

*La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana**

José Antonio Muci Borjas

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello
Individuo de Número de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales

Resumen: *Este ensayo adelanta un análisis crítico de las Normas, aprobadas por el Banco Central de Venezuela, que rigen la constitución del encaje legal bancario.*

Palabras Clave: *Bancos, Encaje legal bancario, Procedimiento administrativo normativo, Expropiación regulatoria.*

Abstract: *This essay advances a critical analysis of the Regulation, approved by the Venezuelan Central Bank, which governs the constitution of banking legal reserves.*

Key words: *Banks, Banking reserve requirements, Rule-making procedure, Regulatory taking.*

SUMARIO

- I. LAS NORMAS SOBRE EL ENCAJE LEGAL Y SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS
 1. *Las Normas.*
 2. *Los (incompletos) fundamentos normativos de la Resolución.*
 3. *Los antecedentes normativos de la Resolución.*
- II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL DEBER DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN
 1. *El debido proceso, el deber de transparencia y el derecho a la participación en los asuntos públicos.*
 2. *La Ley Orgánica de Administración Pública.*
- III. EL DEBER DE MOTIVAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y FAVOR LIBERTATIS

* Las ideas expuestas en este ensayo pueden ser complementadas con las expresadas en tres estudios previos asociados, todos y cada uno de ellos, a la progresiva *anulación* de la libertad económica de la banca y, consecuentemente, de las inversiones que en ella hicieron sus accionistas: *vid.* Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, en *Revista de Derecho Público número 106*, abril-junio 2006, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 7-33; Muci Borjas, José Antonio, “La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2009 y el ‘aporte’ de la Banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade), (Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global)”, *Revista de la Facultad de Derecho número 64*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 141-162; y, Muci Borjas, José Antonio, “Las carteras de crédito obligatorias: *Excursus* sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, en *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009.

La información económica reproducida en gráficos fue suministrada al autor por especialistas del área financiera.

- IV. LAS LIMITACIONES A LA REGULACIÓN DEL ENCAJE BANCARIO SEGÚN LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO Y LO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
 - 1. *La lectura “des-integrada” de las normas invocadas en la Resolución.*
 - 2. *Los límites sustantivos al ejercicio de la potestad para determinar el encaje de acuerdo con la ley venezolana.*
 - 3. *Recapitulación.*
- V. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN CON LA NATURALEZA DE UNA ACTIVIDAD, LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, QUE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO CALIFICA COMO SERVICIO PÚBLICO
- VI. LA DISFUNCIONAL REGULACIÓN DEL ENCAJE LEGAL Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RACIONALIDAD O RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO
- VII. LA EXPROPIACIÓN DE FACTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA ILEGÍTIMA ANULACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA QUE LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA A LAS INSTITUCIONES BANCARIAS
 - 1. *La Resolución como expropiación de facto.*
 - 2. *La Resolución y los límites impuestos por los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's).*
 - 3. *La Resolución y el derecho a la igualdad ante la ley.*
 - 4. *Recapitulación.*
- VIII. BREVÍSIMA REFERENCIA A LOS REMEDIOS (JUDICIALES Y ARBITRALES) CONTRA LA RESOLUCIÓN
 - 1. *Solicitudes y recursos en el ámbito interno.*
 - 2. *Reclamaciones en el ámbito internacional.*
- IX. CONCLUSIONES

I. LAS NORMAS SOBRE EL ENCAJE LEGAL Y SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS

1. *Las Normas*

§1. Las Normas que rigen o disciplinan la constitución del encaje legal bancario fueron aprobadas por el Directorio del Banco Central de Venezuela a través de la Resolución administrativa distinguida con el N° 19-04-02, expedida el 11 de abril de 2019 (en lo sucesivo, por mor de brevedad, la “**Resolución**”)¹.

2. *Los (incompletos) fundamentos normativos de la Resolución*

§2. La Resolución invoca los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela². Las normas legales invocadas en la Resolución establecen textualmente lo siguiente:

Artículo 21.

«Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular, tendrá las siguientes atribuciones:

...

2. Formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación. En este sentido ejercerá las facultades atribuidas al Banco Central de Venezuela en materia de encajes y otros instrumentos de política monetaria.

¹ *Gaceta Oficial de la República* N° 41.620, del 25 de abril de 2019.

² *Gaceta Oficial de la República* N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

En el ejercicio de esta facultad podrá establecer distinciones a los efectos de la determinación de los requisitos de encaje u otros instrumentos de regulación, aplicables a los bancos y demás instituciones financieras, de acuerdo con los criterios selectivos que determine al efecto, así como encajes especiales en los casos que considere convenientes».

Artículo 52.

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los bancos e instituciones financieras están en la obligación de suministrar al Banco Central de Venezuela, los informes que le sean requeridos sobre su estado financiero o sobre cualquiera de sus operaciones. Esta obligación se extiende a aquellas personas naturales y jurídicas que, por la naturaleza de sus actividades y la correspondiente relación con las funciones del Banco, determine el Directorio del Banco Central de Venezuela».

Artículo 54.

«Los bancos y demás instituciones financieras deberán mantener el encaje que determine el Banco Central de Venezuela, en función de su política monetaria. Dicho encaje estará constituido por moneda de curso legal, salvo que se trate del encaje por obligaciones en moneda extranjera, en cuyo caso deberá estar constituido por el tipo de moneda que apruebe el Banco Central de Venezuela».

Artículo 55.

«La porción del encaje depositada en el Banco Central de Venezuela podrá ser remunerada por razones de política monetaria y financiera, en los términos y condiciones que, a tal efecto, establezca el Directorio del Banco Central de Venezuela».

Artículo 56.

«El Banco Central de Venezuela establecerá la forma de cálculo, a efectos de determinar la posición del encaje, las exenciones y partidas no computables, así como la tasa de interés que deberán pagar los bancos y demás instituciones financieras por el monto no cubierto de dicho encaje».

A. *El contenido de la Resolución*

§3. Con base en una lectura “*des-integrada*” de esas normas de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Directorio del ente público resolvió que (i) los bancos universales, así como (ii) los bancos microfinancieros y de desarrollo que no cumplieran con un porcentaje de intermediación financiera adecuado, debían mantener un encaje mínimo, depositado en su totalidad en el Banco Central de Venezuela, igual a la suma resultante de las siguientes operaciones aritméticas:

- a. El cincuenta y siete por ciento (57%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas³.

De conformidad con la Resolución, (i) la Base de Reserva de Obligaciones Netas está representada por el monto total de las Obligaciones Netas contabilizadas al 25 de enero de 2019, y (ii) las Obligaciones Netas están integradas por todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, excluidas las operaciones a que se contrae el artículo 4° *eiusdem*⁴.

³ Artículos 2°, 13 y 1° de la Resolución.

⁴ Las operaciones excluidas *ex-artículo* 4° de la Resolución son las siguientes: «Las obligaciones de las instituciones provenientes de créditos obtenidos del Banco Central de Venezuela; las derivadas

- b. El cincuenta y siete por ciento (57%) del monto total de la Base de Reserva de Inversiones Cedidas⁵.

Según la Resolución, (i) la Base de Reserva de Inversiones Cedidas está representada por el monto total de las Inversiones Cedidas contabilizadas al 25 de enero de 2019, y (ii) el término Inversiones Cedidas se refiere a los derechos de participación sobre títulos o valores cedidos por las instituciones bancarias, independientemente de la forma en que se contabilicen en el balance de estas últimas.

- c. El cien por ciento (100%) del monto total del Saldo Marginal⁶.

De acuerdo con la Resolución, se entiende por Saldo Marginal *cualquier incremento* en las Obligaciones Netas y en las Inversiones Cedidas, producido con posterioridad al 25 de enero de 2019.

§4. La Resolución también establece que el *empleo del encaje legal* mínimo obliga a las instituciones bancarias a saldar *intereses* muy elevados sobre el monto del encaje descubierto⁷.

de operaciones de asistencia financiera del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios; las originadas de los fondos recibidos del Estado u organismos nacionales o extranjeros para financiamiento de programas especiales para el país, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las originadas de los fondos recibidos de instituciones financieras destinadas por Ley al financiamiento y la promoción de exportaciones, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las contraídas en moneda extranjera como producto de las actividades de sus oficinas en el exterior, y, las que se originen en operaciones con otros bancos y demás instituciones financieras, y por cuyos fondos estas últimas instituciones, a su vez, hayan constituido encaje conforme a la presente Resolución. Tampoco se computarán a los fines indicados, los pasivos provenientes de recursos de los Fondos de Ahorro previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, administrados en fideicomiso por las instituciones bancarias, así como aquellas obligaciones derivadas de las captaciones recibidas en moneda extranjera en el sistema financiero nacional.»

⁵ Artículos 2º, 14 y 1º de la Resolución.

⁶ Artículos 2º, 15 y 1º de la Resolución.

⁷ El artículo 7º de la Resolución establece textualmente: «Las instituciones bancarias, que no mantengan la posición de encaje, en los términos requeridos, deberán pagar al Banco Central de Venezuela una tasa de interés anual por el monto no cubierto. Salvo lo previsto en el Parágrafo Primero del presente artículo, esta tasa de interés será la resultante de sumar diecinueve (19) puntos porcentuales a la tasa cobrada por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo de conformidad con lo previsto en la Resolución del Banco Central de Venezuela que regula la materia vigente para el día en el cual se produjo el déficit de encaje. Dicha tasa será incrementada de acuerdo con los supuestos que a continuación se indican: a) treinta y tres (33) puntos porcentuales adicionales, si se incurre en incumplimiento en el mantenimiento de la posición de encaje requerida tres (3) o cuatro (4) veces en el lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir del día en que ocurrió el primer incumplimiento; b) sesenta y seis (66) puntos porcentuales adicionales, si se incurre en incumplimiento en el mantenimiento de la posición de encaje requerida cinco (5) o más veces en el lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir del día en que ocurrió el primer incumplimiento. Parágrafo Primero. La Administración del Instituto podrá modificar los porcentajes a que se refiere el presente artículo, caso en el cual lo informará a través del sistema electrónico de transferencia de datos utilizado por el Banco Central de Venezuela. Parágrafo Segundo. La tasa de interés a que se refiere este artículo será aplicada sobre el monto del encaje no cubierto y por el día en el cual se registró el correspondiente déficit de encaje. El monto resultante será debitado de la cuenta de la institución el día hábil bancario siguiente.»

B. *Los gravosos efectos de la Resolución*

§5. Por causa de la hiperinflación que azota a la economía venezolana desde hace años, con el pasar de los días el monto del encaje legal –cincuenta y siete por ciento (57%)– que ha de calcularse sobre los montos representados por las Obligaciones Netas y las Inversiones Cedidas existentes al 25 de enero de 2019, se hace cada vez *más irrelevante*. Se hace más irrelevante –esto es, *más intrascendente*– porque representa *un porcentaje siempre menor* del total de los depósitos y captaciones de la banca.

§6. Por el contrario, con el pasar de los días el monto del encaje legal –cien por ciento (100%)– que ha de calcularse sobre el Saldo Marginal se hace cada vez *más significativo*. Adquiere, decíamos, *importancia creciente* porque los incrementos experimentados por las Obligaciones Netas y las Inversiones Cedidas con posterioridad al 25 de enero de 2019 representan *un porcentaje siempre mayor* del total de los depósitos y captaciones de la banca.

§7. En síntesis, el porcentaje de depósitos y captaciones de la banca congelados en el Banco Central de Venezuela se aproxima progresiva e inexorablemente al cien por ciento (100%).

§8. La Resolución constituye, pues, la causa eficiente de la falta de liquidez crónica que aqueja a los bancos universales y al sistema bancario en general; la causa que impide al sistema bancario desempeñar correctamente la actividad de intermediación, protegida por las leyes venezolanas, que constituye la esencia misma de la actividad bancaria.

§9. La falta de liquidez crónica resultante de la Resolución:

a. *Es harto conocida* por el Banco Central de Venezuela.

De hecho, este ha venido cobrando los gravosos intereses contemplados por el artículo 7° de la Resolución a los integrantes del sistema financiero que se han visto en la necesidad de *recurrir* al encaje legal, una y otra vez, para atender sus obligaciones frente a los demás bancos y su clientela.

b. Es grave.

Es tan grave que los elevados intereses impuestos por el Banco Central de Venezuela por el empleo reiterado del encaje legal no han logrado evitar que la banca, necesitada como está de disponibilidades para cubrir, *inter alia*, los retiros de fondos de sus depositantes (siempre inconsultos, siempre imprevisibles), se abstenga de recurrir al encaje.

El empleo reiterado del encaje legal por las instituciones del sistema demuestra que la regulación del encaje legal es *disfuncional*, porque no está concebida en términos que pueda ser cumplida, *inter alia*, porque los bancos no pueden anticipar ni condicionar el retiro de las sumas de dinero depositadas en ellos. Disfuncional, en definitivas cuentas, porque no es medida idónea para alcanzar el fin, declarado por el Banco Central de Venezuela, que justificó su adopción.

3. *Los antecedentes normativos de la Resolución*

A. *La Resolución administrativa 19-01-05*

§10. Para el momento de su expedición, la Resolución era el último de una serie de actos normativos dictados por el Directorio del Banco Central de Venezuela a lo largo de los últimos meses con el objeto de regular el encaje bancario.

§11. De esa serie de actos interesa destacar aquí la Resolución administrativa distinguida con el N° 19-01-05, aprobada por el Directorio en fecha 22 de enero de 2019⁸, porque fue en esta que por vez primera se impuso el deber de constituir un encaje legal mínimo del cien por ciento (100%) sobre el monto total del Saldo Marginal calculado con base en la posición de Obligaciones Netas existente al 25 de enero de 2019.

§12. El dato mencionado en el párrafo que antecede ha de tenerse en cuenta porque revela que los *perniciosos efectos* que se derivan de la imposición del encaje legal mínimo del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal actualmente en vigor comenzaron meses atrás, con la aprobación de la Resolución 19-01-05.

B. *Las Resoluciones administrativas previas*

§13. La Resolución y su antecedente normativo directo estuvieron precedidos por un conjunto de resoluciones –de corta vida todas y cada una de ellas– aprobadas por el Directorio del Banco Central de Venezuela con el objeto de incrementar el encaje legal hasta los *insostenibles extremos* de la regulación actual. Aludimos, en orden estrictamente cronológico, a la Resolución 18-08-01, del 28 de agosto de 2018⁹; la Resolución 18-10-01, del 9 de octubre de 2018¹⁰; la Resolución 18-11-02, del 29 de noviembre de 2018¹¹; la Resolución 18-11-03, del 29 de noviembre de 2018¹²; y, la Resolución 19-01-01, del 8 de enero de 2019¹³.

II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL DEBER DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

1. *El debido proceso, el deber de transparencia y el derecho a la participación en los asuntos públicos*

§14. El texto del encabezamiento del artículo 49 de la Constitución venezolana es claro: todas las actuaciones administrativas –*todas, sin excepción*– deben respetar el derecho al *debido proceso*¹⁴.

§15. El debido proceso exigido por nuestra Constitución demanda un *procedimiento administrativo previo* en el marco del cual puedan los particulares (i) ejercer su derecho constitucional a la defensa, si de lo que se trata es de producir un acto administrativo de efectos particulares, o (ii) hacer valer su *derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos*, cuando de lo que se trata es de producir un acto normativo, esto es, un acto administrativo de efectos generales.

§16. En el caso de la especie, el Directorio del Banco Central de Venezuela quebrantó el encabezamiento del artículo 49 de la Constitución (debido proceso) y el artículo 62 *eiusdem* (derecho a la participación en asuntos públicos), pues la aprobación de la Resolu-

⁸ *Gaceta Oficial de la República* 41.573, del 28 de enero de 2019.

⁹ *Gaceta Oficial de la República* 41.472, del 31 de agosto de 2018.

¹⁰ *Gaceta Oficial de la República* 41.500 del 10 de octubre de 2018.

¹¹ *Gaceta Oficial de la República* 41.536, del 30 de noviembre de 2018.

¹² *Gaceta Oficial de la República* 41.536, del 30 de noviembre de 2018.

¹³ *Gaceta Oficial de la República* 41.560, del 9 de enero de 2019.

¹⁴ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

ción *no estuvo precedida del trámite* exigido por nuestra Constitución¹⁵ y la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁶.

§17. El Directorio del Banco Central de Venezuela infringió, además, el *deber de transparencia* que le imponen los artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pues diseñó la regulación a espaldas de sus destinatarios.

§18. Empero, los artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública impiden que la Administración confeccione normas *a espaldas de los interesados*.

2. La Ley Orgánica de Administración Pública

§19. Según el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, los órganos y entes de la Administración Pública se hallan en el *deber* de promover la *participación ciudadana* en la gestión pública. La norma establece además que los particulares pueden *participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo* que la Administración considere aprobar.

§20. El artículo 140 *eiusdem* establece, complementariamente, (i) que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de *normas reglamentarias* o de otra jerarquía, aquéllos deben iniciar el correspondiente *proceso de consulta pública* y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas, añadiendo la norma que en el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente debe indicarse el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones que las comunidades decidan formular, lapso este que comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente; y (ii) que paralelamente a ello, *el órgano o ente público correspondiente difundirá* a través de cualquier medio de comunicación *el inicio del proceso de consulta indicando su duración*, y que otro tanto hará a través de su página en internet, en la cual *expondrá los documentos sobre los cuales verse la consulta*.

§21. El artículo 140 agrega que durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto; que una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia, sean convocados, y las comunidades organizadas intercambien con ellos opiniones, les hagan preguntas, formulen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el antepro-

¹⁵ El artículo 141 del Texto Fundamental establece que «la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con *sometimiento pleno a la ley y al derecho*.»

¹⁶ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014. El encabezamiento del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que «la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, *transparencia*, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con *sometimiento pleno a la ley y al derecho*, y con supresión de las formalidades no esenciales.»

yecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo; y, finalmente, que el resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante¹⁷.

§22. El artículo 141 *eiusdem* establece, finalmente, (i) que ningún órgano o ente público puede aprobar normas para cuya adopción sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos *que no hayan sido previamente consultados*, de conformidad con el artículo 140 *eiusdem*; y, (ii) que las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos, o propuestas por éstos a otras instancias, serán *nulas de nulidad absoluta*, si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el artículo 140 *eiusdem*¹⁸.

§23. La muy difícil situación que atravesaba el país para el momento de la aprobación de la Resolución *no eximía* al Directorio del Banco Central de Venezuela de observar el procedimiento legal de consulta diseñado por el Legislador para asegurar el respeto del *debi-do proceso* y el cumplimiento del deber de *transparencia* exigidos por los artículos 49 y 140 de la Constitución.

§24. Comoquiera que la Resolución no estuvo precedida del procedimiento de consulta legalmente exigido, es evidente que la gravosa regulación del encaje legal analizada se encuentra viciada de nulidad.

¹⁷ El artículo 140 (“Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales”) de la Ley Orgánica de la Administración Pública reza textualmente así: «Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente. Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta. Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto. Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo. El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante.»

¹⁸ El artículo 141 (“La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción”) de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece textualmente: «El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título. En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla.»

III. EL DEBER DE MOTIVAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y *FAVOR LIBERTATIS*

§25. La *motivación* es *requisito de validez formal* tanto de los actos administrativos de efectos particulares, como de los actos administrativos de efectos generales. En estos últimos, sin embargo, parte de la motivación (*in aliunde*) consta –ha de constar– en el expediente administrativo sustanciado en el marco del procedimiento administrativo normativo¹⁹.

§26. No obstante, la Resolución solo invoca *algunas* de las normas legales que condicionaban el ejercicio de la potestad para regular el encaje.

§27. A esa *motivación jurídica parcial* o incompleta –y, por tanto, *insuficiente*²⁰– se añade la *inexistencia del procedimiento administrativo normativo* previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que debió haber servido para dejar constancia:

- a. De las *circunstancias de hecho* que justificaban la medida.

Es a la luz de las circunstancias de hecho debidamente (i) comprobadas y (ii) valoradas que cabe determinar *la necesidad de la medida* normativa.

- b. De las distintas *alternativas de regulación* que el Directorio del Banco Central de Venezuela consideró y podía adoptar.

El Directorio tenía a su alcance *otras medidas de política monetaria*, como son la revisión de los tipos de interés o la celebración de operaciones de compra-venta de activos monetarios en el mercado abierto, cuya implementación conjunta pudo haber servido para diseñar una medida sobre el encaje menos gravosa. Por ello, el procedimiento legalmente previsto debía servir para ponderar o evaluar todas las opciones normativas a su disposición.

- c. De la escogencia de la medida que representaba el mínimo intervencionismo, de conformidad con el principio constitucional *favor libertatis* o *pro cives*²¹.

¹⁹ Muci Borjas, José Antonio, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 273-275.

²⁰ Constituye criterio pacífico y reiterado de nuestra jurisprudencia que la motivación de los actos administrativos debe ser suficiente (*principio de suficiencia de la motivación*). Vid. Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 155, del 28 de julio de 1980, asunto *E.Y. Du Pont De Nemours and Company*, *Revista de Derecho Público* N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 142; y, Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia s/n, del 12 de julio de 1983, *Revista de Derecho Público* N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 154-155. Los fallos judiciales citados con anterioridad deben ser complementados con la decisión pronunciada por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, conforme a la cual «...la motivación de los actos administrativos debe ser –necesariamente– suficiente, es decir, de una amplitud tal que permita al interesado reconstruir el proceso lógico a través del cual se formó la voluntad administrativa que le lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos; y que la motivación del acto debe ser capaz de poner en evidencia la concatenación lógica que une (vincula) las diversas premisas que sirvieron de sustento a la Administración al momento de tomar su decisión» (Sentencia s/n, del 14 de mayo de 1990, asunto *Jesús Ochoa Fuenmayor*, *Revista de Derecho Público* N° 42, abril-junio 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 101).

²¹ Según el artículo 2° de la Constitución, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado venezolano. En sentido coincidente, el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que la Administración Pública tiene como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas constitucionales, y,

Precisadas las alternativas de regulación, el Directorio se hallaba en el deber de seleccionar la medida o conjunto de medidas que causasen *la menor lesión posible de derechos y garantías*. Esto significa, *inter alia*, que el Banco Central de Venezuela no podía trasladarle todo el coste de su *confiscatoria medida* de política monetaria a las instituciones bancarias.

§28. Habida consideración de la *exigua motivación* de la Resolución, por una parte, y por la otra, la *inobservancia del procedimiento administrativo normativo* exigido por la Constitución y regulado por la Ley Orgánica de la Administración Pública, es evidente que el Banco Central de Venezuela *no justificó*:

- a. Por qué recurrió *solo al encaje* si tenía a su alcance otras medidas de política monetaria a las cuales pudo haber recurrido para evitar el drenaje de liquidez que *asfixia* al sistema bancario y compromete su existencia.
- b. Por qué impuso el *gravoso encaje legal* en esos precisos términos y condiciones.

§29. La falta de justificación de esas circunstancias contraría el deber que la ley impone a la Administración de motivar sus actos administrativos, a los fines de asegurar la *transparencia* de su obrar y de *rendir cuentas* de su actuación, *ex-artículo 141* de la Constitución.

§30. La discrecionalidad concedida al Banco Central de Venezuela dice la mejor doctrina venezolana,

«...no significa[,] sin embargo, arbitrariedad... La *ausencia de motivación*, de justificación y de explicación de las actuaciones del Banco Central lo ubicaría en el terreno de una *actuación arbitraria*... la mayor independencia del Banco Central va aparejada con un alto grado de responsabilidad y, consecuentemente, con un régimen claro y bien estructurado de *rendición de cuentas* frente a la sociedad...»²².

IV. LAS LIMITACIONES A LA REGULACIÓN DEL ENCAJE BANCARIO SEGÚN LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO Y LO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1. *La lectura “des-integrada” de las normas invocadas en la Resolución*

§31. Ya hemos tenido oportunidad de observar que la Resolución invoca los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

de manera muy particular, garantizar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. El principio *favor libertatis* impone a la Administración Pública venezolana el deber (i) de interpretar los derechos fundamentales de la manera más amplia y favorable al particular (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.108, de 16 de mayo de 2000, asunto *Carlos Eduardo Oxford*.), y (ii) de elegir, entre diversas alternativas posibles, la que resulte menos gravosa para el titular del derecho fundamental (*i.e.*, la que menos restrinja su libertad constitucionalmente protegida). Sobre las operaciones que la Administración ha de adelantar en el marco de un procedimiento administrativo normativo *vid.* Muci Borjas, José Antonio, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 122-127.

²² Hernández Delfino, Carlos y Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones sobre el Régimen de la Autonomía del Banco Central de Venezuela”, *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009, pp. 333-408.

§32. Con base en una lectura “*des-integrada*” de esas normas el Directorio del Banco Central de Venezuela concluyó erradamente que podía imponer un encaje mínimo tan gravoso –por sus gravísimos efectos sobre la liquidez del sistema bancario y sobre el crédito a la economía– como el previsto por el artículo 15 de la Resolución (100% sobre el Saldo Marginal). Un encaje legal mínimo tan gravoso, decíamos, que le está impidiendo a la banca cumplir con la actividad de *intermediación financiera*, calificada por el Legislador como *servicio público*, que justifica su existencia.

§33. Empero, el alcance de los poderes asignados al Banco Central de Venezuela en materia de encaje no puede determinarse a la luz de las pocas normas que el Directorio decidió invocar.

§34. En efecto, la lectura “*des-integrada*” de esas pocas normas, *escogidas con pinzas e interpretadas de la manera que más favorecía al Poder*, desconoce una dato clave: esas pocas normas forman parte integrante de un todo más grande (el ordenamiento)²³, informado por principios y valores que el Directorio el Banco Central de Venezuela *no podía ignorar* –que el Directorio, por tanto, *debía considerar*–²⁴ so pena, en caso contrario, de viciar lo decidido. Veamos.

2. *Los límites sustantivos al ejercicio de la potestad para determinar el encaje de acuerdo con la ley venezolana*

§35. Es cierto que las normas invocadas en la Resolución *no establecen límites expresos* al poder que la Constitución y la Ley del Banco Central de Venezuela para formular y ejecutar la política monetaria.

§36. Empero, también es cierto que *toda potestad pública es siempre*, por definición, *una potestad limitada por la ley y el Derecho*. Uno de esos límites está representado por *los fines de interés general* que condicionan el ejercicio de la potestad pública²⁵.

§37. En síntesis, la redacción dada a las normas invocadas por el Directorio en su Resolución *no se traduce en la inexistencia de límites* por lo que respecta al ejercicio de la potestad para determinar el encaje. Veamos.

A. *Primera limitación legal: el deber de contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional*

§38. El primero de los límites al ejercicio de la potestad de determinar el encaje legal deriva del texto del artículo 5° de la Ley del Banco Central de Venezuela. A tenor de esa previsión, el objetivo fundamental –mas no el único– de ese Instituto es «...lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda». Y dicho esto, el artículo 5° añade que el Banco Central de Venezuela se halla en el *deber de contribuir* «...al desarrollo armónico de la economía nacional...».

²³ *Mutatis mutandis*, Tribe, Lawrence H. y Dorf, Michael C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1991, p. 23.

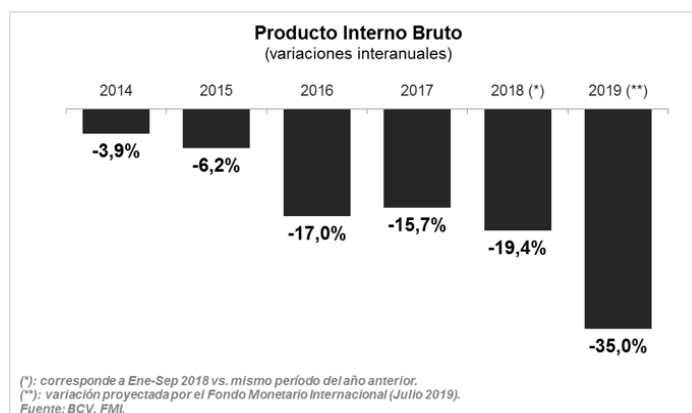
²⁴ *Mutatis mutandis*, Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 289.

²⁵ Cabe citar aquí, *mutatis mutandis*, lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario, del 1 de julio de 1981), a tenor del cual «aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y *adecuación* con el supuesto de hecho y *con los fines de la norma*, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

§39. A la luz de la norma legal invocada con anterioridad, salta a la vista que una *política monetaria basada en una única medida*, aludimos al asfixiante encaje legal creado por la Resolución, productora de *resultados francamente negativos para la sociedad* venezolana en su conjunto, *no puede ser conciliada con el deber que el artículo 5° impone al Directorio* del Banco Central de Venezuela. Ciertamente, al momento de definir y ejecutar una política monetaria racional y coherente el Directorio debe ponderar, por una parte, los costos de su política de encaje para el sistema bancario y la economía –medidos, *inter alia*, por su idoneidad para crear (o destruir) empleo y producir (o negar la producción de) crecimiento económico–, y por la otra, los logros que podrían alcanzarse de implementar y mantener esa política en el tiempo.

§40. La verdad sea dicha, la data económica revela que los resultados producidos por la *medida de encaje irracional* contenida en la Resolución no justifican los costos que la política monetaria le impone a la banca y, por vía refleja, a la sociedad como un todo.

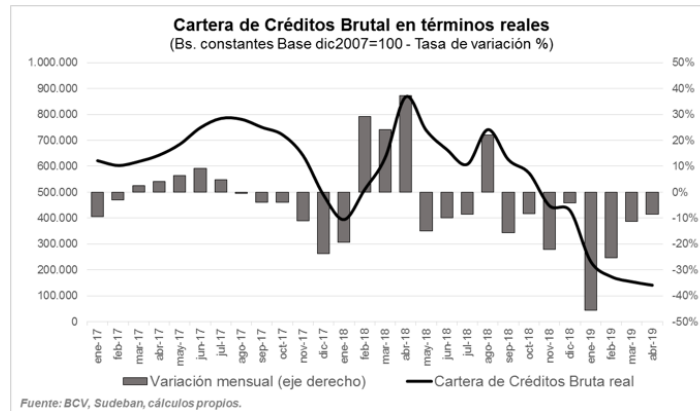
§41. A falta de data oficial actualizada demostrativa del comportamiento del Producto Interno Bruto (PIB) desde la implementación del encaje legal del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal a comienzos de 2019, de seguida reproducimos una gráfica que refleja con crudeza cómo podría llegar a caer el Producto Interno Bruto en el país durante la vigencia del encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal:



§42. La data reproducida con anterioridad refleja una disminución sostenida y agravada del Producto Interno Bruto desde 2014 y, al propio tiempo, revela que la Resolución *no era medida de política monetaria idónea* para contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional. No lo era porque imponía a la banca y a la economía venezolana una nueva *condición recesiva* en momentos en los que nuestra economía había venido mostrando disminuciones recurrentes del Producto Interno Bruto a lo largo de los últimos 5 años. Ese solo dato desaconsejaba la introducción de un nuevo factor creador de mayor recesión.

§43. La paralización del crédito bancario por obra de la Resolución afectó grandemente la actividad económica y determinó, no hay duda, una mayor disminución en el Producto Interno Bruto.

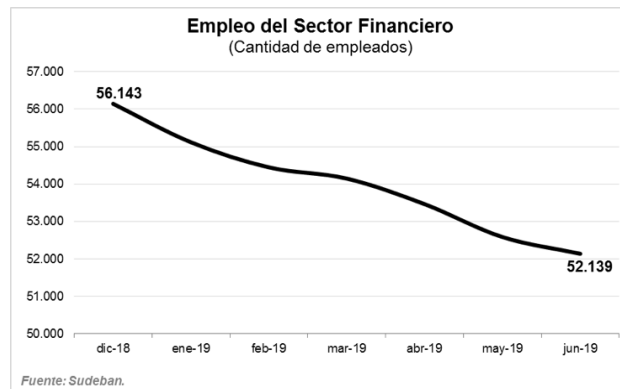
§44. La *manifiesta falta de idoneidad de la medida de encaje* puede ilustrarse con esta otra gráfica, acreditativa de la reducción –en términos reales– de la cartera de créditos bruta de la banca:



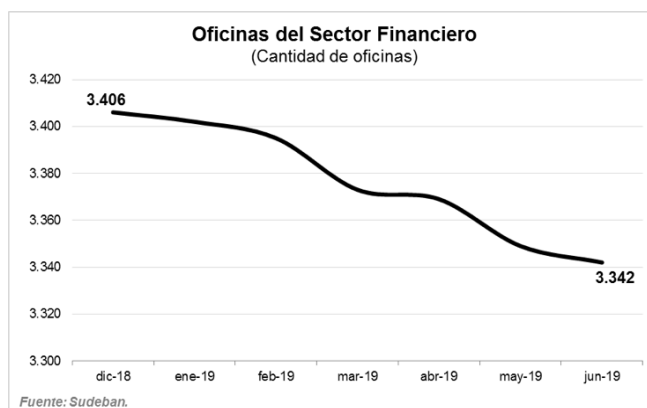
§45. La gráfica que reproducimos anteriormente puede ser complementada con estas otras dos cifras adicionales:

- a. En términos reales, entre junio de 2018 y junio de 2019 la cartera bruta de créditos de la banca ha disminuido un ochenta y nueve por ciento (80,9%). En términos reales.
- b. En términos reales, la cartera bruta de crédito calculada sobre el número de trabajadores activos en el sistema bancario (indicador de productividad) se ha reducido en un setenta y ocho y ocho por ciento (78,8%) entre junio de 2018 y junio de 2019.

§46. Como si lo ya dicho no bastara, la *manifiesta falta de idoneidad de la medida de encaje* también la revela esta otra lámina, demostrativa de la dramática caída del empleo en el sector financiero desde finales del año 2018:



§47. Una gráfica final sobre el número de oficinas bancarias que han dejado de funcionar entre diciembre de 2018 y junio de 2019 revela, una vez más, la falta de idoneidad de la medida sobre encaje:



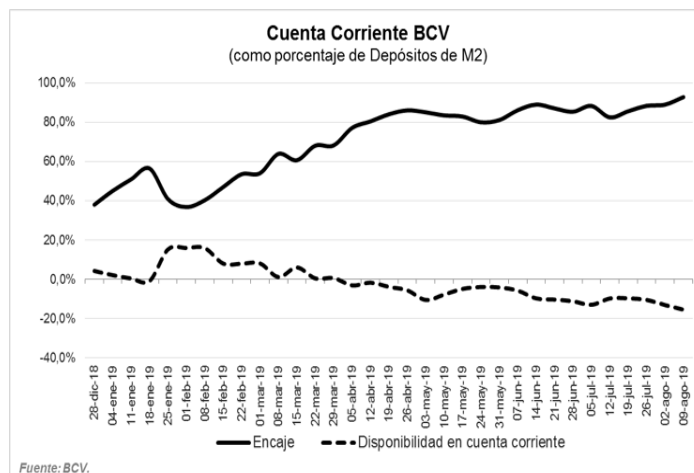
B. *Segunda limitación legal: el deber de promover la adecuada liquidez del sistema financiero*

§48. La segunda limitación al ejercicio de la potestad para fijar el encaje legal mínimo dimana del artículo 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela, que asigna a ese Instituto la función de «...promover la adecuada liquidez del sistema financiero».

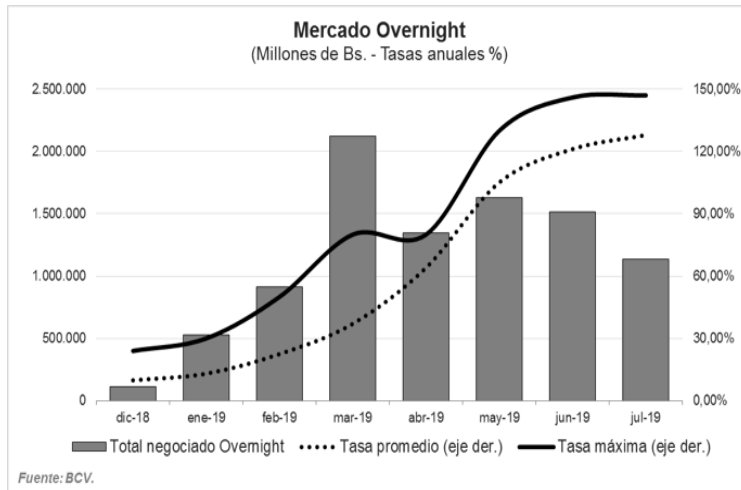
§49. El artículo 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela debe ser leído e interpretado a la luz del artículo 21 (numeral 1°) *eiusdem*, que impone al Directorio el deber de «velar por el cumplimiento de los fines y objetivo del Banco Central de Venezuela».

§50. Pues bien, una regulación productora de una *falta de liquidez crónica*, que impide a la banca atender a sus clientes con regularidad y compromete la actividad productiva en momentos en los que la situación del país demanda la reactivación del aparato productivo, no puede ser conciliada con la importante función que ese Instituto debe atender *ex-artículo 7°* (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela.

§51. La *falta de liquidez crónica*, incompatible con el mandato legal invocado con anterioridad, la acredita el gráfico sobre el creciente Encaje y la decreciente Disponibilidad en Cuenta Corriente que reproducimos a continuación:

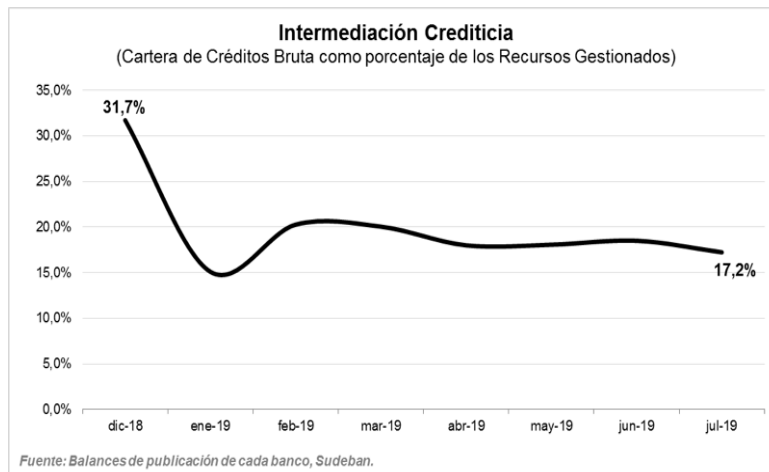


§52. También la acredita el gráfico que incluimos a continuación, demostrativo de la evolución del alza de las tasas de interés –máxima y promedio– y montos negociados en el mercado interbancario por causa de la falta crónica de liquidez:



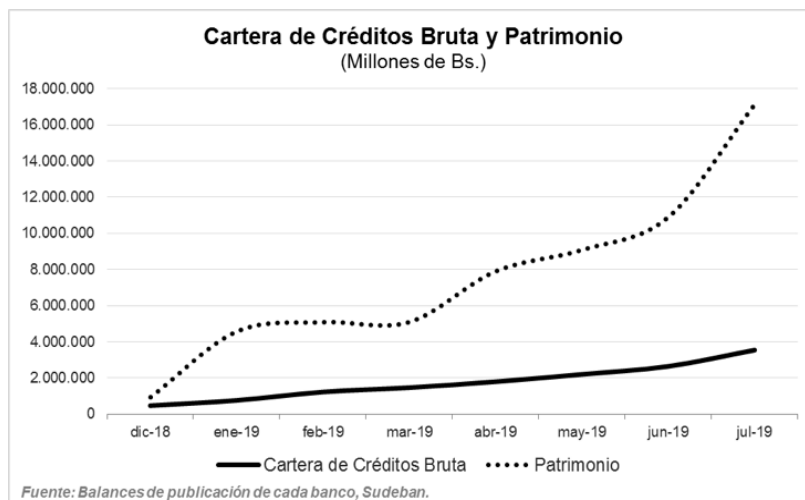
§53. No obstante esas elevadas tasas de interés y de la volatilidad del precio del dinero en el mercado interbancario, el Banco Central de Venezuela se ha abstenido de anunciar e implementar políticas conducentes a la moderación de esos serios trastornos.

§54. Los dos gráficos que anteceden pueden complementarse con este otro, demostrativo de la notable caída de la intermediación financiera del sistema bancario, reflejada como porcentaje del crédito respecto a los recursos gestionados por la banca, desde la implementación del encaje legal sobre el Saldo Marginal:



§55. Cabe complementar el gráfico que antecede con estas cifras, terribles por decir lo menos, sobre el comportamiento del índice de intermediación crediticia: del cincuenta y seis coma uno por ciento (56,1%) en junio 2018, ese índice ha caído al dieciocho coma cinco por ciento (18,5%) en junio de 2019.

§56. No extraña, pues, que los créditos concedidos por el sistema bancario representados por la curva inferior sean *sustancialmente inferiores* al patrimonio de las instituciones que integran el sector bancario:



§57. No extraña, decíamos, porque la medida de congelación de las disponibilidades de la banca le impide a ésta contar con la liquidez adecuada que la ley exige sea garantizada.

§58. En síntesis, la data demuestra que la Resolución no es medida idónea para promover la adecuada liquidez del sistema financiero. Todo lo contrario.

§59. Y no lo es, porque ha anulado por completo -si no, casi por completo- la capacidad del sistema para obrar como intermediario entre sus depositantes y quienes tienen necesidades crediticias.

§60. Llegados a este punto luce pertinente realizar una reflexión final sobre la Resolución y los índices de intermediación financiera de la banca:

- a. La Resolución, por una parte, impone a la banca universal un encaje sobre el Saldo Marginal del cien por ciento (100%) con el objeto de reducir dramáticamente la intermediación financiera de esas instituciones.
- b. La Resolución, por la otra, contempla un encaje de tan solo el «... veinte por ciento (20%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas, Base de Reserva de Inversiones Cedidas y del monto total correspondiente al Saldo Marginal» para los bancos microfinancieros y de desarrollo cuya intermediación crediticia supere «...el setenta por ciento (70%), calculado según el último balance de publicación».
- c. El incentivo a la intermediación crediticia de los bancos microfinancieros y de desarrollo ofreciendo menor encaje legal, y la simultánea imposición de un gravosísimo encaje legal a la banca universal para que reduzca significativamente su intermediación y deje de atender las necesidades de sus clientes, son medidas manifiestamente contradictorias, esto es, manifiestamente incoherentes, y, consecuentemente, violatorias del principio constitucional de racionalidad o razonabilidad en el ejercicio del Poder Público.

- d. Ciertamente, si para el Directorio el encaje legal de los bancos microfinancieros y de desarrollo que cumplen con el índice de intermediación previsto por el artículo 16 de la Resolución debe ser del veinte por ciento (20%), porque ese encaje los dota de adecuada liquidez, no hay duda que el encaje legal mínimo impuesto a la banca universal, cada vez más próximo al cien por ciento (100%) porque la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas ha perdido entidad, le niega a la banca universal la adecuada liquidez exigida por la ley.
- e. A lo dicho cabe agregar algunas consideraciones adicionales de gran calado. Ciertamente, el dispar encaje de los bancos microfinancieros y de desarrollo, por una parte, y los bancos universales, por la otra, es contradictoria e incoherente, además, porque:
 - i. Desconoce que una porción del crédito concedido por la banca universal se dirige a las mismas pequeñas empresas atendidas por los bancos microfinancieros y de desarrollo, y que sin disponibilidades suficientes los bancos universales no pueden cumplir la cartera de crédito obligatoria a las pequeñas empresas impuesta por la Ley de Crédito para el Sector Manufacturero²⁶.
 - ii. Desconoce, asimismo, que *la actividad empresarial es una* y que, por causa de ello, las pequeñas empresas confrontarán obstáculos de muy difícil superación si las grandes industrias que surten a aquellas no tienen acceso al crédito bancario.
 - iii. Desconoce, finalmente, que todos tienen derecho a los servicios financieros prestados por la banca, y que la Resolución, al negarle el acceso a esos servicios a los clientes de los bancos universales, produce una odiosa discriminación, contraria a la letra del artículo 21 de la Constitución.

§61. La verdad sea dicha, para lo que ha servido la Resolución es para negarle a la banca la función que le es propia -i.e., consustancial-, pues como *intermediario en el crédito* está llamado a arbitrar los recursos de sus depositarios y las necesidades crediticias de los tomadores de fondos.

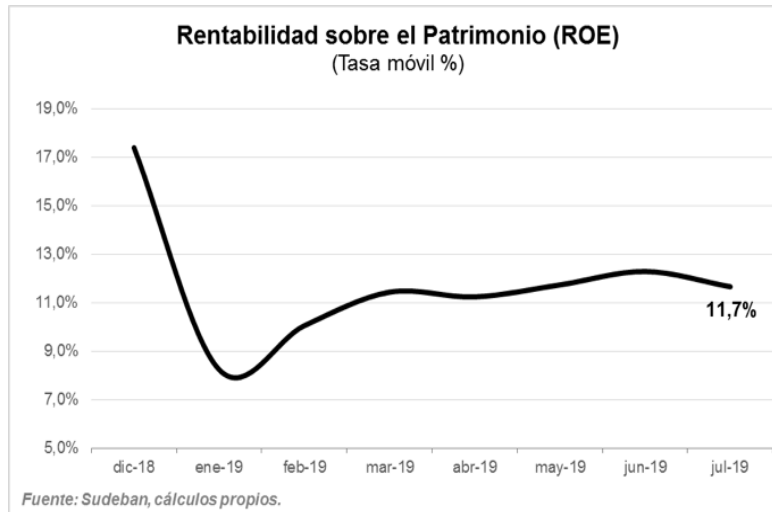
C. *Tercera limitación legal: el deber de garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido*

§62. Establece el artículo 2° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario²⁷ que esa ley fue aprobada con el objeto, *inter alia*, de «...*garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido...*» y, por tanto, capaz de contribuir «...al desarrollo económico-social nacional...».

§63. Contrariando el objetivo declarado y perseguido por el Estado, la *falta de liquidez* y la *menor intermediación financiera* causada por la implementación de la Resolución ha deteriorado gravemente la rentabilidad financiera (*Return on Equity*) de las instituciones bancarias que integran el sistema:

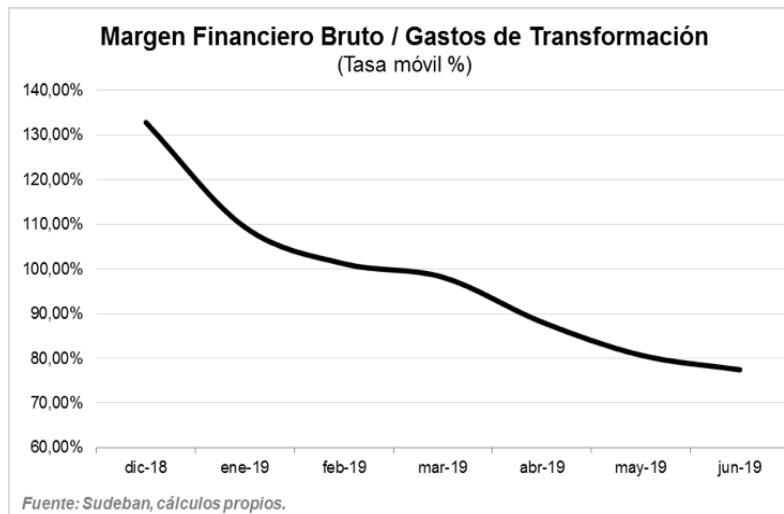
²⁶ *Gaceta Oficial de la República* N° 39.904, del 17 de abril de 2012.

²⁷ *Gaceta Oficial de la República* N° 40.557, del 8 de diciembre de 2014.



§64. En el contexto en el que se desempeña la banca, La Resolución *impide*, pues, *que el patrimonio de la banca crezca orgánicamente a un ritmo similar al de la inflación*. Lo impide a pesar que el patrimonio de la banca, integrado como está por activos monetarios principalmente, es particularmente vulnerable a la hiperinflación que azota al país.

§65. Sin rendimientos suficientes para salvaguardar la solidez del sistema, porque la Resolución le impide a la banca desempeñar su rol de intermediación financiera, la banca debe, no obstante, enfrentar gastos siempre crecientes. Lo acredita la siguiente gráfica representativa del Margen Financiero Bruto sobre los Gastos de Transformación del Sistema:



§66. De esta manera los ingresos de la banca, *negativos en términos reales*, se están viendo erosionados ulteriormente por gastos que crecen a la par de (i) la inflación y (ii) la devaluación de nuestro signo monetario.

§67. En resumen, la data demuestra que la Resolución *no es medida idónea* para asegurar la solidez del sistema bancario.

D. *Cuarta limitación legal: el deber de promover el correcto desempeño de la actividad financiera*

§68. Ya hemos destacado que, producto de la Resolución, la banca se ha visto en la *imposibilidad de obrar* como intermediaria financiera. Lo acredita el hecho de que la cartera de créditos del sistema es *inferior* al patrimonio del sistema.

§69. La Resolución también ha contribuido a *deteriorar los márgenes de solvencia* de las instituciones bancaria.

§70. Sentadas esas premisas, salta a la vista que los gravosos efectos de la Resolución *no pueden ser conciliados* con el deber que atañe al Banco Central de Venezuela de promover el correcto desempeño de la actividad financiera.

§71. En propósito ha de tenerse presente, citamos aquí lo decidido por el Tribunal Supremo de Justicia, que el encaje legal

«...consiste en la facultad que tiene el Banco Central de Venezuela de adoptar medidas que permitan regular la liquidez del sistema, *con el fin de promover el correcto desempeño de la actividad financiera* y la protección de los usuarios en su condición de depositantes»²⁸.

§72. Dada la *incompatibilidad* entre la Resolución y la *finalidad* que justificó la asignación de la potestad de regulación asignada al Banco Central de Venezuela, no hay duda –no puede haberla– de la nulidad absoluta que aqueja la regulación del encaje, que solo ha servido para promover el *incorrecto e inconveniente* desempeño de la actividad financiera.

3. *Recapitulación*

§73. Todos y cada uno de los objetivos, propósitos o finalidades mencionados con anterioridad –contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional, promover la adecuada liquidez del sistema financiero, garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido y promover el correcto desempeño de la actividad financiera– son objetivos, propósitos o finalidades *preceptivos* y, por ende, de *obligatorio acatamiento*.

§74. El procedimiento administrativo de consulta legalmente previsto –el que el Directorio nunca abrió y sustanció– debió haber servido para ponderar y conciliar todos y cada uno de esos objetivos, propósitos o finalidades.

§75. Al ejercer la potestad para regular el encaje legal *al margen de* lo dispuesto por los artículos 5° y 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela y 2° de la Ley de Instituciones del Sector Financiero, así como de lo decidido por el más alto Tribunal de la República, el Directorio *distorsionó* el alcance de los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Habida consideración de esa circunstancia, invocamos aquí la decisión de nuestro más alto Tribunal conforme a la cual

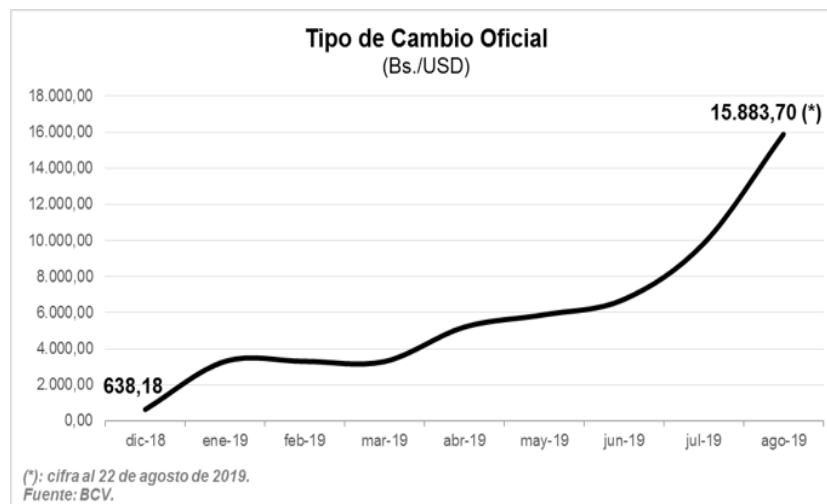
«...constituye ilegalidad el que los *órganos administrativos... distorsionen...el debido alcance de las disposiciones legales...*»²⁹

²⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1,178, de fecha 13 de agosto de 2009, asunto *Alfredo Travieso Passios*, y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 794, del 27 de mayo de 2011, asunto *Ana Ysabel Hernández et al.*

§76. En sentido coincidente, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por Venezuela establece que:

- a. Por causa del principio de proporcionalidad, las decisiones administrativas deben *ade cuarse al fin previsto en el ordenamiento jurídico y dictarse previa ponderación de los diferentes intereses en juego*, para evitar limitar los derechos de los particulares a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido (artículo 16); y,
- b. En virtud del principio de ejercicio normativo del Poder Público, las potestades deben ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, quedando terminantemente *prohibido el abuso o exceso de poder para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales*, por más loables que puedan ser tales objetivos (artículo 17)³⁰.

§77. Pero a todos los reparos formulados con anterioridad cabe agregar uno más: la data demuestra que la medida sobre el encaje *tampoco ha servido para preservar el valor externo de la moneda*. Para constatarlo basta analizar el gráfico sobre la paridad cambiaria que reproducimos a continuación:



²⁹ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de junio de 1988, asunto *Gobernación del Distrito Federal*, en *Revista de Derecho Público* N° 35, julio-septiembre 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 97.

³⁰ El texto completo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013, puede ser consultado en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 60, octubre 2014, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 2014, pp. 193 y ss., y en el portal del CLAD: www.clad.org. El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) fue creado en 1972 por iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela, y su sede se encuentra en Caracas, según la Ley aprobatoria del Acuerdo de sede entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (*Gaceta Oficial de la República* N° 2.718 Extraordinario, del 30 de diciembre de 1980).

§78. El Banco Central de Venezuela se halla en el deber de remediar las graves infracciones a los preceptos de ley mencionadas a lo largo de este Capítulo, modificando la *regulación disfuncional* contenida en la Resolución.

§79. Y al hacerlo, el Directorio debe tener presente que *los costos de las medidas de política monetaria no pueden serle trasladados a la banca*.

§80. Dicho en otras palabras, el Banco Central de Venezuela no puede abstenerse de (i) realizar operaciones de mercado abierto u otras operaciones de ley para influir sobre las reservas bancarias o revisar la regulación de las tasas de interés, o cualquier combinación de instrumentos para cuya aplicación esté facultado por ley, para en su lugar (ii) imponer *un encaje legal mínimo asfixiante*, so pretexto de que el encaje, a diferencia de las otras dos medidas mencionadas por nosotros, nada le cuestan a aquél. Los ahorros no constituyen una finalidad (lícita) que pueda justificar la regulación del encaje contenida en la Resolución.

V. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN CON LA NATURALEZA DE UNA ACTIVIDAD, LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, QUE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO CALIFICA COMO SERVICIO PÚBLICO

§81. El encaje legal mínimo, instrumento diseñado para regular o controlar los excesos de liquidez, ha sido empleado para privar a la banca de la liquidez sin la cual no puede obrar como intermediario financiero y, consecuentemente, para congelar o paralizar el crédito bancario.

§82. En propósito, ha de tenerse presente:

- a. Que la Ley de Instituciones del Sector Bancario califica la intermediación bancaria como *servicio público*³¹.

Mereció esa calificación porque el Legislador venezolano consideró que la actividad de intermediación bancaria resultaba *necesaria para la vida nacional*³² y era, por tanto, *de interés general*³³.

- b. Que una de las características (*ex rerum natura*) del servicio público es su *continuidad*.

Una continuidad que supone, *ex rerum natura*, el *financiamiento regular* de las actividades de la clientela bancaria, y que demanda, en última instancia, que no se ponga a riesgo la *viabilidad económica* de las empresas llamadas a prestar el servicio.

§83. Pues bien, el *irrazonable* encaje sobre el Saldo Marginal *compromete la continuidad* de la actividad –de servicio público– prestada por la banca, porque compromete seriamente su capacidad para (i) seguir financiando a sus clientes sin interrupciones y (ii) generar ingresos (suficientes) que le permitan preservar el valor de su patrimonio para así asegurar la viabilidad financiera de la empresa prestataria de la actividad.

³¹ De acuerdo con el encabezamiento del artículo 8° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, «las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley *constituyen un servicio público...*». Un servicio público *sui generis*, (i) porque está sometido a las reglas de la libre competencia y (ii) porque se trata de una actividad mercantil y, consecuentemente, lucrativa por definición.

³² Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, Aguilar SA de Ediciones, Madrid, 1980, p. 691.

³³ Waline, Jean, *Droit Administratif*, 25^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2014, p. 378.

§84. A la luz de las circunstancias expuestas con anterioridad, el Banco Central de Venezuela debe revisar el texto de su *ilegal* Resolución y sustituirla por otra que no comprometa –i.e., que no ponga a riesgo– la continuidad de la actividad prestada por la banca.

VI. LA DISFUNCIONAL REGULACIÓN DEL ENCAJE LEGAL Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RACIONALIDAD O RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

§85. El principio constitucional de racionalidad –también conocido como principio constitucional de razonabilidad en el ejercicio del Poder Público– le impone al Estado el deber de ejercer las potestades que el ordenamiento le asigna *conforme a la razón*. Así, en su quehacer ordenado, el Estado debe obrar con *rectitud y justicia*³⁴. Precisamente por ello nuestros tribunales le han reconocido carácter constitucional al *principio de interdicción de la arbitrariedad*, que prohíbe las actuaciones abusivas.

§86. La justicia venezolana ha dejado sentado que constituye *arbitrariedad*, porque violenta el principio constitucional de racionalidad³⁵:

a. Primero, la *contradicción interna* del acto.

Ya hemos argumentado que la Resolución es, en sí misma, contradictoria, pues tras determinar que el encaje legal de los bancos microfinancieros y de desarrollo que cumplan con el índice de intermediación previsto por el artículo 16 de la Resolución debe ser del veinte por ciento (20%) sobre la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas y el Saldo Marginal, porque ese encaje los dota de *adecuada liquidez*, determinó también, contradictoriamente, que el encaje legal mínimo impuesto a la banca universal, cada vez más próximo al cien por ciento (100%) de sus depósitos y captaciones, porque la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas ha perdido entidad, dota a estos por igual de la *adecuada liquidez* exigida por la ley.

Las *premisas* sobre las cuales descansan esas dos regulaciones dispares son, no hay duda, *irreconciliables*.

b. Segundo, la *contradicción entre el acto y la naturaleza de la institución* regulada.

Ya hemos argumentado suficientemente que la Resolución contradice abiertamente la naturaleza de la institución del encaje, pues *en lugar de controlar la liquidez del sistema financiero, deniega al sistema bancario la liquidez que este necesita* para intermediar en el crédito.

³⁴ En nuestro ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto preeminente de los derechos humanos constituyen valores superiores del ordenamiento y, por tanto, constituyen a un mismo tiempo fundamento y fin del ordenamiento jurídico, esencia de todo el sistema normativo (Parejo Alfonso, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131; y, Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 18 y 19, citados en Muci Borjas, José Antonio, *La “excepción de ilegalidad” en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 29-30.

³⁵ Consúltese, *mutatis mutandis*, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 137, del 3 de marzo de 2015, asunto *Alcaldía del Municipio Chaguaramas*.

- c. Tercero, la *falta de coherencia de la actuación estatal*, porque los fines no se compadecen con los medios o la técnica legal empleados.

Ya hemos argumentado que la Resolución es *incoherente*, porque el medio empleado -aludimos a la imposición de un encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal- no se compadece con objetivos, propósitos o finalidades previstos en la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley de Instituciones del Sector Bancario y la jurisprudencia venezolana.

A lo dicho valdría la pena agregar una reflexión complementaria: la Resolución -y los gravosos costos y grandes desequilibrios causados por ella- *no es medida idónea para alcanzar y -mantener en el tiempo- los objetivos de política monetaria* que parecieran haber determinado su aprobación.

- d. Cuarto, la *falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos*, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza.

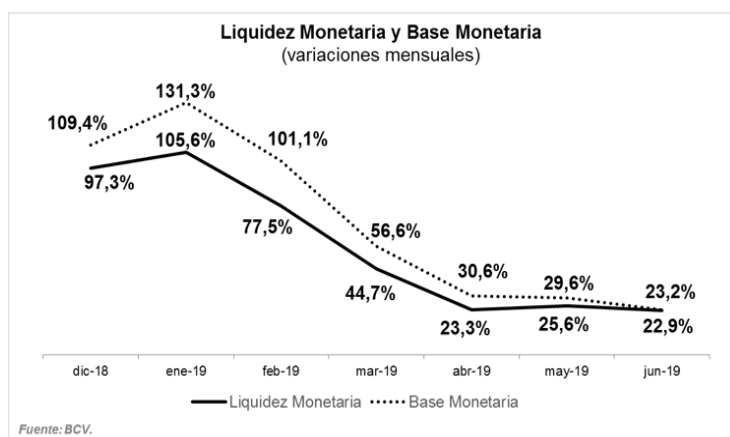
Ya hemos argumentado que *no existe proporción* entre los medios empleados (la imposición, *i.e.*, de un encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal) y los fines que pueden -y deben- ser perseguidos por el Banco Central de Venezuela al momento de ejercer la facultad (a saber, el *control* o regulación de la liquidez a niveles sostenibles).

Dicho esto, resta por subrayar que por causa del principio de racionalidad las medidas estatales deben ser -siempre- proporcionadas (artículos 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

§87. Pero volvamos sobre la falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos, cuando esa falta de proporción implica *un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza*. Volvamos sobre ella, decíamos, porque interesa subrayar aquí:

- a. Primero, que (i) la falta de liquidez creada por la medida de encaje se ha producido en momentos en los que (ii) el Banco Central de Venezuela ha continuado expandiendo la masa monetaria a través de la emisión de dinero primario, con el objeto de financiar a las Empresas no financieras del Estado. La proximidad entre las tasas de variación de ambas magnitudes que la gráfica muestra da cuenta de la inédita reducción en el multiplicador monetario como consecuencia de la acumulación de reservas bancarias, en la forma de encaje, con relación a sus depósitos (*i.e.*, como consecuencia de la reducción del crédito relativa a las captaciones de la banca).

Así lo acredita el gráfico representativo de la Liquidez Monetaria y de la Base Monetaria que reproducimos a continuación:



- b. Habida consideración de esa circunstancia, la medida sobre el encaje legal, entendido como medio conducente a la obtención de un fin (drenaje de liquidez), se revela *disfuncional* y, por lo tanto, *desproporcionada*, pues la expansión de la masa monetaria con dinero primario que luego termina siendo depositado en el sistema bancario, y que, ocurrido esto último, debe ser drenado en un ciclo interminable, colide con la Resolución, porque *anula el propósito* de su muy gravosa regulación y traslada todos los costos de la política monetaria del Banco Central de Venezuela a la banca y a la economía del país. Todo ello a expensas del derecho a la *libertad económica* que la Constitución reconoce a las instituciones bancarias.

§88. Recapitulando, la contradictoria conducta del Banco Central de Venezuela no puede ser conciliada con el *principio constitucional de racionalidad* en el ejercicio del Poder Público.

VII. LA EXPROPIACIÓN *DE FACTO* DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA ILEGÍTIMA ANULACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA QUE LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA A LAS INSTITUCIONES BANCARIAS

1. *La Resolución como expropiación de facto*

§89. La Resolución es medida normativa que produce efectos equivalentes a los de una expropiación, porque congela las disponibilidades de la banca y, al hacerlo, limita irrazonablemente el ejercicio de la libertad económica de las instituciones bancarias. La limita o restringe, decíamos, porque impone condicionamientos graves e indebidos:

- a. A el empleo de los activos de las instituciones bancarias, violentando el *derecho de propiedad* garantizado por el artículo 99 de la Constitución³⁶;

³⁶ El artículo 115 de la Constitución reza textualmente así: «*se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.*»

- b. A el ejercicio de la *libertad económica* garantizada por el artículo 112 *eiusdem*³⁷, porque le niega a la banca su función de intermediación en el crédito; y,
- c. El artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que la Administración Pública tiene como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos –y *no negar*, como ha ocurrido en el caso de la especie– los principios, valores y normas constitucionales, y, de manera muy particular, garantizar –y *no negar*, como ha ocurrido en el caso de la especie– el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.

§90. En propósito, cabe citar aquí lo decidido por nuestro más alto Tribunal, para el cual el poder para limitar la propiedad privada -y otro tanto cabe decir respecto de la libertad económica-

«... tiene un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en qué consisten las restricciones antes citadas, pueden *afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad* y constituir para el propietario *no una limitación razonable, sino un intolerable sacrificio* del interés individual al colectivo, cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización»³⁸.

§91. En el fallo judicial citado nuestro más alto Tribunal agregó que

«la garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, es decir, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino, también, cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra un daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos».

§92. La última de las citas jurisprudenciales reproduce, *mutatis mutandis*, el artículo 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, a tenor del cual

«habrá lugar a la indemnización cuando a los propietarios se les prive de una utilidad debidamente comprobada, resultaren gravados con una servidumbre o sufran un daño permanente que se derive de la pérdida o de la disminución de sus derechos.»³⁹

³⁷ Establece el artículo 112 que «todas las personas pueden dedicarse *libremente* a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la *libertad de trabajo, empresa, comercio, industria*, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.»

³⁸ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de junio de 1980, asunto *C.A. Cauchos General*, *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, N° 108, Volumen I, Caracas, 1980, pp. 536-552. En sentido coincidente cabe invocar aquí, *mutatis mutandis*, Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia del 11 de febrero de 1993, asunto *Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda*, *Revista de Derecho Público* N° 53-54, enero-junio 1993, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 398-401. Sobre el particular puede también consultarse Muci Borjas, José Antonio, “Las carteras de crédito obligatorias: *Excursus* sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, *op. cit.*, pp. 465-496, posteriormente actualizado y publicado en *Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros*, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro (Brasil), 2011, pp. 593-620.

³⁹ *Gaceta Oficial de la República* N° 37.475, del 1 de julio de 2002.

§93. Como bien ha destacado la doctrina comparada, la garantía del derecho de propiedad y de la libertad económica de nada servirían si el Estado pudiese anular sus distintos atributos por partes, con total *impunidad*.

§94. Si la autoridad «...pudiese deshojar el derecho de propiedad [y los derechos constitucionales], como si se tratase de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro y de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa[ría] la norma constitucional...» que asegura la titularidad y ejercicio de los derechos⁴⁰. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana⁴¹.

2. *La Resolución y los límites impuestos por los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*

§95. La *restricción de efectos equivalentes a los de una expropiación* causada por la Resolución también puede ser analizada a la luz de los Tratados para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela.

§96. Cabe citar aquí, *e.g.*, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones (en lo adelante, por causa de brevedad, el “**Acuerdo Internacional**”)⁴². De acuerdo con el artículo VII, numeral (1) del Acuerdo Internacional,

«las inversiones y ganancias de los inversores de una de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a *medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación* (en lo adelante “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto para un fin público, conforme al *debido proceso de ley*, de manera no discriminatoria y mediante una *compensación pronta, adecuada y efectiva*».

§97. Del Acuerdo Internacional también es digno de mención el artículo X, que trata las Inversiones en Servicios Financieros, y que autoriza a los países signatarios para adoptar *medidas razonables* por razones prudenciales siempre y cuando tengan por objeto:

- a. Mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras. Léase bien: *mantener la solidez, no atentar contra ella*.
- b. Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante. Léase bien: *asegurar la integridad y estabilidad del sistema, no atentar contra ellas*.

§98. Pues bien, las *restricciones irrazonables* impuestas por la Resolución *no pueden ser conciliadas* con el Acuerdo Internacional porque constituyen una *expropiación velada* –*i.e.*, una expropiación *de facto* sin compensación– de derechos de contenido y valor económico. Un acuerdo, de más está decirlo, que debe ser honrado por la República en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

⁴⁰ Crapanzano, Alessandro y Crapanzano, Andrea, “Le espropriazioni per causa di pubblica utilità”, en *Rivista L'Amministrazione Italiana*, N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221.

⁴¹ *Vid.* Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de agosto de 1994, asunto *José Muci-Abraham*.

⁴² *Gaceta Oficial de la República* Extraordinaria N° 5.207, del 20 de enero de 1998. Consúltese Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, *Revista de Derecho Público* N° 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7-33.

§99. Cabe citar también el Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección de Inversiones⁴³, cuyo artículo IV establece que «cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las Inversiones realizadas por inversores de las otra Parte Contratante» (numeral 1°), agregando a renglón seguido que «este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier Estado» (numeral 2°)⁴⁴.

3. *La Resolución y el derecho a la igualdad ante la ley*

§100. En virtud del derecho a la igualdad ante la ley consagrado por el artículo 21 de la Constitución⁴⁵, las reflexiones realizadas con anterioridad pueden en realidad ser invocadas por cualquier institución del sistema bancario, independientemente de la nacionalidad de sus inversores.

§101. Ciertamente, *la nacionalidad de los inversores no constituye causa válida* para dispensarle a las instituciones financieras de capital venezolano un trato dispar que (i) atente contra solidez o (ii) conspire contra su integridad y estabilidad, como parte integrante que son del sistema financiero venezolano.

4. *Recapitulación*

§102. Una medida de política monetaria *expropiatoria* como la Resolución, irrespetuosa de (i) el contenido esencial del derecho constitucional de propiedad privada y de la libertad económica, y (ii) de los límites impuestos por el *principio de racionalidad*, porque atenta contra la solidez e integridad de las instituciones financieras y pone a riesgo la integridad y estabilidad del sistema financiero, es contraria a Derecho.

⁴³ *Gaceta Oficial de la República* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997. Consúltese Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, *Revista de Derecho Público* N° 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7-33.

⁴⁴ Parafraseando a Salomoni, estos Tratados, bilaterales en cuanto a su forma, son o terminan siendo multilaterales en cuanto a sus efectos, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) o del inversionista más favorecido que cada uno de ellos contiene, terminan conformando una verdadera red, un ordenamiento, un sistema, cuyas previsiones son generales y homogéneas para todos los inversionistas extranjeros protegidos (Salomoni, Jorge Luis, “Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino”, *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 981; y, Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 117).

⁴⁵ Establece el artículo 21 que «todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. 3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas. 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.»

VIII. BREVÍSIMA REFERENCIA A LOS REMEDIOS (JUDICIALES Y ARBITRALES) CONTRA LA RESOLUCIÓN

Aunque este punto no fue sometido a nuestro reparo, habida consideración de los *vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad* que comportan la *nulidad absoluta e insanable* de la Resolución y comprometen la responsabilidad tanto del Banco Central de Venezuela como de su Directorio, antes de finalizar luce pertinente mencionar que contra la Resolución los particulares afectados pueden formular las reclamaciones que se mencionan a continuación.

1. *Solicitudes y recursos en el ámbito interno*

De conformidad con nuestro Derecho interno, las instituciones afectadas pueden proponer:

- a. Solicitud administrativa *ex-artículo 51* de la Constitución⁴⁶, exigiendo su derogación y sustitución por un nuevo régimen respetuoso -esta vez sí- de la ley y el Derecho; o,
- b. Recurso contencioso-administrativo de anulación *ex-artículo 259 eiusdem*⁴⁷, demandando la nulidad de la Resolución y, complementariamente, el pago de los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (en responsabilidad, *i.e.*, del Banco Central de Venezuela).

Por lo que respecta a la reclamación por daños y perjuicios han de tenerse presentes dos normas más a saber:

- i. Primero, el artículo 140 de la Constitución, que dispone que *el Estado venezolano se halla obligado a responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares* en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea *imputable al funcionamiento de la Administración Pública*; y,
- ii. Segundo, el artículo 25 *eiusdem*, que establece que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley *es nulo*.

2. *Reclamaciones en el ámbito internacional*

§105. Alternativamente, habida consideración del efecto agregado producido por esta y otras medidas estatales, los inversionistas internacionales pueden optar por formular su reclamación de conformidad con el Tratado Bilateral de Inversión (BIT) que ampare su inversión en una cualquiera de las instituciones financieras gravadas por la medida de encaje.

⁴⁶ Establece el artículo 51 que «toda persona tiene el *derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad*, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de *obtener oportuna y adecuada respuesta*. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.»

⁴⁷ El artículo 259 dispone que «la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para *anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho*, incluso por desviación de poder; *condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración*; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.»

§106. Cabría invocar aquí una vez más los artículos VII (numeral 1°) y XII (numeral 4°) del Acuerdo Internacional, a tenor de los cuales:

- a. Primero, las inversiones de los inversores pueden ser nacionalizadas, expropiadas o sujetas a *medidas de efecto equivalente* a la nacionalización o a la expropiación, excepto para un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva; y,
- b. La reclamación derivada de una expropiación o de una medida de efecto equivalente a una expropiación puede ser resuelta mediante arbitraje internacional sustanciado (i) ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de CIADI); (ii) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), si Venezuela o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, son parte de la Convención CIADI; o, finalmente, (iii) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴⁸.

IX. CONCLUSIONES

§107. Las ideas y conclusiones expuestas a lo largo de los capítulos que anteceden podrían ser resumidas así:

⁴⁸ También cabría mencionar aquí el artículo XI del Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (*Gaceta Oficial de la República* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997), que dispone textualmente lo siguiente: «1.- Toda controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las obligaciones establecidas en el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una Información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las Partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2.- Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a la elección del inversor: a.- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o b.- Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido al citado Convenio, se recurrirá al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría de C.I.A.D.I.); 3.- Si por cualquier motivo no estuvieran disponibles las instancias arbitrales contempladas en el Punto 2.b. de este Artículo, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; 4.- El arbitraje se basará en: a.- las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes; b.- las reglas y principios de Derecho Internacional. c.- el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley. 5.- El laudo arbitral se limitará a determinar si existe incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el presente Acuerdo, si tal incumplimiento de obligaciones a causa daño al inversor de la otra Parte Contratante, y, en tal caso, a fijar el monto de la compensación. 6.- Las sentencias de arbitraje serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.»

- a. La Resolución no estuvo precedida del *debido proceso* normativo exigido por los artículos 49 de la Constitución, que demanda la tramitación de un procedimiento previo para todas las actuaciones administrativas, y 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴⁹.
- b. La infracción del artículo 49 de la Constitución comportó la violación de los artículos 141 *eiusdem* y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, normas de orden público que le imponen al Directorio del Banco Central de Venezuela el deber de obrar con *transparencia* y *rendir cuentas* de su actuación.
- c. La inexistencia de procedimiento previo conllevó la infracción del artículo 62 de la Constitución, que garantiza el *derecho a la participación* en los asuntos públicos.
- d. Los defectos de forma mencionados en los literales que antecede comportan la nulidad de la Resolución, por su defectuosa motivación.
- e. La Resolución se funda en una lectura e *interpretación “des-integrada”* de los artículos 21 (numeral 2º), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela en vigor, que ilegalmente ignora o desatiende los límites sustantivos al ejercicio del poder para determinar el encaje legal establecidos por (i) el artículo 5º *eiusdem* (deber de contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional); (ii) los artículos 7º (numeral 4º) y 21 (numeral 1º) *eiusdem* (deber de promover la adecuada liquidez del sistema financiero); (iii) el artículo 2º de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (deber de garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido); y, (iv) la jurisprudencia venezolana (deber de promover el correcto desempeño de la actividad financiera).
- f. La Resolución viola el *principio constitucional de racionalidad*, porque contiene una regulación manifiestamente disfuncional.
- g. La Resolución es ilegal, porque resulta incompatible con la naturaleza de una actividad (la intermediación financiera) que debe ser prestada con regularidad, porque el artículo 8º de la ley de instituciones del sector financiero califica como *servicio público*.
- h. La regulación contenida en la Resolución implica una expropiación *de facto*, porque lesiona gravemente atributos esenciales de los derechos de propiedad privada y de la libertad económica garantizados por los artículos 115 y 112 de la Constitución –porque anula, *rectius*, tales atributos–.
- i. La aprobación –y vigencia inalterada a lo largo de meses– del *confiscatorio encaje legal* sobre el Saldo Marginal, compromete la *responsabilidad* del Banco Central de Venezuela, *ex-artículo* 140 de la Constitución, que impone al Estado el deber de responder patrimonialmente por los daños que irroge a los bienes y derechos de los particulares.

⁴⁹ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.