TESIS
IF2001
A7
AAQ2003

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST-GRADO
ESPECIALIZACIÓN EN INSTITUCIONES FINANCIERAS

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LAS PRINCIPALES NORMAS ESTABLECIDAS EN LA LEY GENERAL DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y SU PROYECTO DE REFORMA PARCIAL

Argüello Villafañe Aura Marina.
C.I. N°: V-6.977.943

Caracas, Julio, 2001

Tutor: José Requena Unda

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POST-GRADO
ESPECIALIZACIÓN EN INSTITUCIONES FINANCIERAS

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LAS PRINCIPALES NORMAS ESTABLECIDAS EN LA LEY GENERAL DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y SU PROYECTO DE REFORMA PARCIAL

Trabajo Especial de Grado presentado como requisito para optar al Título de Especialista en Instituciones Financieras

Argüello Villafañe Aura Marina.
C.I. N°: V-6.977.943

Caracas, Julio, 2001

RECONOCIMIENTO

Dedico estas líneas para agradecer a todas las personas que colaboraron conmigo en la realización de este trabajo, y sin cuyo apoyo su finalización se hubiese convertido en una tarea, por demás difícil; al Profesor Requena, en quien deposité toda mi confianza y la retribuyó con su acertado asesoramiento en la búsqueda del tema que debía desarrollar para el trabajo; a Stuart Abdul-Hadi, quien con su paciencia y sus conocimientos me facilitó el camino en la búsqueda, por lo demás complicada de material referente al tema en la internet; a mi madre quien con su dedicación y apoyo permitió que las noches de trasnocho y preocupación se hicieran mas llevaderas; y a Dios que en todo momento me inspiró y a quien siempre sentí muy cerca llevando por buen caminos mis pasos al andar; a todos ellos mis mas sinceros agradecimientos por acompañarme en este camino que me trace recorrer, alentándome a seguir adelante, sin perder la calma.

Muchas Gracias.

Aura Marina Argüello

INDICE GENERAL

pp.

RECONOCIMIENTO iii
INDICE GENERAL..... iv
INTRODUCCIÓN..... 5
CAPITULO I. 7
ASPECTOS GENERALES 7
CAPITULO II 9
PRINCIPALES CAMBIOS Y MODIFICACIONES 9
2.1 Capital / Patrimonio 9
2.2 Inhabilidades (Promotores, accionistas principales, administradores) :..... 12
2.3 Cuenta Corriente 15
2.4 Fideicomiso 17
2.5 Servicios bancarios en línea 21
2.6 Grupos financieros. Empresas relacionadas. Influencia significativa 23
2.7 Límites y prohibiciones (tanto generales como por tipo de institución) 26
2.8 Aporte económico a la Superintendencia 33
2.9 Medidas preventivas frente a pérdidas de capital 34
2.10 Sanciones / Delitos 35
CAPITULO III 41
CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES..... 41
ABREVIATURAS 45
BIBLIOGRAFÍA 46

INTRODUCCIÓN

Después de la promulgación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (LGBOIF), publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No.3.228 de fecha 28 de Octubre de 1993, las Instituciones financieras sujetos de su campo de aplicación, se percataron de que la mencionada Ley adolecía de vacíos legales que, si bien en su momento, no impidieron que el sistema financiero saliera airoso de la situación coyuntural a la que estaba inmerso, si permitió que se creara la necesidad de reformar y completar su contenido.

En base a este precedente, en el marco de la Ley Habilitante dictada por la Asamblea Nacional y con fundamento a lo establecido en los artículos 203 y 236 (ordinal 8°) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el Ejecutivo Nacional ha redactado el llamado Decreto con Rango y Fuerza de Ley de la Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, con la firme intención de, por una parte subsanar los vacíos legales encontrados en la vigente ley y por la otra reforzar las normas referentes a los aspectos que no se habían considerado y que se habían constituido en un grave problema en la interpretación de las normas hasta ahora existentes.

En términos generales, el proyecto está estructurado siguiendo el esquema expositivo que refleja la vigente Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (LGBOIF). Sin embargo, se observan modificaciones importantes que reflejan las experiencias recogidas y los sucesos ocurridos durante la crisis del año 1994, sumándose a todo esto las modificaciones que se desprenden de la refundición de dicho texto con la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo (LSNAP) y con la Ley de Regulación Financiera (LRF). Es importante destacar que el proyecto de la Ley en referencia, adicionalmente responde de manera positiva al marco

constitucional e institucional pues es indispensable que así sea ya que esto determina la conformidad de los cambios planteados con el orden jurídico vigente.

Tomando como base ese proyecto y con el único objetivo de resaltar los aspectos más importantes, se impone la necesidad de realizar un análisis comparativo entre la actual Ley General de Bancos y el mencionado anteproyecto. Para ello, se empezará por hacer referencia a las directrices que guían la estructura del anteproyecto para luego entrar de una manera mas extensa a revisar las principales modificaciones y comparar su ámbito de aplicación, para concluir con algunas opiniones y recomendaciones que se consideran convenientes evaluar antes de promulgar la modificación esperada.

CAPITULO I
ASPECTOS GENERALES

Cuando se analiza el proyecto de Ley, lo primero que se observa es que el proyecto responde ineludiblemente a los principios de orden económico general, que actualmente se encuentran previstos en el artículo 299 de la (CRBV), (democracia, protección del ambiente, solidaridad, eficiencia, libre competencia, productividad) a diferencia de lo establecido en la Constitución del año 1961 la cual hacía alusión en su artículo 95, a principios de justicia social .

Bajo la orientación de estos principios, el Estado Venezolano, asume el compromiso, de manera conjunta con la iniciativa privada, de promover el desarrollo armónico de la economía nacional, garantizando la seguridad jurídica, lo cual permitirá alcanzar un crecimiento económico que se caracterice por ser sólido, dinámico, que se sustente, en el que exista equidad y garantice su permanencia. Adicionalmente podemos resaltar la diferencia de este proyecto con la Ley de Bancos actualmente vigente ya que a diferencia de la actual Ley, este proyecto cuenta hoy con el régimen de garantías establecido en la Constitución, situación ésta que difiere del marco de garantías existente para la fecha de la promulgación de la actual Ley.

Es importante destacar que el Proyecto de Ley, continua hablando, al igual que la Ley actual de controles mediante verbos tales como "inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control" y a diferencia de la Ley actual, en el Proyecto de Ley propuesto, no se hace referencia a "inversiones" como parte de la noción de intermediación. Sin embargo, el esquema general del resto del Proyecto asume a las inversiones como elemento natural de la intermediación, pues al igual que la ley hoy vigente, se contemplan otras disposiciones en las cuales se regulan la inversiones como parte de esta actividad.

Bien vale destacar que la exclusión de las inversiones del concepto o la noción de intermediación, conduciría en definitiva a imprimir variaciones substancialmente negativas en la expresión de los resultados de los Bancos e Instituciones Financieras, específicamente en cuanto al cómputo y asiento contable de las inversiones en títulos y valores dentro del margen de intermediación, lo cual contribuiría a generar imágenes distorsionadas en cuanto a las verdaderas magnitudes de dicho margen, en la medida en que solo se incluyeran para su cálculo las operaciones activas limitadas exclusivamente al otorgamiento de créditos o financiamientos.

En relación a la realización de inversiones en títulos valores, se introduce directamente a nivel legal, una limitación que simplemente encarece la operatividad del sector y la realización de tales inversiones, pues se obliga a mantener tales títulos en custodia o fideicomisos en otros Bancos comercial o Universal domiciliado en el país y ajeno al Grupo Financiero de la institución que realiza la inversión, mientras que en los títulos desmaterializados la obligación se impone en el sentido de mantenerlos depositados en el BCV.

CAPITULO II
PRINCIPALES CAMBIOS Y MODIFICACIONES

A los efectos de formular los comentarios y observaciones generales que merece el Proyecto, se tratará en lo posible de mantener el mismo esquema expositivo que asume el texto legal, procurando un tratamiento en función de los distintos *aspectos* o *temas* que merecen comentario, y adoptando eventualmente algunas clasificaciones especiales que responden básicamente al marco institucional recién descrito.

Frente a lo extenso del proyecto presentado, se ha escogido plasmar en este trabajo los aspectos que se refieren a áreas o ámbitos que han sido considerados vitales y donde definitivamente se introdujeron cambios que de ser aprobados modificaran de manera sustancial el tratamiento dado a los Bancos e Instituciones Financieras regidas por la Ley así como a las operaciones activas limitadas exclusivamente al otorgamiento de créditos o financiamientos.

2.1 Capital / Patrimonio:

El numeral 3 del artículo 11 del proyecto, presenta una redacción que se presta a confusión, pues en él se expresa que para la obtención de la autorización de funcionamiento, la institución deberá contar con un *capital totalmente pagado en efectivo*, mientras que, por una parte, el numeral 5 del artículo 7, y el artículo 15 del mencionado Proyecto siguen aludiendo a la necesidad de señalar el *porcentaje* de capital que se pagará al momento de iniciar operaciones. Por otra parte, cada vez que la Ley alude al capital mínimo de los distintos tipos de entidades, no sólo omite toda referencia a la expresión *totalmente* a los fines del pago del capital, sino que adicionalmente, por lo que respecta a la forma de pago, también alude –además del *efectivo*- a la *capitalización de resultados acumulados* disponibles para tal fin.

Una de las mayores novedades del Proyecto en este aspecto, consiste en la adopción de la modalidad de *Unidades Tributarias* para fijar el capital mínimo de cada uno de los distintos tipos de bancos e instituciones financieras, ajustable dentro de los noventa (90) días siguientes a aquel en que se produzca el ajuste del monto de esta unidad por parte de la Administración Tributaria, lo cual introduce distorsiones substanciales en el ejercicio de esta actividad. En efecto:

De conformidad con el artículo 229 del Código Orgánico Tributario vigente, la unidad tributaria debe ser ajustada anualmente por la Administración Tributaria, atendiendo a los índices de inflación para el Área Metropolitana de Caracas (Distrito Capital) que publique el BCV.

El ajuste del capital mínimo con que debe contar cada institución en un momento dado, constituye una cuestión cuya determinación debería estar en función de las condiciones que conforman la *situación económica general del país* en cada momento (crecimiento-estancamiento-recesión), y más específicamente, de las circunstancias que caractericen la situación del propio sector bancario dentro del contexto general de la economía, mediante un análisis de distintas variables no circunscritas únicamente a la inflación.

Por consiguiente, adoptar el esquema propuesto en el Proyecto implica para cada institución una capitalización cierta y forzosa cada año, impuesta incluso por una autoridad distinta de aquella que tiene a su cargo velar directamente por la sanidad del sistema (Administración Tributaria), *sólo* sobre la base de *una* de las múltiples variables que deben tenerse en consideración, a tal efecto (*inflación*), y con abstracción de que el resto de la variables aconsejen o no una solución diferente.

Lo anterior encuentra como corolario la atribución a la SUDEBAN de la potestad de *modificar* los niveles mínimos de capital que resulten de aplicar el sistema de unidades tributaria, pero sólo para *aumentar* dichos niveles, cuando el resto de las variables podría aconsejar que, en determinadas situaciones, lo deseable sería evitar una sobrecapitalización.

En esto también resulta esencial atender a la importancia con que cuenta el *patrimonio* de cada banco e institución financiera, sobre todo en un sistema donde los adecuados niveles al respecto vienen impuestos en términos de comparación con los activos ponderados de acuerdo a estrictos criterios de evaluación de riesgo, mucho más si se tiene en cuenta la considerable elevación que el Proyecto propone para el índice previsto en la ley vigente (de 8% a 12%, artículo 17), confiriendo competencia a la Superintendencia únicamente para *elevar* dicha magnitud, más no para reducirla, frente a lo cual cabe precisar lo siguiente:

En la actualidad, se mantiene abierta una discusión a nivel internacional en cuanto a cuáles son los métodos y mecanismos más adecuados para una razonable valoración del riesgo de los activos que ostentan las instituciones. Como consecuencia de estas discusiones, se genera una dinámica de constantes cambios, innovaciones y mejoramientos en cuanto a la capacidad para la medición de dichos riesgos por parte de las agentes reguladores oficiales.

Establecer un nivel mínimo de patrimonio sobre activo que no pueda ser modificado sino únicamente *al alza*, puede tener efectos negativos en la rentabilidad de los agentes del sistema financiero, fundamentalmente ante un reacomodo previsible en los métodos de valoración de riesgos. Adicionalmente, esto comprometería los niveles de competencia de la banca y los incentivos a nuevas inversiones, recomendándose en este punto mantener los *standard* internacionales hoy vigentes (8%) y dejar abierta la posibilidad de ajustar el índice de patrimonio sobre activo en cualquier dirección (al alza o a la baja).

Simplemente como elemento referencial en cuanto a la necesidad de mantener esquemas con suficiente flexibilidad como para adecuarse a los diferentes cambios y retos que impongan las nuevas situaciones, cabe destacar que entre las más modernas tendencias de valoración de riesgos y exigencias de capital o patrimonio destaca especialmente la progresiva sustituibilidad de una fijación coactiva a tal efecto, mediante decisión del agente regulador, por la imposición de un deber de emisión de deuda subordinada calculada como una proporción de los activos de la institución (en Argentina, el 2%), disminuyendo los índices de patrimonio sobre activo y asignando al mercado un rol disciplinador de los operadores.

2.2 Inhabilidades (Promotores, accionistas principales, administradores)

Entre las inhabilidades para ser promotor, accionista principal, director, administrador y consejero de bancos e instituciones financieras, previstas en el artículo. 12 del Proyecto, se incluyen varias que merecen especial comentario:

En el numeral 2, después de contemplar lo relativo al estado de atraso y quiebra como situación de inhabilidad, se habla con carácter general de las personas que hayan sido declaradas "*civilmente responsables*"; sin embargo:

- No se formulan mayores precisiones que conduzcan a determinar si la inhabilidad procede frente a cualquier tipo de responsabilidad civil, o si se trata de supuestos más graves y concretos, vinculados incluso con el ejercicio de las funciones o roles para los cuales se establece la inhabilidad y mediante decisiones judiciales firmes en las cuales tales responsabilidades hayan sido declaradas.

- Aunque se incluyeran mayores precisiones al respecto, esta inhabilidad parece estar en contradicción con el principio y derecho fundamental a la *no perpetuidad de las penas*, previsto y protegido constitucionalmente, tanto por mandato del artículo 49 (numeral 3) de la CRBV, como por aplicación de los diferentes tratados que contemplen un trato más favorable en materia de derechos humanos, a tenor de los establecido en los artículos 22 y 23 del mismo Texto Constitucional.

- Adicionalmente, dispensar un tratamiento tan severo e irrestricto desde el punto de vista temporal a quien haya sido declarado civilmente responsable, y uno más limitado también desde el punto de vista temporal a quien haya sido condenado a pena privativa de libertad (numerales 3 y 4 del artículo 12 del Proyecto), simplemente revela un *trato discriminatorio* proscrito por el artículo 44 de la CRBV.

En cuanto a la inhabilidad contemplada en el numeral 4 de este artículo, relativa al sometimiento a *averiguación penal* por hechos relacionados directa o indirectamente con la actividad financiera, mientras no se dicta la sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa mediante decisión definitivamente firme, simplemente cabe advertir la contrariedad que ello comportaría con el derecho fundamental a la *presunción de inocencia* establecido en el artículo 49 de la CRBV, así como en tratados internacionales en materia de derechos humanos aplicables directamente e incluso con preferencia a la propia Constitución (art. 23 CRBV).

En el mismo sentido, la previsión de separación del cargo para aquel que oculte alguna de las circunstancias de inhabilidad previstas en el artículo 12, en beneficio propio o de un tercero, impone que tal *ocultamiento* se acredite ante una *autoridad judicial*, así como que el mismo se haya producido con *dolo* del

imputado, so pena de contrariar lo establecido en el citado artículo 49 de la CRBV.

Asimismo dejando a salvo la imposibilidad natural con que cuentan para ocupar cargos unipersonales como los de director, administrador o consejero de un banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera (dada su condición de personas jurídicas), no se alcanza a entender cual es la razonabilidad de la inhabilidad establecida en el numeral 7 de este artículo 12 para que las *Sociedades de Corretaje*, *Casas de Bolsa* y las *Aseguradoras* no puedan ser promotores o accionistas principales de este tipo de instituciones. En efecto:

- Por lo que respecta específicamente al rol de *promotor*, cabe destacar que tal limitación no parece corresponderse con uno de los cambios introducidos por el Proyecto (artículo. 11, numeral 2), y lo cual es la mera posibilidad -y no obligación como lo establece la ley vigente- para que los promotores sean accionistas del banco, entidad o institución que promueven.

- En cuanto al carácter de *accionista principal*, simplemente cabe afirmar que si bien en un momento la tendencia general de la regulación bancaria a nivel mundial fue la de proscribir la participación de este tipo de entidades en el capital de bancos e instituciones financieras, hoy las modernas tendencias apuntan justamente hacia una regresión y un abandono de tales prohibiciones, siendo ejemplos paradigmáticos al respecto lo que sucede con instituciones como el DEUTSCHE BANK y el CITIBANK a nivel mundial.

- Adicionalmente, tampoco se aprecia en la Ley prohibición alguna para que los bancos y otras instituciones financieras puedan ser accionistas de

aseguradoras, sociedades de corretaje y casas de bolsa, quedando únicamente sujetos en tal caso a las limitaciones en materia de otorgamiento de créditos (donde el artículo 205 (num. 7) del Proyecto propone eliminar incluso la excepción prevista hoy en el artículo 120 (num. 7) de la ley vigente en materia de otorgamiento de créditos a las casas de bolsa), así como a las cargas en materia de consolidación de balances y otras limitaciones. Por el contrario, el Proyecto sigue entendiendo que este tipo de instituciones pueden incluso formar parte del Grupo Financiero, reforzando a tal efecto la *coordinación* de autoridades supervisoras a través del llamado *comité de coordinación interinstitucional* (art. 184).

2.3 Cuenta corriente:

Frente a la atribución de competencia que el Proyecto plantea en favor del Consejo Bancario Nacional (CBN) para regular directamente y por actos de rango sublegal (administrativos) todo lo concerniente al contrato de cuenta corriente (artículo. 42 del Proyecto), simplemente cabe señalar los siguiente:

- La regulación de la cuenta corriente, incluyendo la cuenta corriente bancaria, constituye una materia propia de la *legislación mercantil* (vid. Libro Primero, Título XIII del Código de Comercio), sobre la cual ha sido contemplada constitucionalmente una *reserva de ley formal* en favor del Poder Nacional, tanto por implicar la imposición de limitaciones a la libertad económica y al derecho de propiedad de los particulares (artículos. 112 y 115 CRBV), como por declaración expresa hecha en tal sentido por el propio texto fundamental, en lo concerniente a la legislación sobre estos derechos y sobre la materia mercantil en general (artículos. 156 –num. 32- y 187, ord. 1° CRBV).

- El CBN sigue conservando un título competencial muy valioso a estos fines; concretamente, la competencia que se le atribuye para *estudiar y mejorar las prácticas bancarias*, siendo éste justamente el título que ha servido de fundamento para dictar Resoluciones que, en definitiva, cumplen el cometido propuesto, dejando a salvo lo que se dirá en posterior sección de este comentario en torno al sesgo finalista o teleológico que el Proyecto aspira imprimir al ejercicio de esta competencia por parte del CBN.

- Por razones de seguridad, así como de necesaria y elemental coordinación tecnológica con el cliente, la posibilidad de enviar *estados de cuenta* y de enviar *reclamos* por *vía electrónica*, constituye un elemento cuya determinación debería quedar sujeta al nivel y a la escogencia del cliente, so pena de hacerse una exigencia irreal con carácter uniforme y sin tomar en consideración siquiera el acceso efectivo a esta clase de medios por parte de la clientela. Recuérdese que en esto están en juego elementos como la *autenticidad* de los mensajes, regulados hoy por otros textos legales (Vid. Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas –G.O. N° 37.148 del 28/02/01). Asimismo, debería aprovecharse la ocasión para precisar que la acción de impugnación del estado de cuenta constituye una acción de naturaleza judicial (artículo 39).

Convendría introducir mayores precisiones a la redacción del artículo 41 del Proyecto, específicamente en cuanto a la correcta definición del alcance y supuestos de procedencia de las medidas de *suspensión y cierre de cuentas corrientes*, fijando parámetros mínimos al respecto directamente en el propio texto legal, sujetos al posterior desarrollo y a las variaciones que impriman los clientes y las instituciones en los respectivos contratos que celebren a tal efecto.

La regulación del *valor probatorio de la microficha* u otro mecanismo de carácter técnico en el cual deben ser conservados los ejemplares de los cheques antes de ser devueltos en original al cliente-librador, se encuentra prevista en el artículo 44 del Proyecto en términos muy similares a como está prevista en el artículo 131 de la ley vigente. Sin embargo, la redacción actual de ese precepto y la que propone el Proyecto de ley, dejan a un lado todo lo concerniente a las reglas de la prueba de *exhibición* que puede tener lugar en este caso. Dicho de otro modo, más que atribuir un valor supletorio a la microficha, adminiculada con los estados de cuenta, debería contemplarse que tales instrumentos constituyen una de las múltiples manifestaciones de principio de prueba por escrito que permitirán acreditar que el cheque se encuentra en poder del cliente, dando cabida ante la no presentación del original al esquema presuntivo propio de la exhibición.

2.4 Fideicomiso

Ante todo, cabe destacar la extrema amplitud que el Proyecto aspira introducir al atribuir *competencias normativas* a SUDEBAN en esta materia. En la Ley vigente, tales competencias están limitadas únicamente a los siguientes aspectos: a) suministro de información por parte de las instituciones; b) control de operaciones y; c) registro contable de las mismas. En su lugar, el Proyecto no contempla límite material alguno (artículos. 48 y 63), ni criterios o pautas de orientación para la posterior regulación por parte de la autoridad, librando plenamente y con la mayor extensión a la Superintendencia dictar normas que regulen, sin ningún límite, todo lo concerniente a la celebración de fideicomisos por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, ante lo cual cabe observar lo siguiente:

- En la medida en que el fideicomiso constituye también una materia propia de la *legislación civil y mercantil*, en la cual se pone de manifiesto el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad económica y propiedad de los

particulares, y donde el Estado interviene en protección de la buena fe de quienes confían sus recursos al fiduciario a través de esta figura, cabe afirmar que su regulación ha sido amparada constitucionalmente con una *reserva de ley formal* en favor del Poder Nacional, tanto por implicar la imposición de limitaciones a la libertad económica y al derecho de propiedad de los particulares (arts. 112 y 115 CRBV), como por declaración expresa hecha en tal sentido por el propio texto fundamental, en lo concerniente a la legislación sobre estos derechos y sobre la materia mercantil en general (arts. 156 –num. 32- y 187, ord. 1° CRBV).

- Adicionalmente, la propuesta del Proyecto implicaría que, por actos de rango sublegal y para el específico caso del sector bancario y creditito, se de cabida a la modificación de un texto de mayor rango normativo (La Ley de Fideicomiso), con todo lo que ello implica desde el punto de vista de la alteración de la *jerarquía de las fuentes*.

- La reflexión formulada en el punto inmediato precedente, resulta aplicable igualmente a la amplísima competencia normativa que se atribuye a la Superintendencia en el artículo 51, a los fines de imponer los *límites y condiciones* dentro de los cuales las instituciones autorizadas podrán mantener fondos como fiduciarios. Lo mismo cabe decir en cuanto a la amplitud con que se confiere a SUDEBAN competencia para suspender las operaciones que realice una institución mediante un contrato de fideicomiso (art. 60), cuyo ejercicio queda librado simplemente a un *test de compatibilidad* que se asigna llevar a cabo a SUDEBAN, pero sin la más mínima fijación a nivel legal de criterios o parámetros de vinculación u orientación para el ejercicio de esta competencia.

- En el artículo 49 se hace alusión a la imposibilidad de que el fiduciario alegue o invoque el cumplimiento de las instrucciones dadas por el fideicomitente para *eludir* la aplicación de las normas prudenciales que dicte SUDEBAN en esta materia. Ante esta disposición, deben tenerse en cuenta supuestos tales como el que se plantea ante la posibilidad de que la normativa prudencial adquiera validez y eficacia (Publicación en G.O.) después de haberse emitido la instrucción del fideicomitente y estando en ejecución tal instrucción por parte del fiduciario, caso en el cual no cabría hablar de una elusión de dichas normas, sino simple y llanamente de una prohibición de aplicación retroactiva de su contenido.

En cuanto a la previsión contenida en el artículo 50, relativa a la obligación de asentar en la contabilidad del fiduciario las operaciones que éste realice con los fondos que le hayan sido dados en fideicomiso y que impliquen riesgos, independientemente de su actual previsión o aplicación mediante normas prudenciales, simplemente merece el siguiente comentario:

- Por naturaleza, el fideicomiso implica la asunción de un *riesgo* para el fideicomitente, a diferencia de una simple operación de depósito en cuenta o de una colocación a plazo. Así lo revela el propio texto del Proyecto, en el cual se prohíbe expresamente al fiduciario garantizar ni el *capital* ni el *rendimiento* del fondo fiduciario (art. 57 del Proyecto).

- Por otra parte, de acuerdo con el espíritu del propio Proyecto (art. 53, numerales 2 y 5), se exige la autorización expresa del fideicomitente para realizar operaciones como el otorgamiento de créditos o la constitución de garantías con los fondos dados en fideicomiso, de manera que quien realmente asume el riesgo al dar estas autorizaciones no es otro que el propio *fideicomitente*.

También en este mismo punto del otorgamiento de créditos con los fondos dados en fideicomiso, conviene destacar la obligación que aspira imponer el artículo 54 del Proyecto, en cuanto a que tales créditos deberán llevarse a cabo bajo las mismas políticas que aplica cada institución en sus operaciones de crédito ordinarias, ante lo cual cabe advertir que en fideicomisos como los de inversión dirigida, constituidos generalmente con un fin social y a manera de canal para que una empresa o institución otorgue un beneficio a sus empleados (Vgr. negociación del plan de vivienda para empleados de SUDEBAN con el Banco Mercantil), participan como beneficiarios personas que, de acuerdo con los parámetros de crédito ordinario, no calificarían como prestatarios, decidiendo la empresa o institución fideicomitente correr ella el *riesgo de crédito*.

La obligación prevista en el artículo 56 del Proyecto, de someter a autorización de SUDEBAN todos los modelos de los contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza mediante los cuales se establezca la emisión de títulos o certificados de participación u otras figuras equivalentes, así como toda modificación de tales modelos, simplemente introduce distorsiones en el desenvolvimiento de una figura fundada por excelencia en la *confianza*.

Téngase en cuenta que el fideicomiso constituye en la mayoría de los casos una operación donde las exigencias por parte del fideicomitente implican la hechura de documentos o contratos *a la medida* de cada situación, frente a lo cual la autorización en referencia se erigiría en un límite irrazonable.

Adicionalmente, la emisión de títulos de participación se encuentra sujeta a la autorización de la CNV, de manera que esta autorización adicional por parte de SUDEBAN para los contratos de fideicomiso que impliquen el uso de esta específica modalidad negocial (emisión de participaciones), simplemente imprimiría una duplicidad supervisora de la cual, incluso, podrían surgir eventualmente criterios

contradictorios, sobre todo si se atiende al inmenso alcance que se proyecta dar a las atribuciones de la autoridad bancaria en esta materia; y luego, por vía de consecuencia, representa una duplicidad e incremento de costos de transacción que, obviamente, en nada conduce a imprimir la competitividad en el sector que la ley Habilitante establece como criterio.

Por otra parte, ya el Proyecto contempla todo un arsenal de limitaciones, restricciones y mecanismos de control dirigidos a evitar cualquier distorsión en este especial tipo de fideicomiso, como el registro propuesto en el artículo 55, o la información y notificación al beneficiario o al fideicomitente que el artículo 59 impone al fiduciario en cuanto al cambio que puedan experimentar los valores del activo.

Otro de los aspectos que merece destacarse en cuanto a la regulación del fideicomiso, es la eventual colisión de normas que puede llegarse a producir entre el artículo 61 del Proyecto y la vigente LBCV, así como frente al mismo Proyecto de Ley del BCV, textos estos últimos en los cuales se atribuye al ente emisor esa competencia para que, por razones de *política monetaria*, pueda limitar la inversión en el exterior de los fondos recibidos en fideicomiso, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza. Téngase en cuenta adicionalmente que, de acuerdo con el nuevo diseño del régimen económico y monetario que asume la Constitución, las competencias monetarias serán ejercidas de manera *exclusiva* y *obligatoria* por el BCV, quedando a SUDEBAN cumplir el rol de autoridad crediticia.

2.5. Servicios bancarios en línea:

Frente a las disposiciones de esta sección, conviene precisar si la ejecución de órdenes de pago a través de medios escritos, magnéticos, telefónicos o electrónicos, dentro o fuera del país, independientemente que la transferencia sea ordenada por una persona en favor de sí misma o de un tercero dentro una misma institución o hacia otra institución financiera (arts. 67 y 68), también constituye una manifestación de

servicios bancarios en línea, pues muchas de estas transacciones también pueden ser realizadas *de manera directa y en tiempo real*, sin tener que efectuar llamadas telefónicas y sin que el usuario tenga que movilizarse a una oficina, agencia o sucursal (art. 72 del Proyecto).

La exigencia de una *autorización especial* ante la Superintendencia para prestar esta clase de servicios, simplemente constituye una técnica de control que introduce una limitación en extremo obstructiva, cuyo fin puede alcanzarse además por medios alternativos menos gravosos y más eficientes, previstos en el propio texto del Proyecto. En efecto:

Asumiendo que lo pretendido es brindar *seguridad* al tráfico que se ejecuta por medios telemáticos, basta con fijar la normas prudenciales dirigidas a establecer y actualizar constantemente los *estándar* tecnológicos necesarios para alcanzar tal fin (art. 70), debidamente complementadas con las que se contemplen en otros textos legales de carácter general encargados de regular esta materia (Vgr. Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas –G.O. N° 37.148 del 28/02/01).

En lugar de la autorización como técnica puntual, luce más idóneo verificar recurrentemente el efectivo cumplimiento o satisfacción de la normativa dictada a tal efecto a través de cualquiera de los mecanismos de *supervisión* con que ya cuenta la autoridad a cargo del sector (inspecciones, requerimientos de información), sin excluir la posibilidad de dar cabida a nuevas técnicas igualmente idóneas como las verificación u homologación de equipos y tecnologías, con las debidas garantías previstas directamente a nivel de ley formal para dejar a buen resguardo el derecho fundamental a la intimidad de los clientes.

En atención a las exigencias mínimas que, como ya hemos dicho, impone la reserva de ley formal, las disposiciones del Proyecto en las cuales se atribuye competencia a la Superintendencia para regular lo concerniente a transacciones y órdenes de pago

(artículo 69) como los servicios bancarios en línea (artículo 79), deben incluir referencias expresas a los *criterios o pautas* a los cuales debe atender la regulación que se dicte a nivel sublegal, como único mecanismo de medir una eventual extralimitación.

2.6 Grupos financieros. Empresas relacionadas. Influencia significativa

El artículo 181 del Proyecto plantea la inclusión en el sector de un criterio de vinculación o relación por vía presuntiva, aludiendo a tal efecto a la existencia de "*fundados indicios de que con la adopción de formas y procedimientos ajustados a derecho, se han utilizado medios para eludir las prohibiciones de esta ley o disminuido la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente*". Se trata de una afirmación que, en términos similares, reitera el artículo 188 del Proyecto, al conferir a SUDEBAN competencia para calificar como relacionadas a empresas cuya actividad no sea complementaria o conexa con la de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras.

No se desconoce que esta misma figura ha sido incorporada en otros textos legales, fundamentalmente en materia tributaria (Vgr. Artículo 95 del Decreto-Ley de Impuesto sobre la Renta -G.O. N° 5.390 del 22/10/99-; Artículo 61 del Decreto Ley de Impuesto al Valor Agregado –G.O. N° 37.006, del 3/8/00; artículo 73 del Decreto-Ley de Impuestos sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos –G.O. N° 5.391, del 22 de octubre de 1999).

Sin embargo, dado el carácter extraordinario que implica la previsión de figuras presuntivas de este tipo, en las cuales simple y llanamente se desconoce el valor jurídico y la protección que deriva de la utilización de figuras legítima y plenamente ajustadas a derecho, las leyes en las cuales ha sido contemplada tal presunción han procurado regular con la debida precisión aspectos esenciales para orientar y limitar la acción de la administración en la valoración de las circunstancias de hecho que se

presenten en cada caso, estableciendo directamente a nivel legal aspectos tales como los siguientes:

- La valoración de las circunstancias de hecho que pueda llevar a cabo la Administración en estos casos, se somete expresamente a un *procedimiento* previsto con carácter general para la realización de verificaciones (Vgr. artículos 95 LISR y 61 LIVA).

- Adicionalmente, se impone a la Administración la obligación de valorar un elemento *volitivo-telelógico*; concretamente, que la utilización de las formas y procedimientos jurídicos ajustados a Derecho haya sido llevada a cabo con el "*propósito fundamental*" de evadir, eludir o reducir, presumiendo únicamente y salvo prueba en contrario el carácter "*fundamental*" de tal propósito, pero sin relevar a la administración de la aportación de elementos de prueba que acrediten la intención o el propósito en sí mismo (Vgr. arts. 95 LISR y 61 LIVA).

- En algunos casos (art. 73 LISDRC), se establece incluso el conjunto de "*indicios*" cuya valoración debe llevar a cabo la Administración para concluir en la consumación de la presunción establecida en la norma.

- El "*alcance*" de este desconocimiento presuntivo ante la adopción de formas jurídicas ajustadas a derecho, se establece con toda precisión: simplemente se determina la aplicabilidad de la limitación que haya pretendido eludirse o la improcedencia de la ventaja que haya pretendido obtenerse con la utilización de tales formas, dejando siempre a salvo las relaciones jurídicas y los derechos y deberes asumidos por las partes con ocasión de la adopción de las formas en cuestión, pues los efectos de este desconocimiento presuntivo se circunscriben únicamente al ámbito de la limitación que haya pretendido

eludirse o de la ventaja que haya pretendido obtenerse (Vgr. arts. 95 LISR y 61 LIVA).

Casi sobra decir que todas estas precisiones, presentes en las referidas normas tributarias como auténticos límites al ejercicio desorbitado del poder al momento de hacer uso de tan extraordinaria herramienta, se encuentra totalmente ausentes en el texto de la norma que propone el Proyecto (artículo 181).

Lejos de reforzar la noción de Grupo Financiero, facilitando el alcance de las funciones supervisoras de la autoridad de vértice, la noción de *influencia significativa o control* que aspira introducir el artículo 181 del Proyecto genera el riesgo de dar lugar a confusiones y excesos:

- La aplicación del criterio de la "*capacidad para afectar en grado importante las políticas operacionales o financieras*" que contempla esta norma, simplemente podría conducir a situaciones absurdas. Piénsese, por ejemplo, en las grandes firmas de equipos y programas informáticos, que cuentan indudablemente con tal capacidad desde el punto de vista operativo y de los sistemas que manejan las instituciones. Piénsese igualmente en el propio Gobierno, que cuenta con indudable capacidad para influir significativamente en las políticas financieras de todos los bancos, a través de la emisión de instrumentos que encuentran entre ellos su nicho natural de mercado (letras del tesoro, bonos de la deuda pública nacional).

Una situación similar a la expuesta en el punto inmediato precedente, podría generarse con la aplicación del criterio de la "*principal fuente de ingresos*" que se contempla en esta misma disposición. Piénsese en pequeñas compañías de construcción para el levantamiento de obras civiles en agencias o sucursales, en despachos de abogados y hasta en compañías de seguridad, mantenimiento y limpieza, que en determinadas circunstancias pueden verse en la situación de

mantener un volumen de operaciones comerciales o profesionales de tal nivel con un banco o institución financiera, pero que en muy corto o mediano plazo pueden ver variar substancialmente tal situación.

No se desconoce que el artículo 182 del Proyecto reitera el contenido del Parágrafo Tercero del artículo 101 de la Ley vigente, señalando que ha de tratarse de empresas cuyo objeto o actividad principal sea complementaria o conexa a la actividad de los bancos, entidades de ahorro y préstamo u otras instituciones financieras. Pero como ya se ha dicho, el artículo 188 del Proyecto contempla incluso la posibilidad de que SUDEBAN, a los fines de ejercer sus potestades de inspección supervisión, vigilancia, regulación y control, considere y califique como tales (relacionadas) a empresas que, aún cuando no presenten esa complementariedad o conexión en su objeto o actividad principal, se encuentren en algunas de las situaciones descritas en el artículo 181, o en los supuestos de vinculación previstos en el numeral 6 del artículo 205, lo cual hace que los hipotéticos ejemplos antes descritos, cobren mayor verosimilitud.

Frente al esquema descrito por el Proyecto en esta materia, simplemente cabe recordar que estamos en el ámbito de un *ordenamiento jurídico sectorial*, donde la intensidad con que la autoridad estatal a cargo del sector ejerce sus potestades, implica un pronunciamiento general contrario a cualquier intento de inclusión forzosa de un operador económico privado distinto a los formalmente constituidos como miembros del sector, lo cual impone estrechar el rigor con que se procede a la definición de estos *criterios de vinculación*.

2.7 Límites y prohibiciones (tanto generales como por tipo de institución)

El límite temporal de tres (3) años establecido en el numeral 5 del artículo 80 del Proyecto, luce razonable para el otorgamiento de *créditos comerciales* por parte de un banco comercial (art. 89, numeral 1, del Proyecto), pero podría extenderse

perfectamente en el caso de créditos comerciales otorgados por un Banco Universal, cuya conformación accionaria y patrimonial obviamente cuenta con mayor robustez que la exigida para aquél tipo de institución. Lo mismo cabe decir en torno a las limitaciones y prohibiciones que establece el Proyecto en los artículos 80 (numeral 7) y 81 para la *participación accionaria de los bancos universales en empresas* que hayan sido promovidas por ellos, las cuales se muestran substancialmente más gravosas que las limitaciones establecidas sobre este mismo tema para los bancos de inversión (art. 106 del Proyecto).

La limitación directa por vía legal y en términos porcentuales (15%) del límite para el otorgamiento de créditos a largo plazo por parte de los bancos universales, previsto en el artículo 85 del Proyecto, no sólo imprime una rigidez inconveniente e inadecuada con los niveles y magnitudes que se exige a este tipo de instituciones, sino que además deja en vilo de duda lo que debe entenderse por "*créditos a largo o a corto plazo*", pues recuérdese que la Ley únicamente define lo que debe entenderse por "*depósitos a la vista y a plazo*", pero sin precisar el alcance temporal de esta última expresión.

Aunque el artículo 91 del Proyecto prácticamente reproduce la redacción del actual artículo 42 de la Ley vigente, relativo a los límites y condiciones para la actuación de bancos universales y comerciales en el exterior, agrega una frase en su parte final que podría generar confusión en cuanto a una eventual pretensión de *extraterritorialidad* de la ley venezolana, pues aunque se afirma que las sucursales y oficinas en el exterior deberán actuar de conformidad con las leyes de los países en los cuales operen, se les exige que "*no contravengan las disposiciones de esta Ley*".

En el artículo 94 del Proyecto se impone un condicionante al objeto de los bancos hipotecarios que no sólo no está previsto en la ley vigente, sino que introduce rigores no cónsonos con los objetivos de fortalecimiento del sector en su conjunto y aumento de su competitividad, pues se indica que los créditos con garantía hipotecaria de este

tipo de instituciones estarán "*dirigidos hacia el sector de la construcción, adquisición de viviendas y liberación de hipotecas*". Ante ello simplemente se sugiere mantener la redacción actual, o precisar que se trata de una simple orientación con carácter meramente enunciativo, y no de una imposición rígida del objeto de los créditos. Esta observación abarca igualmente la modificación que se añade en el numeral 2 del artículo 96 del Proyecto.

Tal y como han observado numerosas firmas de contadores, el auditor externo no tiene competencia legal para "*certificar*" la existencia de los inmuebles que constituyen la garantía de títulos hipotecarios (art. 102 del Proyecto), por lo que sin desconocer la existencia de este precepto con esa misma redacción en la ley vigente (art. 153), se sugiere aprovechar la ocasión para adoptar una redacción en la que se establezca que los auditores podrán "*emitir opinión*" sobre tal circunstancia.

El numeral 1) del artículo 103 del Proyecto, si bien repite la prohibición establecida en el artículo 54 de la Ley vigente, no sólo prohíbe a los Bancos Hipotecarios recibir depósitos a la vista movilizables mediante cheques, sino que incluye en la prohibición "*cualquier otro medio electrónico de pago*"; pero el artículo 25 del mismo Proyecto habilita a este tipo de instituciones a recibir depósitos *a la vista y de ahorro*. Luego, el agregado produce una severa restricción en cuanto al manejo de instrumentos para la movilización de tales depósitos en plazos menores o iguales a 30 días (art. 266 del Proyecto). La misma observación cabe frente al numeral 1) del artículo 109 del Proyecto, relativo a los Bancos de Inversión.

En el literal a) del numeral 1 del artículo 204, el Proyecto define con mayor precisión el alcance de la expresión "*funcionarios y empleados*" de bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras, a los fines de reiterar la excepción prevista hoy en el mismo numeral y literal del artículo 120 de la Ley vigente para permitir el otorgamiento de créditos hipotecarios para vivienda principal, aclarando el Proyecto que en dicha expresión quedan incluidos secretarios, gerentes, asesores,

consejeros, directores, vicepresidentes y hasta el presidente. Lo mismo cabe decir frente a la precisión que se formula en el literal b) de ese mismo numeral 1 del artículo 204 del Proyecto, en cuanto a las "*necesidades razonables*" a cuya cobertura pueden estar destinados excepcionalmente los préstamos conferidos por las instituciones a su *"personal ejecutivo"* bajo programas especiales (adquisición o reparación de vehículos, gastos médicos, créditos para estudio, etc.). Pero debería precisarse cuál es el alcance de la expresión "*personal ejecutivo*", en términos similares a como se ha hecho en el literal a) de ese mismo numeral.

La prohibición absoluta que se contempla en el numeral 9 del artículo 205 del Proyecto para que los bancos e instituciones financieras no puedan arrendar o subarrendar las mismas oficinas de las cuales hayan sido propietarios, durante un período de tres (3) años posteriores a la venta (*sale and lease back*), luce en extremo excesiva:

Independientemente de que en el pasado este tipo de operación pueda haber sido utilizada por algunas instituciones con fines meramente contables, y más específicamente para reflejar *ingresos extraordinarios*, no se trata de una operación que deba ser proscrita *per se*, representando una alternativa plenamente legítima en aquellos casos en que lo pretendido con la operación no sea generar un ingreso extraordinario artificial o momentáneo con la venta del activo, sino -por ejemplo- optimizar substancialmente costos mediante la venta del inmueble, el destino de tales recursos al otorgamiento de créditos o a la realización de inversiones y la adopción de un esquema de arrendamiento que pueda ser cubierto incluso con los resultados de la inversión o del crédito otorgado.

Si lo que se aspira es evitar un uso indebido de esta figura, las más elementales exigencias del principio de *racionabilidad* aconsejan, como se ha dicho, que no se adopte la solución más extrema y gravosa al ejercicio del derecho de libertad y de propiedad, sino que se establezcan limitaciones selectivas dirigidas efectivamente a

alcanzar el fin propuesto (vgr. prohibición de esta actividad sólo con empresas relacionadas).

No se alcanza a entender cuál puede ser la razón para eliminar del numeral 5 del artículo 205 del Proyecto, las *excepciones* al otorgamiento de créditos a una misma persona natural o jurídica por más del 10% de su capital pagado y reservas que están previstas en el actual numeral 5 del artículo 120 de la Ley vigente; a saber:

- *créditos consorciados* (3 o más bancos = 20% del capital y reservas de c/u);
- b) *arrendamiento financiero* (muebles =40% / inmuebles = 60% del capital pagado y reservas);
- c) *créditos consorciados para la construcción* (3 o más bancos hipotecarios = 60% del capital y reservas de c/u).

Casi sobra el flaco servicio que se hace con esta eliminación al mandato de *competitividad* y *fortalecimiento* del sector bancario impuesto por la Ley Habilitante, pues aún con el proceso de fusiones bancarias, no cabe duda que la trascendencia de algunos proyectos puede requerir contar con estas útiles y razonables excepciones para que sea el sector bancario venezolano, y no otras fuentes de financiamiento, las que acudan a cumplir su misión de eficiente asignación del ahorro del público a través de la intermediación.

En cuanto a la prohibición de *rifas, sorteos u otras modalidades similares* contemplada en el numeral 16 del artículo 205 del Proyecto, conviene precisar lo siguiente:

- Esta prohibición absoluta simplemente introduce una restricción excesivamente severa a una innovación que no necesariamente perjudica al consumidor, ya que los productos asociados a sorteos o rifas cuentan con atributos preciados por los clientes y que incrementan efectivamente su bienestar. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la utilidad colateral que genera el incentivo del sorteo en la reducción del alto nivel de *transaccionalidad* con que son manejadas hoy las cuentas por parte de la mayor parte de los titulares, en la medida en que buena parte de los esquemas que se ofrecen en el mercado están diseñados en función del incremento de los saldos promedio mensuales, contribuyendo así indirectamente al fomento del ahorro.

Si lo que se piensa es que puedan existir situaciones en las cuales se utilicen mecanismos de sorteo para evitar competir en aspectos inherentes al proceso de intermediación (vgr. tasas de interés), en opinión del autor, la prohibición de este mecanismo no es la solución más adecuada para el problema. Una posible alternativa estaría en exigir que se cumplan *normas especiales* que se encarguen de regular, entre otros, los siguientes aspectos:

- Que las *campañas comerciales* correspondientes a los productos que impliquen sorteos (vid. Resolución de la JEF N° 001-1098, del 28/10/98 – G.O. N° 5.286 del 30/12/98, así como la Resolución del BCV N° 97-12-01, del 4/12/97 –G.O. N° 36.357, del 13/12/97), en la cual se impongan exigencias sobre la *información mínima* que debe proporcionar y divulgar la entidad, incluyendo aspectos telas como los siguientes:

  - Informar debidamente al cliente de las bases del sorteo y de las características del producto al momento de contratación, incluyendo lo concerniente a las *tasas de interés* que obtendrá con el instrumento a través del cual participará en sorteos, así como la tasa de interés que la Institución

ofrece para productos sin sorteos y con características similares y la información relativa a monto, plazo y forma de liquidación de tales productos y de los intereses que devenguen.

- Informar al público, con la misma periodicidad de los sorteos y a través de medios de comunicación de cobertura nacional, sobre los premios ofrecidos, la dinámica de los sorteos y los beneficiarios de los premios sorteados.
- Establecer la obligación de someter los procesos a la *certificación de calidad* que dispongan las autoridades competentes y de efectuar los sorteos en presencia de un Notario Público.
- Imponer a las instituciones la obligación de crear los mecanismos necesarios que permitan la ubicación del beneficiario de los sorteos a fin de hacer efectiva la entrega del premio correspondiente.

Dados los términos en que ha sido redactada la prohibición en el texto del precepto en referencia, resulta indispensable precisar si la excepción hecha en cuanto a las *sociedades de capitalización* abarca igualmente a los *bancos universales*, pues de conformidad con el artículo 12 del Proyecto (62 de la Ley vigente), los sorteos asociados a los planes de capitalización tienen por objeto la *amortización anticipada* de los títulos, o la concesión de premios a los *suscriptores* de esos mismos títulos de capitalización, mientras que la prohibición alude a la realización de sorteos que tengan por objeto *captar o mantener clientes*.

La reducción de tres (3) a dos (2) años que plantea el artículo 210 del Proyecto para la venta de los inmuebles que hayan tenido que adquirir los bancos y otras instituciones financieras, cuando se vieren obligados a ello para poner a salvo sus derechos, simplemente resulta apartada de la realidad que revela en la actualidad el mercado inmobiliario, caracterizado por la dificultad de liquidar fácilmente activos fijos de este tipo a precios que, en definitiva, no impliquen asumir pérdidas substanciales.

2.8 Aporte económico a la Superintendencia.

Este es otro de los puntos en los que el Proyecto introduce innovaciones, tanto por lo que respecta al cálculo de esta contribución parafiscal como en lo atinente a la forma y recurrencia con que debe satisfacerse esta obligación por parte de los bancos e instituciones financieras:

- En primer lugar, el artículo 285 del Proyecto elimina el *límites máximo* (0,30 por mil) previsto en el artículo 187 de la Ley vigente para la fijación de esta contribución por parte de la Superintendencia, lo cual obviamente se encuentra en contradicción con los más elementales postulados del principio de legalidad tributaria previsto tanto a nivel constitucional como del Código Orgánico Tributario.

- Por otra parte, se elimina el esquema previsto hoy en el artículo 189 del texto legal vigente, en el cual se contempla la *suspensión de aportes* por parte de los bancos e instituciones financieras cuando el producto resultante del aporte exceda en una vez y media (1 ½) el monto del presupuesto total de la Superintendencia para un ejercicio determinado, hasta tanto se consuman las dos terceras partes (2/3) de dicho excedente.

Adicionalmente, si bien el artículo 282 del Proyecto reproduce la primera parte del artículo 184 del texto vigente, elimina el único aparte de esta norma según el cual, una vez finalizado el ejercicio, la Superintendencia debe transferir los saldos no comprometidos del presupuesto a una cuenta especial de *fondo de reserva*, destinada a la atención de los gastos correspondientes a los sucesivos ejercicios.

Casi sobra decir que este nuevo esquema normativo para regular el aporte de los bancos al sostenimiento operativo del ente supervisor, además de presentar claros elementos de contrariedad al principio de la reserva legal en materia de tributos, tasas

y contribuciones especiales, viola los principios de *eficacia* y *eficiencia* de la Administración Pública (art. 141 CRBV), a lo que cabe sumar la afección que este esquema genera en cuanto al alcance de uno de los objetivos impuestos por la habilitante: *competitividad /costos / tasas*.

2.9 Medidas preventivas frente a pérdidas de capital:

Aunque el artículo 263 del Proyecto contempla prácticamente en los mismos términos el supuesto de hecho del artículo 168 de la Ley vigente, relativo a la disminución del capital pagado en un monto superior al 25% pero inferior al 50% para ordenar a los accionistas el reintegro del capital en efectivo o su disminución al existente, ya no indica que tal disminución se produzca como consecuencia de *pérdidas no provisionadas*, lo cual simplemente implica una desnaturalización de la institución contenida en dicho artículo y de todo el esquema de provisiones que mantiene el Proyecto en el artículo 260 (artículo 165 de la ley vigente), encerrando al mismo tiempo una dudosa adecuación a las exigencias que impone el más mínimo respecto al derecho de propiedad, pues de estar debidamente provisionadas las pérdidas en cuestión simplemente procede ordenar el castigo correspondiente contra tal provisión, cuestión esta que puede ordenar perfectamente la superintendencia con arreglo a lo establecido en el citado artículo 260 del Proyecto.

Las medidas preventivas previstas en los artículos 168 y 169 de la Ley vigente, cuentan con diferente intensidad, lo cual resulta notable en la diferencia de porcentaje que para las pérdidas de capital establece cada una de estas disposiciones (art. 168: > o = 50% / art. 169: > 50%). Esta diferente intensidad también se refleja en el distinto alcance con que se contempla la actuación del funcionario que, en cada caso, puede designar la Superintendencia para que asista a las reuniones de la Junta Administradora (art. 168: sólo formular observaciones en act / art. 169: derecho de veto). Pues bien, los artículos 263 y 264 del proyecto contemplan para ambos casos el mismo alcance en la actuación del funcionario (derecho de veto), lo cual –casi sobra

decir- constituye cuando menos una infracción a la *proporcionalidad* como elemento del principio de *razonabilidad* n el establecimiento de limitaciones o restricciones.

En cuanto a la prescindencia de *audiencia pública* para la adopción de estas medidas que contempla el artículo 267 del Proyecto, previa motivación de la urgencia que se tenga en cada caso para su adopción, simplemente cabe señalar lo siguiente:

Aún cuando tales medidas no cuenten efectivamente con carácter sancionador, como bien lo aclara el artículo 268 del mismo Proyecto, constituyen indudables *actos ablatorios o de gravamen* cuya adopción, por más celera y eficaz que requiera ser la actuación de la Administración, no puede implicar que se tolere bajo ningún concepto -ni siquiera la extrema urgencia- una proscripción tan radical del derecho constitucional a la defensa y al debido procedimiento previsto en el artículo 49 de la CRBV.

Basta pensar simplemente que aún con las garantías que ofrece un proceso judicial y no obstante su carácter igualmente cautelar, nuestra jurisprudencia ha proscrito preceptos legales de igual tenor, siendo paradigmática en tal sentido la sentencia de nuestro Máximo Tribunal que declaró la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 22 de la LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (LOA).

Finalmente, por lo que respecta a la reposición del capital en casos de pérdidas superiores al 50%, el artículo 264 del Proyecto introduce una rigidez excesiva para la viabilidad de esta medidas, al reducir de noventa (90) a treinta (30) días el lapso establecido para que tal reposición se produzca, lo cual –nuevamente- resulta cuestionable de cara al tantas veces citado principio de razonabilidad.

2.10 Sanciones / Delitos:

No cabe duda que la disposición contemplada en el artículo 472 del Proyecto, mediante la cual se pretende atribuir competencia a la Superintendencia nada más y nada menos que para establecer, mediante normativa prudencial, *sanciones* de tipo pecuniario que no excedan de mil (1.000) unidades tributarias, resulta a todas luces contraria no sólo a los principios generales que el propio proyecto establece en esta materia, especialmente al de *tipicidad* (art. 471, sino a la garantía prevista en el artículo 49, numeral 6, de la CRBV.

La previsión como agravante de la "*culpa grave*", prevista en el artículo 476 del Proyecto, implica una contrariedad con los más elementales postulados del Derecho Administrativo sancionador, que salvo la previsión de elementos que objetivasen los tipos infractores -lo cual resulta cada vez más proscrito por la doctrina y la jurisprudencia a nivel universal-, contempla la necesidad de obrar con *dolo* para poder imponer la sanción.

El artículo 498 del Proyecto reproduce en su encabezamiento el texto del Art. 289 de la Ley vigente, que tipifica el delito de *aprobación dolosa de créditos prohibidos*. El proyecto agrega un aparte nuevo en el cual crea la forma pasiva del mismo delito, en la cual el sujeto activo está referido a "*quienes reciban los créditos allí previstos*" en detrimento del Banco. La indicación de este sujeto activo ("quienes") plantea una dificultad. Sabido es que las personas jurídicas son entes que con alta frecuencia intervienen en negociaciones bancarias, así como también es conocido que los entes jurídicos no pueden ser sujetos activos de delito. Por consiguiente, en sana técnica jurídico-penal debería establecerse la debida y necesaria precisión respecto del carácter de las *personas naturales* que hubieren intervenido en la negociación prohibida como representantes de una persona jurídica.

El art. 505 del Proyecto crea un nuevo tipo relativo al delito que pueden cometer los *peritos avaluadores* de bienes que dolosamente suscriban, certifiquen o suministren algún dictamen que no refleje el *valor real* de los bienes objeto de peritaje. Esta

redacción plantea la dificultad del alcance con que se utiliza en el precepto la expresión "valor real", lo cual imprime indeterminación al tipo.

Es cierto que nuestra legislación bancaria actual carece de regulaciones penales relativas al fideicomiso. Sólo en el Art. 31 de la LEY DE FIDEICOMISOS se establece una disposición de carácter penal, similar a la que aparece descrita en el art. 509 del proyecto. Pero el proyecto establece otras que tipifican modalidades específicas del mismo ilícito previsto en el nombrado Art. 509, equivalente al citado art. 31 de la vigente Ley de Fideicomisos. En efecto:

- El Art. 507 del proyecto establece como delictual la *desviación o cambio del destino* establecido para el fondo fiduciario o para los beneficios o rendimientos producidos por el mismo, o cuando se "desvirtúen las demás instrucciones a favor del beneficiario". Conviene precisar que esas modalidades de la proyectada acción delictual deben consistir en evidentes incumplimientos de estipulaciones del contrato de fideicomiso o de la Ley de Fideicomisos, a las cuales se refieren tanto el proyectado art. 509 como el vigente art. 31 de la Ley de Fideicomisos, textos estos que además incluyen al fideicomitente como sujeto pasivo de este delito, inexplicablemente excluido en el art. 507.

- El proyectado art. 507 tampoco incluye ninguna referencia a la necesidad de que se produzca *perjuicio o daño irreparable* en el patrimonio del sujeto pasivo, circunstancia que es imprescindible a fin de evitar la posibilidad de pretender sanciones penales por incumplimientos no dañinos, circunstancia que si prevé el art. 509 del proyecto, siguiendo la *ratio juris* del art. 31 de la Ley de Fideicomisos.

- En el encabezamiento del art. 509, como ya antes comentamos, se reproduce la esencia del vigente art. 31 de la Ley de Fideicomisos. No obstante, el art. 531 del proyecto no prevé la derogatoria de ésta disposición penal especial. Esa misma disposición del proyecto (art. 509), en su único aparte, establece como modalidad delictual la conducta consistente en la *desviación ilícita del fondo fiduciario*. Por técnica legislativa, esa disposición debía constituir un aparte del art. 507 y no, como aparece, en el art. 509. Sin embargo e independientemente de lo anterior, esta disposición es complementaria del referido art. 507 porque sanciona la utilización ilícita del fondo fiduciario, entendiéndose por tal, en este caso, aquella utilización contraria a las previsiones de la ley o a las determinaciones impartidas por la Superintendencia de Bancos, aún cuando el fideicomitente las hubiere aceptado o aparecieren pactadas en el contrato de fideicomiso.

- El art. 510 tipifica la falsedad de informaciones sobre un fondo fiduciario, divulgadas a terceros como medio de comisión para sorprender su buena fe e inducirlo a suscribir un contrato de fideicomiso. Sin embargo, su redacción luce bastante imprecisa porque, con posterioridad a la suscripción de un contrato de fideicomiso, el fideicomitente, el beneficiario, o cualquier tercero, maliciosamente podrían alegar que el fideicomitente resultó engañado para lograr, mediante ese comportamiento malicioso, la extinción o la modificación del contrato de fideicomiso, procurándose así una ventaja mediante la ambigüedad de este tipo legal.

En los arts. 511, 512, 513 y 514 del proyecto, se tipifican algunas conductas relativas a fraudes informáticos. Así:

El artículo 511 crea el delito de *utilización indebida de información privilegiada*, en el cual pueden incurrir las personas naturales que integren un ente financiero y, por

tal circunstancia, utilicen, modifiquen, revelen o difundan información confidencial que se encuentre registrada en medios escritos, magnéticos o electrónicos.

- El tipo proyectado excluye cualquier otra fuente de información confidencial distinta a la instrumental, o captable por medios magnéticos o electrónicos. Adicionalmente, no precisa si el sujeto activo debe actuar para procurarse un beneficio ilícito para sí o para un tercero, o si el delito se comete independientemente del perjuicio económico o moral resultante para el ente financiero agraviado.

- La misma disposición incluye una modalidad delictual diferente a la anterior, que consiste en la sanción a las personas que formen parte de la organización de algún ente financiero y destruyan, alteren o utilicen datos, programas o documentos escritos o electrónicos. Esta última disposición luce fuera de contexto, primeramente porque los actos constitutivos del ilícito penal no deben estar revestidos del carácter de confidencialidad exigido en el tipo básico, y en segundo lugar, porque aunque no lo expresa así la disposición, ésta debe ser redactada formando un tipo autónomo de delito informático, y no como -sin ninguna razón- aparece inserta como modalidad en el tipo de delito de utilización dolosa de información privilegiada.

En general, las previsiones contenidas en los artículos 511 al 514 del proyecto lucen tímidas e incompletas en cuanto a la determinación de las penas, e insuficientes y ambiguas en cuanto a la descripción de las conductas delictuales y en cuanto a la utilización de vocablos nada claros para la determinación del núcleo rector del tipo (ejemplo: "manipulación", "artificio similar"), dejando sin protección legal una gama de conductas que ya ha sido incorporada a la legislación positiva en muchos países que han adecuado su ordenamiento jurídico a las técnicas informáticas. Sugerimos acudir a tal efecto al contenido del PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS, elaborado por la ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA, planteando incluso la

incorporación de este último como un capítulo aparte del Título VII, o bien creando una disposición en la cual se remita a la legislación especial la descripción de los comentados delitos informáticos.

El art. 517 del proyecto reproduce literalmente el art. 298 de la vigente ley especial, lo cual hubiera sido factible durante la vigencia del sistema procesal establecido en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal; pero, en la actualidad, esa disposición del proyecto resultaría inconstitucional, de conformidad con lo establecido en el ordinal 1° del art. 49 de la CRBV, por ser violatoria del debido proceso. Adicionalmente, cabe destacar que el art. 298 de la vigente Ley de Bancos quedó derogado implícitamente por disposición del art. 501 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL (COPP). Luego, su inclusión en el proyecto sería violatoria de los art. 22, 214 y 216 de dicho Código, y por vía de consecuencia, de la mencionada disposición establecida en el ordinal 1° del art. 49 de la CRBV. Si bien es cierto que de conformidad con el art. 9 numeral 11 de la LEY DE POLICÍA DE INVESTIGACIONES PENALES, la Superintendencia de Bancos puede ser considerada como órgano de policía de investigaciones penales en materias de su competencia, tales funciones tiene que ejercerlas con estricto acatamiento al sistema procesal establecido en el COPP.

CAPITULO III
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones:

5.1.1 En el año 1994, paralelamente a la entrada en vigencia de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, aparece también una nueva Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, donde se incorporan importantes cambios dentro de ese sistema, y se atribuye a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control del mismo. A la fecha, los dos mayores impactos de esa reforma legal han sido la transformación de las entidades de ahorro y préstamo en compañías anónimas, lo que les ha permitido obtener condiciones adecuadas para competir en algunos nichos compartidos como el ahorro habitacional; y la reducción significativa del mercado, producto de las fusiones entre entidades, y su extinción jurídica al incorporarse con bancos universales.

Esta realidad del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, permite su inclusión dentro de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, manteniendo inalterable el espíritu, propósito y razón del mismo; es decir, su objeto básico continúa siendo crear, mantener, fomentar y desarrollar condiciones y mecanismos favorables para la captación de recursos financieros, principalmente ahorros; y su canalización en forma segura y rentable mediante las actividades crediticias permitidas, hacia la familia, las sociedades cooperativas, el artesano, el profesional, las pequeñas empresas industriales y comerciales, y particularmente para la concesión de créditos destinados a solucionar el problema de la vivienda y facilitar la adquisición de inmuebles necesarios para el desarrollo de la comunidad.

5.1.2 En relación a los capitales mínimos requeridos para la banca hasta la fecha, se mantenían bajo un rigor legal que impedía adecuar esos capitales a la par de la realidad económica del país; sin embargo, la misma dinámica de crecimiento del

sector bancario condujo a la mayoría de las instituciones financieras a fortalecerse patrimonialmente para ser competitivos.

Por ello, en consonancia con las exigencias del mercado actual, los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, deberán ajustar su capital con base a un factor que permita su modificación progresiva de acuerdo con las variables macroeconómicas que rijan en el país.

5.1.3 Se enfatiza la importancia de la normativa prudencial que dicta la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y cuyo obligatorio cumplimiento por parte de los entes regulados permite establecer un adecuado control sobre las operaciones que realiza el sector bancario, logrando con ello: evitar un eventual deterioro de la cartera de crédito o la de inversiones; evitar la desviación del objeto de los fideicomisos; la debida aplicación contable de los ingresos generados y los efectivamente cobrados; la utilización de criterios especiales para calificar las operaciones de la banca destinada al sector microfinanciero; implementar controles para evitar riesgos de liquidez; determinar la información que debe ser suministrada regularmente; y evaluar los indicadores financieros, entre otros aspectos de similar importancia.

5.1.4 Se introducen dos (2) tipos de banca especializada: banco de desarrollo y banco de segundo piso; dirigidos a prestar los servicios financieros que se ameritan para fomentar, financiar y promover tanto los proyectos específicos para el desarrollo general, como las actividades microempresariales producto de la iniciativa privada.

La diferencia entre ambos tipos de bancos, radica en que los bancos de desarrollo pueden realizar operaciones denominadas de segundo piso, mientras que los bancos de segundo piso no cuentan con taquillas de atención directa al público.

5.1.5 En esta Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, se recogen algunos criterios que establecía la Ley de Regulación Financiera, y se amplían los

criterios de vinculación para el establecimiento de empresas relacionadas; y entre otros aspectos se incorpora en la Ley, el concepto de influencia significativa como parámetro objetivo para determinar vinculaciones.

5.1.6 Ante la necesaria seguridad jurídica que se requiere en este ámbito, la Ley faculta a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, para regular los servicios prestados por medios magnéticos, telefónicos y electrónicos; y aquellos bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras que aspiren realizar operaciones por esos medios, requerirán autorización del ente supervisor.

5.2 Recomendaciones:

5.2.1 Convendría introducir mayores precisiones a la redacción del artículo 41 del Proyecto, específicamente en cuanto a la correcta definición del alcance y supuestos de procedencia de las medidas de *suspensión y cierre de cuentas corrientes*, fijando parámetros mínimos al respecto directamente en el propio texto legal, sujetos al posterior desarrollo y a las variaciones que impriman los clientes y las instituciones en los respectivos contratos que celebren a tal efecto.

5.2.2 En materia de fideicomiso el proyecto se observa muy ambicioso a la hora de modificar la actual estructura lo cual puede intervenir de manera negativa la labor de la institución en su carácter de fiduciario; En tal sentido observamos que existen artículos que no deben modificarse y por el contrario deben mantener su redacción actual, es el caso del artículo 50 del proyecto en el cual se ha agregado una frase que alude a que los bancos no podrán asumir riegos financieros, en las operaciones que actúen como fiduciarios. Es importante destacar que las instituciones fiduciarias, no asumen riegos financieros por cuanto en tales casos no estaríamos en presencia del fideicomiso, la figura se habría desnaturalizado, tal y como la propia SUDEBAN lo ha declarado desde el año 1997 en una circular y que ha sido ratificada en el año

2000. La referencia riesgo financiero tiende a crear la confusión que se advierte a lo largo de todo el articulado revisado y que ha permitido que se mezcle la noción de servicios fiduciarios, por una parte, con la clásica intermediación financiera, a pesar de las profundas diferencias que existen entre ambos. Por lo que se sugiere eliminar la referencia señalada.

5.2.3 En términos generales, el proyecto de Ley se convierte con esta modificación en un texto de gran extensión que supera con creces la cantidad de artículos que posee la actual Ley, lo cual no siempre puede ser considerado un aspecto positivo. Es necesario revisar la real necesidad de la creación de un número tan abundante de artículos que a diferencia de lo que se espera, puede incluso retardar y incluso complicar la aplicabilidad de la norma desvirtuando en definitiva el objetivo de su creación y su aplicabilidad.

Con estas conclusiones y recomendaciones se pretende llamar la atención en relación al tema en referencia ya que el proyecto objeto de análisis constituye la base de toda una estructura en la que se fundamenta el funcionamiento del sistema Bancario.

ABREVIATURAS.

BCV.	Banco Central de Venezuela.
CBN.	Consejo Bancario Nacional.
CNV.	Comisión Nacional de Valores.
COPP.	Código Orgánico Procesal Penal.
COT.	Código Orgánico Tributario.
CRBV.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
GO.	Gaceta Oficial.
LBCV.	Ley del Banco Central de Venezuela.
LISDRC.	Decreto Ley de Impuestos sobre Sucesiones Donaciones y demás ramos conexos.
LISR.	Decreto Ley de Impuesto Sobre La Renta.
LGBOIF.	Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
LIVA.	Decreto Ley de Impuesto al Valor Agregado.
LOA.	Ley Orgánica de Amparo sobre Garantías y Derechos Constitucionales.
LRF.	Ley de Regulación Financiera.
LSNAP.	Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.
SUDEBAN.	Superintendencia de Bancos.
Vgr.	Por ejemplo.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, Gaceta Oficial de la República de Venezuela 36.860 Diciembre, 30, 1999. Reimpresa en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 5.453 (Extraordinario) Marzo, 24, 2000.

Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 3.228, Octubre, 28, 1993.

Mantellini, Héctor, (1996, Septiembre, 2001, Marzo), Apuntes para una Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras,

Comité Fiduciario de la Asociación Bancaria. (2001, Junio) "Análisis del Proyecto de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras".

Asociación Bancaria Venezolana, Exposición de Motivos Ley de Bancos, Disponible: http://www.asobanca.com.ve/documentos_varios/exposicion_motivos_ley_bancos.doc [Consulta: 2001, Julio 07]

Asociación Bancaria Venezolana, Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financiera, Disponible: http://www.asobanca.com.ve/documentos_varios/ley_general_bancos.doc [Consulta: 2001, Julio 07]

Asociación Bancaria Venezolana, Reforma Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Disponible: http://www.asobanca.com.ve/documentos_varios/reforma_ley_general.doc [Consulta: 2001, Julio 07]