

¿Los servicios de puntos de venta son servicio público según el Derecho venezolano?

Simón FERNÁNDEZ BRAVO*

REDAV, N° 27, 2023, pp. 69-82

Resumen: Este trabajo viene motivado por el debate suscitado en un importante caso que se ha ventilado en sede arbitral y luego en el Tribunal Supremo de Justicia durante el último año, y el mismo tiene por objeto pronunciarse sobre los límites y la interpretación del concepto de servicio público en el Derecho Administrativo venezolano con ocasión de una cuestión debatida entre las partes del referido caso, la cual puede resumirse en una pregunta: ¿la declaratoria de servicio público contenida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario se extiende a los servicios de puntos de venta?

Palabras clave: Actividad bancaria – Servicios financieros – Servicio público.

Abstract: *This work is motivated by the debate raised in an important case that has been heard in arbitration and then in the Supreme Court of Justice during the last year, and its objective is to pronounce on the limits and interpretation of the concept of public service. in Venezuelan Administrative Law on the occasion of an issue debated between the parties to the aforementioned case, which can be summarized in a question: does the declaration of public service contained in the Banking Sector Institutions Law extend to point of sale services?*

Keywords: Banking activity – Financial services – Public Service.

Recibido

31-03-2024

Aceptado

23-04-2024

Introducción

Recientemente, uno de los casos de envergadura discutidos en el foro venezolano ha sido el relacionado con la controversia arbitral entre las sociedades mercantiles Carroferla Media Group y TCA Services, C.A., llegando a sus últimos extremos con el avocamiento por parte de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 57 de fecha 23-02-2024.

Sin embargo, lo único relevante, a los efectos del presente, es la discusión planteada en torno a la posibilidad de que el servicio de puntos de venta y su comercialización se encuentre arropado por la declaratoria como servicio público contenida en el Artículo 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (en adelante LISB).

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursante de la Especialización en Derecho Financiero de la misma universidad.

A tal efecto, se estudiará sucintamente la noción de servicio público manejada en el Derecho Administrativo venezolano, se harán comentarios sobre la interpretación de la misma y el conveniente y desordenado tratamiento de la jurisprudencia, para finalizar pronunciándonos sobre el carácter de servicio público –o no–, que pueda revestir el servicio de puntos de venta.

I. La noción, interpretación y alcance de la declaratoria de servicio público en el Derecho venezolano

1. Caracterización del servicio público

Consideramos pertinente iniciar con una observación de ARAUJO-JUÁREZ que dará propósito a las siguientes líneas y es que, del servicio público, categoría que ha “*pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho Administrativo, hay tantos enfoques como definiciones*”¹.

Coligiendo totalmente con la opinión del maestro, más que presentar una conceptualización clara o un replanteamiento de la noción, nos encargamos de exponer, de alguna manera, las consecuencias del manejo ambiguo de la misma, lo cual, en gran medida, se asemeja a las manifestaciones de autoritarismo encubierto detrás de la “parafiscalidad” consistentemente denunciada por el académico JUAN CRISTÓBAL CARMONA².

Ahora bien, teniendo en cuenta esta aproximación del servicio público, basada en su ambigüedad y, como veremos, en su circunstancialidad –siempre en perjuicio de la libertad–, es claro que el presente no pretende realizar un replanteamiento³ de la noción en sí misma, lo cual sería objeto de otro trabajo, sino más bien llamar la atención sobre el empleo indiscriminado del concepto, para lo cual es fundamental reparar sus caracteres.

Así las cosas, BREWER-CARIÁS, en un trabajo clásico en la materia, alude a un doble sentido del servicio público: en un caso (i) en su sentido político-administrativo, tratándose de actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas y (ii) en su sentido jurídico, según el cual se refiere a actividades prestacionales del Estado tendientes a

¹ Araujo Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*. RVLJ, segunda reimpresión de la primera edición, Caracas, 2024, p. 358.

² Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Distopía Parafiscal*. EJV, Caracas, 2023.

³ A tal efecto, ver las acertadas observaciones de Reveron Boulton, Carlos. *La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina* en Revista de Derecho Público N° 169-170, 2022, pp. 185-202.

satisfacer necesidades colectivas y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal⁴.

Y es que, tal como lo establece HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, en el propio ámbito jurídico, se trata de una idea que ha tenido distintos conceptos con visiones distintas: como título de potestades administrativas, como objeto de ciertos contratos celebrados por la Administración o como parámetro de la responsabilidad patrimonial⁵. En ese sentido, tenemos dos razones para concentrarnos en su acepción jurídica, pero intentando perfilar a la misma como auténtica categoría jurídica.

Primero, en la medida de que la otra carece de la capacidad de producir la consecuencia jurídica más potente del servicio público, a saber, la sustracción de una determinada actividad y de sus prestadores del régimen jurídico común, para ser disciplinada por el régimen exorbitante del que se trata, en suma, el Derecho Administrativo.

Segundo, en el campo del Derecho Administrativo, el principio del favor *libertatis*, derivado del artículo 2 del texto constitucional, es capital como canon interpretativo, lo cual resume excelentemente el magistrado español FERNÁNDEZ VALVERDE⁶, entendiendo que implica acudir a una interpretación extensiva, cuando de reconocimiento de libertad se trate, y a la más restrictiva, cuando de limitaciones a la libertad se trate.

Siguiendo este punto, y amalgamado con el primero, debe anotarse que el servicio público, siempre “*se presenta como una restricción a la libertad económica de los particulares*”⁷, con lo cual, la interpretación de las disposiciones contentivas de “servicios públicos”, deben ser interpretadas tomando en cuenta la noción estricta de servicio público y no otra.

Entonces, corresponde establecer las características limítrofes del servicio público como auténtica categoría jurídica.

2. ¿Es indispensable la titularidad pública de una actividad para hablar de un servicio público?

Mucho se habla de la influencia del Derecho Administrativo francés como exportador de conceptos; principalmente, en cuanto a los aportes

⁴ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias* en Revista de Derecho Público N° 6, 1981, p. 66.

⁵ Hernández González, José Ignacio. *¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003* en Revista de Derecho Administrativo N° 17, 2003, p. 236.

⁶ Fernández Valverde, Rafael. *El principio “Favor Libertatis”* en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, obra colectiva dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 799-811.

⁷ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 66.

de la sentencia Blanco del Tribunal de Conflictos del 08-02-1873⁸ como fundadora del Derecho Administrativo, cuyo rol, según el saber de QUEZADA RODRÍGUEZ, citando a BIGOT, fue atribuido por primera vez por el jurista galo MARCEL WALINE y que, además, el hecho decisivo se materializaba con la visión de WALINE en la insigne obra “Grandes decisiones de la Jurisprudencia Administrativa” (en lo sucesivo, GDJA), cuya primera edición es del año 1956⁹.

Aquí, cabe acotar que la relevancia de la decisión Blanco estriba, fundamentalmente, en dos puntos que giran en torno al servicio público y en cuya función se desprende el resto del Derecho Administrativo: el servicio público como criterio atributivo de competencia jurisdiccional y como contenido del Derecho Administrativo¹⁰.

Además, siguiendo a QUEZADA, existen otras dos decisiones de especial relevancia para el caso que nos aqueja, a saber, la decisión *Bac d'Eloka* del Tribunal de Conflictos de fecha 22-01-1921 y la decisión *Caisse primaire “aide et protection”* del Consejo de Estado de 1938 de fecha 13-05-1938.

En ellas: (i) se da origen a los “servicios públicos industriales y comerciales”, entendidos como la posibilidad de que los particulares gestionen servicios públicos bajo las reglas de la empresa privada¹¹ y (ii) la posibilidad de que los servicios públicos sean gestionados por particulares sin una relación jurídica-contractual con las Administraciones Públicas¹², derivando en lo que se asemejaría a un deslinde entre una concepción orgánica y una material.

En este caso, es posible observar como ese andamiaje construido por la doctrina y la jurisprudencia francesas no asoma la noción de la titularidad pública o reserva detrás de sí; de hecho, las decisiones aludidas arriba no hacen sino volver, de cierta manera, prescindible, al elemento de la titularidad para definir al servicio público.

En ese enfoque, es sencillo concluir que el elemento referido a la titularidad o *publicatio* no proviene de la caracterización francesa del

⁸ Ver comentarios en Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21ª Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 37-35.

⁹ Quezada Rodríguez, Flavio. *Origen de la noción de servicio público en el Derecho Francés y su recepción en el Derecho Español. Un enfoque crítico* en Revista de Administración Pública N° 216, p. 154.

¹⁰ Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés...*, pp. 37-35.

¹¹ *Ídem*, pp. 300-311.

¹² *Ídem*, pp. 420-428.

servicio público sino, por el contrario, de la tradición española¹³. Más en concreto, tal como afirma ARIÑO, el empleo del término en el Derecho Administrativo se ha debido al jurista español JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ.

En ese sentido, en el Derecho venezolano, la *publicatio*, de acuerdo con BREWER-CARIAS, se refiere a la consecuencia de que el Estado ejerza la potestad de “*reservarse determinadas actividades económicas, servicios, industrias o bienes para su exclusivo desarrollo*”¹⁴, añadiendo con posterioridad que los servicios públicos son unas de estas categorías susceptibles de tal consecuencia.

Sin embargo, es de alta importancia advertir que esto ha sido, en algún momento, un punto álgido de discusión en la doctrina y jurisprudencia venezolanas.

Con ello, se apela a la noción del servicio público subjetivo, que implica que la mera declaratoria de una actividad como servicio público, lleva consigo la reserva de la actividad (*publicatio*), lo cual le distingue de la categoría de los servicios de utilidad pública o de interés general, habiendo sido esta la postura admitida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el Caso CANTV en sentencia del 05-10-1970¹⁵.

No obstante, desde el comentado trabajo de BREWER-CARIAS de 1981, puede entenderse que el autor no ha catalogado la reserva –y consiguiente exclusión de la libertad económica de los particulares– del concepto, dado que alude a actividades reservadas y excluyentes, reservadas y con posibilidad de concurrencia por vía concesional y actividades no reservadas y sometidas a regímenes autorizatorios, todas servicios públicos¹⁶.

¹³ Para estudiar esta caracterización del servicio público en el Derecho español, sugerimos consultar a Quezada Rodríguez, Ob. Cit., Villar Palasí, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública N° 3, pp. 53-129 y Jordana de Pozas, Luis. *El problema de los fines de la actividad administrativa* en Revista de Administración Pública N° 4, 1951, pp. 11-28.

¹⁴ Brewer-Carías, Allan. *Sobre la “publicatio” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público”* en Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo, pp. 873-890.

¹⁵ Hernández González, José Ignacio. *¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003*, p. 237.

¹⁶ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 70.

Y es que, lo cierto es que parece haber una mayor uniformidad en la jurisprudencia desde la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del caso Avenza con fecha 09-06-1998¹⁷, cuyo criterio se acoge en la decisión N° 2436 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29-08-2003 (caso: Arnoldo González Sosa) y según las cuales, en suma, el servicio público y la reserva ex Artículo 302 de la Constitución, son categorías jurídicas distintas y que, por lo tanto, la declaratoria de una actividad como servicio público no conlleva su reserva.

Por extensión, la declaratoria de una actividad como servicio público no supone la negación de la libertad económica de los particulares, lo cual, aborda MÓNACO, al razonar sobre la posibilidad de la aplicación del Derecho de la Competencia –entendida la competencia como un atributo de la libertad económica– en aquellas actividades declaradas como servicio público, razonamiento que extiende a las actividades reservadas en el caso de los concesionarios, arguyendo que la reserva sólo suprime una faceta de la libertad económica, como lo es la entrada¹⁸.

Ahora, a pesar de ser un tema tangencial en este trabajo –y ajeno a su objeto, en cierta medida–, a diferencia de MÓNACO, consideramos que su opinión respecto de la existencia de libertad económica en las actividades reservadas, es errada, puesto que la libertad económica se trata, en toda regla, de un auténtico derecho constitucional y, por lo tanto, es objeto de las garantías propias de los mismos; en el caso de los particulares que obtienen concesiones, su derecho de “entrada al mercado” o al ejercicio de la actividad, está supeditado a la obtención de una concesión –contrato administrativo– que, en todo caso, crea derechos de rango sublegal, al punto de que pueden ser nuevamente suprimidos por el ejercicio de potestades exorbitantes y frente a las cuales poseen instrumentos como el equilibrio económico-financiero del contrato y las garantías de los contratistas.

Entonces, es muy claro que las actividades declaradas como servicios públicos y expresamente reservadas mediante una ley orgánica (tal como se desprende del artículo 302 de la Constitución), suponen un auténtico ámbito de ausencia de libertad económica para los particulares, en todos sus sentidos, en nuestro criterio.

No obstante, queda verificar si las actividades declaradas como servicios públicos pero no reservadas, siguen comportando, esencial y no accidentalmente, limitaciones a la libertad económica y, por consiguiente, siendo merecedoras de una interpretación restrictiva. Sobre

¹⁷ Consultada en Revista de Derecho Público N° 73-74/75-76, 1998, pp. 126-142.

¹⁸ Mónaco Gómez, Miguel. *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 50-51.

esto, en la precitada definición de BREWER, el mismo comenta que existe una limitación cuando *el Estado las regula y ordena*¹⁹.

En sintonía, ARAUJO-JUÁREZ afirma que la declaratoria como servicio público funge como un título de intervención pública y de potestades administrativas²⁰, de lo cual concluimos que, precisamente con la pretensión de satisfacer esa obligación constitucional o legal, el Estado acude a técnicas de policía que, de un modo u otro, limitan a la libertad económica de los particulares en estos sectores y que, en muchos casos, acaban generando condiciones totalmente adversas a los derechos de los usuarios, aunque el análisis de las consecuencias económicas y éticas de la declaratoria es algo que escapa de este trabajo.

Ahora bien, lo que sí deriva de esta declaratoria es la aplicación de un régimen jurídico particular en el cual la doctrina es pacífica, siendo resumidos por PARÉS SALAS en los principios de continuidad y regularidad de la prestación, la obligatoriedad, la mutabilidad y la prestación en igualdad de condiciones²¹, lo cual se amalgama con deficientísimos mecanismos diseñados para su aseguramiento como la infame demanda de prestación de servicios públicos, el cual posee una estructuración lamentable en el caso de nuestro ordenamiento jurídico²².

En consecuencia, hemos observado como, tanto en las actividades reservadas, como en aquellas que no, la declaratoria de servicio público lleva consigo una limitación intrínseca a la libertad económica entendida como un derecho fundamental y, quizás, a otros derechos fundamentales conexos a la misma –como el de propiedad–, quedando ahora examinar el caso de la declaratoria de la actividad bancaria como servicio público y hasta dónde la misma puede extenderse.

3. La contradictoria interpretación de la noción de servicio público por el Tribunal Supremo de Justicia. Por una interpretación congruente con el principio favor libertatis

Para introducir un poco el abuso del concepto, y valiéndonos de la referencia anterior, es sumamente ilustrativo como, de acuerdo con UROSA MAGGI, la interpretación del concepto empleada para hacer que una actividad sea susceptible de ser tutelada por la demanda de

¹⁹ Brewer-Carías, Allan. *Sobre la "publicatio" en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de "actividades reservadas al estado," "utilidad pública," "interés social," "servicio público," "dominio público" y "orden público"*, p. 9.

²⁰ Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 361-362.

²¹ Parés Salas, Alfredo. *El contencioso de los servicios públicos (consideraciones en torno al Artículo 259 de la Constitución y al derecho fundamental a la adecuada prestación e los servicios públicos* en *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, 2001, pp. 272-283.

²² Ver a Urosa Maggi, Daniela. *Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio* en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4.

prestación de servicios públicos, entre otras cosas, requiere que se trate de una actividad cumplida por un ente público de manera directa –lo cual puede ocurrir en una actividad reservada o no– o por un concesionario²³, lo cual supone, necesariamente, una actividad reservada.

Con ello, es claro que las actividades declaradas como servicios públicos, las cuales deben cumplir con las mismas características de continuidad, regularidad, obligatoriedad y demás, es decir, las cuales se encuentran arropadas por el régimen jurídico del servicio público, no contarían con la tutela judicial de la demanda de prestación de servicios públicos contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La verdad, consideramos que, en estos casos, tiene sentido adoptar criterios como el de la sentencia N° 1209 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12-08-2014 (caso: C.A., Luz Eléctrica de Venezuela y otros), según la cual se confirmaba una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que expresaba que:

...la facturación del servicio eléctrico, entendida como un requisito dentro del proceso de comercialización del mismo frente a los usuarios, sí forma parte del servicio eléctrico como un todo. Por tal razón, la empresa ADMINISTRADORA SERDECO, C.A., en la medida en que factura el servicio eléctrico a los usuarios del mismo, actúa –conjuntamente con las empresas que se encargan del suministro físico de la electricidad– como prestadora del servicio y como tal puede ser legitimado pasivo en una demanda relativa a reclamos por prestación de servicios públicos; como lo es el presente caso.

Si bien es cierto que se emplea un criterio ampliamente extensivo en estos casos, no es menos cierto que se trata del servicio eléctrico (sector reservado ex artículo 8 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico); con esto, lo que queremos dar a entender es que esos criterios extensivos alcanzan la amplitud de actividades que, en sí mismas, no comportan una actividad declarada como servicio público –como la facturación–, pero se dejan por fuera actividades expresamente declaradas como servicios públicos en las cuales el Estado no participe como gestor directo o indirecto.

De esa forma, observamos un deslinde del desarrollo doctrinario y jurisprudencial aceptado en nuestro ordenamiento jurídico para recurrir a otra conceptualización que tiene como consecuencia restringir el ámbito material de legitimación para acceder al contencioso de los servicios públicos, lo cual compone una violación al ya referido principio de favor *libertatis*, al interpretar restrictivamente la noción de servicio público para reconocer una libertad incluso de rango constitucional (tutela judicial efectiva y acceso a la justicia).

²³ *Ídem*, p. 96.

A la vez, la ambivalencia del servicio público puede reflejarse en situaciones en las cuales se interpreta, no digamos de manera extensiva pero, por lo menos, de la manera adecuada, atendiendo a los caracteres de la categoría jurídica y a la expresa declaratoria de una actividad o sector como servicio público, cuando se trata, por ejemplo, de la atribución de potestades administrativas para regular y ordenar una actividad.

En el Estado actual de nuestro Derecho, con la mera declaratoria, la Administración queda habilitada para utilizar las técnicas interventoras más agresivas de las cuales dispone la Administración, como puede verse en el caso de la regulación del encaje legal bancario por parte del Banco Central de Venezuela, lo cual, MUCI BORJAS ha calificado como una auténtica expropiación *de facto*, en desmedro de los principios rectores del servicio público (como la continuidad y regularidad)²⁴.

II. Condición de las actividades de las instituciones del sector bancario con respecto a la declaratoria de servicio público contenida en la ley

El actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (en adelante, LISB) publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 del 19-11-2014 y reimpresso por error material en la N° 40.557 del 08-12-2014, en su artículo 8, declara servicio público a las actividades reguladas por aquella en los siguientes términos:

Artículo 8. Las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3° de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Si hubiere dudas en la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o en la interpretación de alguna de sus normas, se aplicará la más favorable a los clientes y/o usuarios de las instituciones del sector bancario.

De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas

²⁴ Muci Borjas, José Antonio. *La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana* en Revista de Derecho Público N° 157-158, 2019, pp. 66-95.

o vinculadas de acuerdo a los términos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Aquí, indudablemente estamos ante una declaratoria de servicio público efectuada por un acto de rango legal y, a su vez, debemos recalcar que, de acuerdo con lo comentado anteriormente, ello no implica la reserva de esta actividad al Estado –en el entendido que no existe una reserva expresa–, con lo cual, no queda vedada del libre ejercicio de los particulares, sino limitada por técnicas de policía.

En ese enfoque, atiendo a las palabras de BADELL MADRID, se trata de un servicio público en su sentido material, lo cual viene dado por el interés general que se desprende de la actividad regulada²⁵, cuyo efecto es la aplicación del régimen jurídico de Derecho Público contenido en la LISB y en el resto de fuentes aplicables al objeto de la LISB.

1. Inconstitucionalidad de la declaratoria de servicio público de las actividades reguladas en la LISB

En realidad, pudiéramos referirnos a un vicio de orden constitucional derivado de esta declaratoria por vía de decreto ley, el cual se resume en tres cuestiones:

Primero, existe una violación al principio de reserva legal, específicamente, respecto de lo contenido en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución, en donde destaca la regulación de bancos y seguros dentro del elenco de materias reservadas al poder nacional para su legislación.

En segundo lugar, entendiendo que el artículo 112 de la Constitución indica que la libertad económica sólo puede ser limitada por la Constitución y las leyes; a su vez, hemos observado que toda declaratoria de servicio público supone una limitación a la libertad económica. Con ello, cabría determinar cuál es el sentido que debemos darle a la expresión de “las leyes” en el texto del artículo 112.

Sobre esto, nos parece prudente –a pesar de sus limitaciones– citar el razonamiento contenido en el párrafo 26 de la opinión consultiva OC-6/86 del 09-05-1986 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

²⁵ Badell Madrid, Rafael. *Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario* en Revista de Derecho Público N° 140, 2014, pp. 283-284.

En tercer lugar, más allá de la doctrina del servicio público, si bien es cierto que la LISB fue producto del ejercicio de las potestades delegadas al Presidente de la República por la Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19-11-2013, consideramos acertada la opinión de NIKKEN, citado por MUCI BORJAS, cuando señala que las restricciones a los derechos fundamentales sólo pueden realizarse por leyes formales, sancionadas por la Asamblea Nacional obrando como cuerpo legislador²⁶, lo cual tiene perfecto sentido, considerando que PEDRO NIKKEN figuraba como Juez en la citada opinión consultiva.

Además, el referido maestro añade lo siguiente:

En síntesis, al legislar sobre la base de una delegación legislativa previa, el Poder Ejecutivo no goza de la misma “libertad” de determinación que la Constitución le reconoce al Poder Legislativo, no sólo porque su poder normativo se halla condicionado por otra ley, la habilitante, sino porque la “identidad” existente entre la voluntad expresada por la Asamblea Nacional, integrada por representantes de la voluntad popular, y la voluntad general, no puede ser extrapolada a la voluntad expresada por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros²⁷.

Asimismo, todo lo anterior adquiere mayor gravedad al considerar que esta Ley Habilitante mediante la cual se dio lugar a la LISB vigente, en resumen, carece del contenido mínimo e indispensable que habría de ostentar en cuanto a la definición del alcance de los poderes normativos que el Ejecutivo puede ejercer, en palabras de MUCI BORJAS, es carente de sustancia²⁸.

2. ¿Los servicios de puntos de venta y su comercialización se encuentran arropados por la declaratoria de servicio público contenido en la LISB?

Antes de la Constitución de 1999 y, por consiguiente, de la vigente LISB, existía un debate en torno a la naturaleza de servicio público de la actividad de intermediación financiera realizada por las instituciones bancarias, muy bien resumida por HERNÁNDEZ-MENDIBLE²⁹, el cual, a nuestro saber, quedó totalmente zanjado en torno a la expresa declaratoria de la actividad en la LISB, y que consideramos carente de sentido, en la medida de que no se discutía sobre el requisito de la expresa declaratoria de la actividad como servicio público mediante Ley, sino de elementos materiales de la actividad, irrelevantes para determinar la aplicabilidad del régimen jurídico del servicio público.

²⁶ Muci Borjas, José Antonio. *Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas* en Revista de Derecho Público N° 140, 2014, p. 70.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ídem*, p. 75.

²⁹ Hernández-Mendible, Víctor. *La actividad de servicio público y la regulación bancaria*. en II Jornadas sobre Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-105.

En cualquier caso, teniendo por entendido que las actividades reguladas por la LISB, independientemente del defectuoso instrumento empleado, se tratan de auténticos servicios públicos en sentido estricto, hemos expresado razones plausibles para acudir a una interpretación restrictiva de lo que se deriva de esto, en tanto que se tratan de limitaciones a la libertad económica.

Ahora bien, el *quid* es establecer si existe la posibilidad de que entren dentro del espectro del artículo 8 de la LISB el servicio de puntos de venta y la contratación con proveedores que efectúen su comercialización, regulada en la Resolución N° 049.20 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (en adelante, SUDEBAN).

De esa manera, es pertinente traer a colación al artículo 3 de la LISB:

Artículo 3. El sector bancario privado comprende el conjunto de las instituciones privadas, que previa autorización del ente regulador se dedican a realizar actividades de intermediación financiera que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

El sector bancario público, comprende el conjunto de entidades bancarias en cuyo capital social la República Bolivariana de Venezuela posee la mayoría accionaria, que estarán reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en aquellos aspectos no contemplados en su marco legal que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

También forma parte del sector bancario, público o privado según corresponda, las sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, casas de cambio y los operadores cambiarios fronterizos, así como las personas naturales y jurídicas que prestan sus servicios financieros auxiliares, los cuales se denominan como instituciones no bancarias definidas en los artículos 13, 14 y 15 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los institutos municipales de crédito quedan sometidos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y a las que dicte el Banco Central de Venezuela sobre el encaje y tasas de interés; pero se registrarán por la correspondiente ordenanza municipal en cuanto a su administración.

Las actividades y operaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se realizarán de conformidad con sus disposiciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos y Leyes que regulan la materia financiera y mercantil, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás Leyes aplicables, los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, la normativa prudencial que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como atendiendo a las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela.

Sobre esto, lo primero que debe evaluarse es lo que se entiende como las actividades reguladas por la LISB (en los términos de su artículo 8); sobre esto, podemos hallar dos grandes grupos en el cuerpo de

la LISB: (i) los servicios de intermediación financiera, definidos en el artículo 5 y (ii) las demás actividades realizadas por los entes enunciados en el artículo 3.

En ese sentido, es seminal tener en cuenta que la declaratoria de servicio público, según estudiamos, debe ser expresa e interpretada de manera restrictiva, con lo cual, una premisa de peso es que, en el texto de la LISB, no se hace referencia a los puntos de venta; sin embargo, aquí pudiese ocurrir que la LISB realiza una descripción de la actividad de los servicios de puntos de venta, lo cual tampoco ocurre.

Asimismo, lo más cercano pudiese ser el artículo 15, en donde se alude a "*otras instituciones no bancarias*", en donde se enmarcan a las "*emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento electrónico*", pero en ningún momento se refiere a los puntos de venta o a la comercialización de los mismos, sino que es la Resolución 049.20 la que entra a definir los límites de la referida actividad.

Ahora, lo último que quedaría sería establecer si el artículo 15 de la LISB habilita al intérprete para concluir que la referencia a los sujetos a que se refiere, presupone el hecho de que las actividades realizadas por las mismas comprendan un servicio público, a pesar de que se trate de actividades que no se encuentren reguladas en la LISB expresamente y que el texto del artículo 8 declara como servicio público a "*las actividades reguladas en el presente (...)*".

En estos términos, nuestra respuesta debe ser negativa: es decir, que el servicio de puntos de venta no puede ser calificado como servicio público, esto debido a consideraciones de orden constitucional, más que de otra cosa.

Así, ya quedó establecido que el servicio de puntos de venta no está expresamente regulado en la LISB, con lo cual, no está arropado por la declaratoria expresa; aquí debería quedar cerrada la discusión, pero inclusive si alguien considerara que el servicio de puntos de venta se trata de una actividad propia de los sujetos regulados por el artículo 15 de la LISB y, con ello, un servicio financiero auxiliar, quedaría otra razón de peso para negar esta postura.

Con ello, no se debe dejar de lado el hecho de que los reglamentos y, en general, los actos administrativos de efectos generales, esencialmente producto del ejercicio de la función normativa por parte de las Administraciones Públicas, poseen una serie de límites sustantivos y

adjetivos sobre la potestad reglamentaria brillantemente enunciados por MUCI BORJAS en su obra *Potestad Reglamentaria y Reglamento*³⁰.

En especial, nos interesa el más importante límite sustantivo al poder normativo de la Administración, a saber, la reserva de Ley, y es que, por mucho que la SUDEBAN regule materias derivadas de la LISB, a nuestro criterio, eso no implica que las mismas se conviertan en servicios públicos, debido a que hay una indubitable reserva de Ley en cuanto a la declaratoria de una actividad o sector como servicio público, de acuerdo con el artículo 112 de la Constitución, nuevamente redundando en que el servicio público supone una limitación a la libertad económica³¹.

En suma, si de tanta importancia e interés general son estas actividades, pues que la República se disponga a reformar la LISB y que incluya los servicios de puntos de venta, pero no es permisible quebrantar la institucionalidad derivada de la Constitución para limitar los derechos de los particulares por los canales no permitidos por la misma, siendo que las actividades declaradas como servicio público son las reguladas por la LISB, punto.

Conclusiones

Primero, hemos determinado que, dentro de la caracterización actual, venida desde hace más de veinte años, las nociones de reserva y de servicio público no son inmanentes una a la otra, con lo cual, la mera declaratoria como servicio público no presupone la reserva de una actividad y, en consecuencia, no deben tratarse de actividades reservadas para tratarse de servicios públicos.

Segundo, en tanto que el servicio público siempre lleva consigo una limitación a la libertad económica, la declaratoria de una actividad o sector como tales siempre debe ser interpretada de manera restrictiva, de conformidad con el principio de favor *libertatis* derivado del artículo 2 de la Constitución.

Por último, la declaratoria de una actividad o sector como servicio público debe ocurrir mediante una Ley en sentido formal, en donde la Asamblea Nacional actúa como cuerpo legislador y en donde la potestad reglamentaria de la Administración no tiene lugar para declarar una actividad como servicio público. ■

³⁰ Muci Borjas, José Antonio. *Potestad reglamentaria y reglamento*. EJV, Caracas, 2017, pp. 253-378.

³¹ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, pp. 68-71.