

LOS PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

José Ignacio Hernández G.
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *El artículo analiza los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el marco constitucional aplicable a la regulación bancaria.*

I. LOS SEIS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

Con ocasión de decidir sobre el recurso de nulidad de los numerales 1, 2, 3, 7, 8, 10, 15 y 18 del artículo 185 y el artículo 187 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (los cuales desarrollan ciertas prohibiciones relacionadas con operaciones realizadas por personas vinculadas a las instituciones financieras, facultando a la Superintendencia para su modificación), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado el marco constitucional aplicable a la regulación bancaria.

Así, en sentencia de 13 de agosto de 2009, con ponencia del Magistrado Carmen Zuleta de Merchán, la Sala declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado, por considerar que las normas impugnadas no resultaban atentatorias a las cláusulas económicas de la Constitución económica. Para ello, la Sala estableció los ***principios que rigen a la actividad de intermediación financiera***:

.- En primer lugar, se afirma la **función social** que la actividad de intermediación financiera cumple “*visto que su funcionamiento constituye una de las áreas más relevantes y complejas en cualquier economía del mundo contemporáneo*”. Reiterando la doctrina contenida en la sentencia N° 1107/2008, la Sala insiste en que la regulación bancaria “*debe ser conforme con el modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia que adopta la Constitución*”.

.- En *segundo* lugar, y como consecuencia de lo anterior, la Sala Constitucional reconoce la **libertad de configuración** con la que cuenta el Poder Legislativo para **conformar el sistema bancario**, de acuerdo con su función social. Esto ha justificado –ha decir de la Sala– la existencia de prohibiciones en las distintas Leyes bancarias dictadas, prohibiciones que – como sucede en las normas cuya nulidad se solicitó– se justifican al orientarse moldear el sistema bancario de acuerdo con los principios de “*transparencia, eficacia y pulcritud*”, evitando “*la distracción de los fondos recibidos del público en inversiones de alto riesgo*”. En relación con lo anterior, observó la Sala “*cómo una crisis financiera ha sido en parte producto de la desatención de las normas equivalentes a las hoy impugnadas*”. Al atender a estos fines de interés general, se estimó que las prohibición cuya nulidad se solicitó, no menoscaban el contenido esencial de la actividad de intermediación financiera ni resultan desproporcionadas.

.- El *tercer* principio aceptado en la sentencia de la Sala Constitucional citada es la ***ordenación jurídica de libertad económica en virtud de la cláusula del Estado social***. Para la Sala, las restricciones a la libertad económica en materia bancaria, responden a la necesidad de tutelar los derechos de los usuarios del sistema financiero, lo que justifica, por ello, la existencia de la propia regulación bancaria.

.- En *cuarto* lugar, afirmó la Sala Constitucional ***la función social de la propiedad privada en la actividad de intermediación financiera***. Para la Sala Constitucional, la propiedad privada no es más un derecho individual, sino que es un derecho que tiene una función social, lo que supone “*un criterio de valoración de las situaciones subjetivas con los principios de solidaridad social, utilidad pública, bienestar colectivo y otros de interés general o social que hace ceder los poderes del propietario ante las legítimas demandas de la sociedad*”.

.- En *quinto* lugar, y como derivación de lo anterior, la Sala Constitucional ***negó la aplicación del derecho de propiedad privada sobre los depósitos***, reconociendo el poder de amplia configuración del Estado para regular el uso de tales depósitos. Para afirmar esta premisa, la Sala afirma que “*los bancos funcionan con capital propio y con capital captado de los usuarios*”. Esto lleva a la Sala a efectuar una acotación equívoca:

“Por otra parte, en el caso de los depósitos bancarios, los depósitos a plazo y a la vista, por ejemplo, estos son activos en el patrimonio de los bancos destinados a la realización de operaciones de intermediación financiera; y no en cambio, pueden ser utilizados en provecho o con ventaja por los accionistas del banco, pues, el poder de disposición del banco sobre los depósitos bancarios está restringidamente regulado (*ius in re aliena*)”.

Entiende la Sala Constitucional que los depósitos son “*activos en el patrimonio de los bancos*”, sujetos en su uso y disposición a la regulación bancaria, vista la función social que ellos cumplen. Para la Sala, el derecho que las instituciones financieras tienen sobre estos bienes es un *derecho sobre cosa ajena*, distinto a la propiedad, y que está limitado por esta función social, reconociéndose en todo caso que “*la actividad bancaria es una gestión de carácter mercantil y tiene fines de lucro*”. A tal fin, invoca las *Normas Sobre la Imprescriptibilidad de los Depósitos de Ahorro*, dictadas por el Consejo Bancario.

Al ser un derecho sobre cosa ajena, la Sala justifica la ***amplitud*** de la regulación que puede desarrollar el Estado, basada en el principio de dispersión de riesgos, conforme al Comité de Basilea:

“De tal manera que la disponibilidad de los capitales y las operaciones de intermediación financiera puede ser condicionadas con el fin de consolidar el aparato económico en aspectos que la planificación y la acción gubernamental consideren necesario, permitiendo a su vez el desempeño de las instituciones bancarias y sus similares con todas aquellas garantías y derechos que brinda del modelo socio-económico señalado en el artículo 299 y siguientes del Texto Fundamental”.

Con ello, se reitera no sólo la función social declarada sobre la actividad de intermediación financiera –y por ende, sobre los derechos de libertad económica y propiedad privada– sino también, la amplia libertad de configuración reconocida al Estado para moldear el sistema bancario. En especial, esa libertad configuradora se predica en materia de limitaciones a la disponibilidad de los depósitos. Para la Sala, existe así, como principio, la “*restricción al carácter autónomo que pudiera considerar tener una institución financiera acerca de la titularidad y propiedad de los fondos depositados, observándose que tales recursos deben ser administrados conforme a reglas de estricto cumplimiento a fin de evitar daños y perjuicios a los depositantes, con lo cual queda en evidencia el carácter regulatorio que se ejerce sobre las operaciones del sector, en virtud de interés general que subyace en la dinámica financiera*”. Por ello, entiende la Sala que las prohibiciones, que limitan la disponibilidad sobre depósitos, son cónsonas con contenido esencial de la libertad económica y propiedad privada.

.- En *sexto* y último lugar, la Sala reitera que, en materia bancaria, ***rige el principio de legalidad matizado***, en tanto la Ley habilita a la Administración para que, mediante normas sub-legales, desarrolle y complemente lo dispuesto en la Ley General de Bancos, principios que ya ha afirmado la Sala, por ejemplo, en su sentencia N° 825/2004. Esta legalidad atemperada es justificada, por la Sala, en “razones en la celeridad y en el manejo de aspectos técnicos por parte del órgano administrativo que aseguran la eficacia y la eficiencia en la labor supervisora de la actividad bancaria”, en especial, a través de la llamada *normativa prudencial*. Acota la Sala, en todo caso, que esta regulación sub-legal siempre debe estar subordinada a lo preceptuado en la Ley.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS SEIS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, DE CARA A LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La sentencia examinada presenta, para nosotros, puntos favorables y desfavorables en la comprensión de la regulación bancaria de cara a las cláusulas económicas de la Constitución de 1999. Lo primero que debe advertirse de esta sentencia, en todo caso, es que ella no puede ser interpretada aisladamente, sino en el contexto de la propia doctrina de la Sala Constitucional que ha abonado por la ***funcionalización social*** de la empresa privada, comenzando con sentencia N° 85/2002, de 24 de enero, dictada en el caso de los créditos indexados. De acuerdo con este postulado, la empresa privada sólo puede desplegar su actividad de manera cónsona con la función social que ha de cumplir, lo que justificaría la regulación del Estado orientada a limitar positivamente el ejercicio de la empresa privada. En materia bancaria, este postulado ha pretendido afirmarse a partir de su calificación como servicio público.

Ahora bien, en cuanto a los ***aspectos positivos***, la sentencia comentada de 13 de agosto ***no califica a la banca como servicio público***, lo que no le impide afirmar la función social que ésta ha de desempeñar. Esto constituye, conceptualmente, un avance notable, pues la Sala reconoce que no se precisa acudir al siempre huidizo término de servicio público para reconocer las potestades de supervisión bancaria sobre tal actividad. En especial, entendemos que la Sala ha identificado adecuadamente cuál es el bien jurídico tutelado por la supervisión bancaria, en un todo de acuerdo con los principios de Basilea, a saber, la solidez y solvencia del sistema financiera, mediante el prudente manejo del riesgo bancario.

Otro elemento sin duda favorable, es que la Sala acepta que la función social que ha de cumplir la actividad de intermediación financiera, debe contabilizarse con el ***contenido esencial de la libertad económica y la propiedad privada***, es decir, con el núcleo mínimo y básico de estos derechos que no puede ser afectado por el Estado, lo que supone un límite fundamental a ese poder de configuración que, sobre el sector bancario, se atribuye al Estado. En sintonía con lo anterior, la Sala esboza, tenuemente, cuál ha de ser ese contenido esencial, al aludir a la ***autonomía privada*** y la ***rentabilidad*** derivada de la actividad de intermediación financiera. El siguiente párrafo de la sentencia comentada resume esta adecuada visión del contenido esencial de la actividad de intermediación financiera llevada a cabo por empresas privadas:

“Observa este Máximo Tribunal que a estos parámetros es que responde la labor configuradora de la actividad legislativa, de tal modo ***que, sin vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho de propiedad o de libertad económica***, los cardinales impugnados le fijan a los entes financieros el alcance de la facultad de disposición de los montos depositados ***de cara a preservar el ánimo de lucro de la actividad de intermediación financiera***; pero protegiendo a los usuarios del sistema bancario de los desmanes de una administración bancaria errada. Por tanto, la Sala desestima el alegato presentado por la parte actora en tal sentido” (destacado nuestro)

En cuanto a los *aspectos negativos* del fallo, sin duda, resalta el tratamiento dado a los depósitos bancarios, pues de acuerdo con la Sala no puede invocarse, respecto de ellos, derecho de propiedad. La Sala entendió, así, que “tales depósitos figuren como activos del ente financiero en términos contables”. Ya esto constituye, como se advirtió, una equívoca afirmación, pues los depósitos bancarios no son *activos* de las instituciones, sino muy por el contrario, *pasivos*.

Pero, al margen de ello, la Sala ha negado que la relación entre las instituciones financieras y los depósitos pueda explicarse en función a la relación real de la propiedad, de lo que se deriva la amplitud de la regulación que pueda disponer el Estado. De hecho, la decisión cuenta con un voto salvado –Magistrado Pedro Rondón Haaz– que se basa, por el contrario, en afirmar que el “*dinero que se entrega a las instituciones financieras en cualquiera de las modalidades de depósito a la plazo, a la vista y de ahorro o en cuenta corriente bancaria pasa a la propiedad de la Institución*”. Sobre esta idea, el Magistrado disidente asoma una duda relevante:

“Por otro lado, indica quien discrepa, resulta incorrecto que se afirme que el supuesto derecho que constituyen los depositantes a favor de la banca tiene por finalidad la legitimación del lucro que obtienen las instituciones financieras, pues eso implica, por interpretación en contrario, que la ganancia que ellas obtienen por el uso del dinero que no proviene de los depósitos irregulares es, entonces, ilegítimo”.

Por supuesto que esta conclusión no es afirmada expresamente en la sentencia, pero sin duda, responde al equívoco manejo dado a la relación jurídica entre las instituciones financieras y los depósitos.

En relación con este punto, dos conclusiones básicas dimanar de la sentencia estudiada:

.- La *primera* de ellas, que si bien es cierto que la relación entre las instituciones financieras y los depósitos no puede ser explicada desde la estricta visión del derecho de propiedad, desde la Constitución económica se ha entendido que la propiedad tiene una dimensión muy amplia, que se extiende al derecho de *apropiación* sobre bienes necesarios para llevar a cabo la actividad económica. Y en tal sentido, se observa que el giro o tráfico de las instituciones financieras supone, precisamente, el derecho a *disponer* de los depósitos para desplegar su actividad crediticia, con lo cual, frente a ese derecho de disposición, cabría predicar también la extensión del artículo 115 de la Constitución.

.- La segunda conclusión, es que a todo evento, negar la aplicación del derecho de propiedad sobre los depósitos (admitiendo que se trata de un derecho *sui generis*, o un derecho derivado del mutuo, por ejemplo) no podría derivar en admitir la configuración pública ilimitada del derecho de disposición sobre los depósitos, pues ese derecho es manifestación de la libertad económica, cuya vigencia en la actividad bancaria ha sido ratificada. Incluso, luego de su disertación sobre la ausencia del derecho de propiedad, la Sala Constitucional termina reconociendo que la regulación sobre esta disposición debe contabilizarse con el contenido esencial de la libertad económica.

En resumen, al margen de la teoría sobre la cual se explique la relación entre las instituciones financieras y los depósitos bancarios (propiedad, derecho *sui generis*, mutuo), lo cierto es que la regulación sobre la capacidad de disposición de estos depósitos, y en concreto, la regulación sobre la actividad crediticia, debe quedar protegida por la garantía del contenido esencial, tal y como admite la sentencia comentada, en relación a la autonomía empresarial y la rentabilidad razonable.