París: Hachette.
- Rodríguez, Alfredo. 1993. *Técnica y Organización Bancaria: Manual del Banquero*. Buenos Aires: Ediciones Machi. pp. 641
- Rodríguez Velarde, Javier. *Contratos e Instrumentos Bancarios*. http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro3_introduccion.pdf (consultado el 1° de agosto de 2013).
- Romano, Santi. 1912. *Principii di Diritto amministrativo italiano*, 3era edición. Italia: Società editrice libraria.
- Sainz Moreno, F. 1976. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Ed. Civitas.
- Sayagués Laso, Enrique. 1959. *Tratado de Derecho Administrativo*. II Tomos. Montevideo: Depalma.
- Villar Ezcurra, José Luis. 1980. *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Villar Palasi, José Luis. 1981. "Concesiones Administrativas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Barcelona: Editorial Francisco Seix, SA.

Villegas Basavilbaso, Benjamín. 1949. *Derecho Administrativo*. III Tomos. Buenos Aires: TEA.

Zanobini, Guido. 1947. *Corso di diritto amministrativo*, Vol. 6. 5ta Edición. Milano: Giuffrè.

Fuentes Normativas Nacionales.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Enmienda N° 1. 2009. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908.

Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio. 1955. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 475.

Ley de Fideicomisos. 1956. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 496.

Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito. 1961. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 672.

Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito. 1970. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 1.454.

Decreto N° 869 por medio del cual se dicta la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito. 1975. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 1.742.

Decreto N° 194 mediante el cual se dicta la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito. 1984. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 3.412.

Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito. 1988. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4.021.

Decreto Ley N° 3.228 mediante el cual se dicta la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. 1993. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4.649.

Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. 2001. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.555.

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. 2004. Caracas: Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 37.930.

Decreto N° 6092 con Rango, Valor y Fuerza Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. 2008. Caracas. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889.

Decreto N° 6.287 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. 2008. Caracas. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892.

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.287 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. 2009. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.947.

Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. 2010. Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.491.

Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2010. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.015.

Decreto N° 8.079 con rango, valor y fuerza de Ley de reforma parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario. 2011. Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.627.

Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público, <http://www.asambleanacional.gov.ve> (consultada el 10 de octubre de 2013).

Jurisprudencia nacional.

Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 05 de octubre de 1970, En: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Compendio años 1966 a 1970, Tomo II. Ramírez & Garay, S.A, pp. 645-646.

Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 19 de noviembre de 1987, En: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Tomo CI. Ramírez & Garay, S.A, pp. 530-532.

Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 06 de noviembre de 2000, En: *Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, Volumen I, pp. 498.

Sentencia N° 0085 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 24 de enero de 2002. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 0825 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 06 de mayo de 2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 00623 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 09 de junio de 2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 5 de agosto de 2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 0032 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de enero de 2006. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 1107 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de julio de 2008. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 1178 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de agosto de 2009. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).

Sentencia N° 00271 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de marzo de 2012. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.shtml> (acceso el 23 de julio de 2012).