

# Derecho y Sociedad

## 10 *Trabajos Jurídicos Varios*

Tulio Alberto Álvarez

Gilberto Atencio Valladares

Román J. Duque Corredor

Rafael García Pérez

Carlos García Soto

Andrés F. Guevara B.

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal

Eugenio Hernández-Bretón

Luis Enrique Mata Palacios

Ofelia Riquezes Curiel

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Diana Trías Bertorelli

Juan Miguel Matheus

Fernando Vizcaya Carrillo

Octubre

2011



supra montem posita  
2 octubre 1998

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

Derecho  
y Sociedad  
*10 Trabajos  
jurídicos varios*

Octubre 2011

# Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela  
derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623 Web: www.uma.edu.ve

## **CONSEJO EDITORIAL**

Carlos García Soto  
**Director**

## **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Eugenio Hernández-Bretón

**Decano**

Carlos García Soto

**Director de la Escuela de Derecho**

Geraldine Cardozo Ríos

**Secretaria**

## **CONSEJO ASESOR DE LA REVISTA DERECHO Y SOCIEDAD**

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares +

Pedro A. Rengel N.

Arístides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

**HECHO EL DEPÓSITO DE LEY**

**ISSN: 1317-2778**

**Diagramación:** Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

**Impresión:**

# ÍNDICE

Editorial.....	17
----------------	----

## DERECHO

El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano en función de una comunidad superior de participación

Tulio Alberto Álvarez.....	21
----------------------------	----

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	21
II. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	22
III. REFORMA LEGISLATIVA DIRIGIDA A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PODER POPULAR.....	26
IV. ENTIDAD DEL PODER POPULAR DESDE LA PROPUESTA DE ESTADO COMUNAL – SOCIALISTA.....	28
V. CONCLUSIONES.....	31
VI. LISTA DE REFERENCIAS.....	31

Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley Orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

Gilberto Atencio Valladares.....	35
----------------------------------	----

I. RESUMEN.....	35
II. INTRODUCCIÓN.....	35
2.1. «Aportes» de la LOCTICSEP.....	37
2.2. Entrada en vigencia.....	38
2.3. «Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios.....	40
III. CONCLUSIONES.....	43

El Estado de Derecho Democrático y el Estado Comunal Socialista.....

Román J. Duque Corredor.....	45
------------------------------	----

Política y Religión: ejemplos de la revolución  
independentista venezolana

Rafael García Pérez ..... 53

El carácter servicial de la Administración Pública:  
el artículo 141 de la Constitución

Carlos García Soto ..... 69

I. INTRODUCCIÓN ..... 71

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 103.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA ... 72

III. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN ..... 75

3.1. *Notas para su interpretación.* ..... 75

3.2. *Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial  
de toda la actividad administrativa* ..... 79

3.3. *La posición del Reglamento como manifestación  
del carácter servicial de la Administración* ..... 80

3.4. *El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno:  
el interés general.* ..... 81

3.5. *El carácter servicial de la Administración Pública  
como criterio para el control judicial de su actividad* ..... 83

3.6. *Las consecuencias del principio* ..... 84

IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO ..... 85

La definición de divisa en la reforma de la Ley  
contra los Ilícitos Cambiarios

Andrés F. Guevara B. .... 87

I. INTRODUCCIÓN ..... 87

II. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LIC. .... 88

III. CONCEPTO DE DIVISA EN EL DERECHO VENEZOLANO ..... 89

IV. CONCEPTO DE TÍTULO VALOR ..... 92

V. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO Y CRÉDITO COMO PARTE  
DE LOS TÍTULOS VALORES ..... 93

VI. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL ..... 94

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN ..... 96

Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela  
del s. XIX y principios del XX

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal . . . . . 99

I. RAZONES QUE PROPICIARON LA INSTAURACIÓN  
DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO (1873) . . . . . 99

    1.1. *Razones ideológicas* . . . . . 99

    1.2. *Razones personales de Guzmán Blanco* . . . . . 105

II. EL DIVORCIO VINCULAR EN VENEZUELA (1904) . . . . . 108

III. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX . . . . . 113

El arbitraje internacional y la jurisdicción  
de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo

Eugenio Hernández-Bretón . . . . . 117

El Profesor Alfredo Morles Hernández

Eugenio Hernández-Bretón . . . . . 131

Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones  
del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

Luis Enrique Mata Palacios . . . . . 135

I. INTRODUCCIÓN . . . . . 135

II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA . . . . . 136

III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB . . . . . 140

    3.1 *De los fondos del público* . . . . . 140

    3.2 *De la habitualidad* . . . . . 144

    3.3 *De los propios fondos* . . . . . 147

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL . . . . . 150

La Delegación Legislativa en el Marco  
Constitucional Venezolano

Ofelia Riquezes Curiel . . . . . 151

I. INTRODUCCIÓN . . . . . 151

II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES . . . . . 152

## ÍNDICE

III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA . . . . .	154
IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO . . . . .	157
El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli	
Julio Rodríguez Berrizbeitia . . . . .	163
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	163
II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA . . . . .	165
III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA . . . . .	170
IV. EL DERECHO POSITIVO . . . . .	173
V. EL ESTADO DE DERECHO . . . . .	176
VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA . . . . .	179
VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA . . . . .	184
VIII. CONSIDERACIONES FINALES . . . . .	184
La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados	
Diana Trías Bertorelli . . . . .	187
I. Breve introducción del tema . . . . .	187
II. La participación ciudadana. Fundamento constitucional . . . . .	187
III. Medios de participación ciudadana en el ámbito político . . . . .	190
IV. La participación ciudadana en materia normativa . . . . .	190
V. La consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo. . . . .	191
VI. Producción normativa de la Administración. Potestad normativa del Presidente de la República. . . . .	192
VII. La participación ciudadana dentro del ejercicio de la potestad del Presidente de la República para dictar Decretos Leyes. . . . .	194
7.1. Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública . . . . .	194
VIII. CONCLUSIONES . . . . .	201

**SOCIEDAD**

La primacía de la piedad patriótica	
Juan Miguel Matheus . . . . .	205
Ética, Valores y Crisis sociales	
Fernando Vizcaya Carrillo . . . . .	209
I. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE . . . . .	211
II. LA PERSONA HUMANA . . . . .	212
III. LA ÉTICA . . . . .	213
IV. LOS VALORES . . . . .	215
V. LA CRISIS . . . . .	216
VI. EL BIEN COMÚN Y LAS DEFINICIONES DE JUSTICIA . . . . .	217
VII. LOS PRINCIPIOS. . . . .	218
VIII. CÓMO SE CONSIGUE LA ÉTICA. . . . .	219
IX. UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN PARA CONDUCTAS CON VALORES . .	221
X. A MANERA DE CONCLUSIÓN . . . . .	221
Referencias Bibliográficas. . . . .	222



## EDITORIAL

En este número 10 de *Derecho y Sociedad* hemos querido hacer un esfuerzo especial en invitar a los propios profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. El resultado está la vista. Varios profesores de la Universidad han entregado interesantes trabajos en el área jurídica, e incluso algunos sobre temas no estrictamente jurídicos, pero relacionados con el arte del Derecho. Profesores de otras Universidades también han publicado trabajos en este número.

Una de las consecuencias naturales de la labor del profesor es precisamente esa: dar a conocer desinteresadamente a los demás los propios hallazgos, producto de la labor de preparar las clases y de la investigación que se realice sobre puntos de interés. Es sabido cómo la labor del profesor que prepara sus clases continuamente da ocasión para la profundización de aspectos que se consideran particularmente interesantes.

Por supuesto, entre los beneficiarios de esas investigaciones se encuentran los alumnos, que pueden también estudiar a partir de esos descubrimientos realizados por sus profesores.

En Venezuela hay importantes temas jurídicos que pueden recibir mayor atención científica, con el objetivo de dar soluciones cónsonas con nuestras tradiciones jurídicas.

Mucho se avanza con cada libro o artículo que se publica, porque así quienes vienen detrás pueden comenzar sobre las conclusiones a las cuales han llegado otros. En *Derecho y Sociedad* hay un espacio que ponemos a la orden para ese esfuerzo común.

Carlos García Soto  
Director

# Derecho

# Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

*Luis Enrique Mata Palacios*<sup>1</sup>

*“Solamente aquél que construye el futuro  
tiene derecho a juzgar el pasado.”*

Friedrich Nietzsche

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La intermediación financiera. III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB: 3.1 De los fondos del público. 3.2 De la habitualidad. 3.3 De los propios fondos. IV. A modo de reflexión final

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace una década hemos notado un incremento sustancial de los indicadores de liquidez M1 y M2<sup>2</sup>. Aunado a ello, el control de cambios vigente en la República desde el 2003 ha forzado a las grandes compañías a, bien mantener sumas importantes de Bolívares producto de sus utilidades (*i.e.* vista la imposibilidad de efectivamente pagar dividendos a sus accionistas en divisas), o a invertirlos en el mercado nacional. Así, las compañías con montos de Bolívares excedentarios a los requeridos para su giro ordinario, han optado, entre otros, por otorgar préstamos, hacer inversiones, financiar proyectos en Bolívares, incluso ajenos a su objeto ordinario, a los fines de proteger –medianamente– sus intereses contra los efectos devastadores de una montante inflación y devaluaciones anuales. De este modo, estas nuevas fuentes de financiamiento nos han obligado a reflexionar sobre la definición de intermediación financiera contenida

<sup>1</sup> Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello, mención summa cum laude (2012). Asistente de cátedra de Derecho Mercantil II en la Universidad Católica Andrés Bello (2011-2013). Alumno de la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; pendiente presentación del Trabajo Especial de Grado (2011-2013). Alumno regular de la Maestría en Leyes (LL.M.) de la Universidad de Columbia en Nueva York (2013).

<sup>2</sup> Vid. [www.bcv.org.ve/excel/1\\_3\\_1.xls](http://www.bcv.org.ve/excel/1_3_1.xls)

en el artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (“LISB”)<sup>3</sup> como una actividad regulada, pues en caso de que las operaciones y/o transacciones previamente referidas constituyeren alguna de las previstas en el supuesto de la norma a ser comentada disparará un régimen regulatorio y sancionatorio especializado.

## II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

El artículo 2 ordinal 14 del Código de Comercio<sup>4</sup> prevé que “*son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos solamente (...) 14. las operaciones de banco y las de cambio*”. Dicho artículo permite colegir que los sujetos del negocio de bancos son empresarios y que “(i) *el negocio de los bancos, para el banquero, es acto objetivamente mercantil* y (ii) *el negocio de bancos, para el banquero, es una dinámica empresarial*”<sup>5</sup>. Las operaciones bancarias referidas son generalmente “*operaciones de crédito realizadas por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional*”<sup>6</sup>; es decir, esencialmente, comprende el recoger o centralizar capitales dispersos y disponibles para luego redistribuirlos entre quienes necesitan capital. No obstante, debemos advertir que tanto en la doctrina nacional como comparada encontramos pluralidad de definiciones propuestas en este sentido<sup>7</sup>. Ahora bien, es de interés recordar

<sup>3</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 39.627, del 5 de marzo de 2011.

<sup>4</sup> Publicado en Gaceta Oficial N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

<sup>5</sup> RONDÓN HAAZ, Pedro, *La propiedad de los depósitos bancarios. La decisión 1.178 2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, en Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen III, 2012, pg. 319.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, pg. 20.

<sup>7</sup> Cfr. Entre otros: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Tomo I, Caracas, 2007, pg. 641: quien señala que “*los bancos realizan una actividad tradicional por la cual son más conocidos del público: prestar el servicio de caja a sus clientes, a través del recibo de sus fondos en depósito, el pago de sus órdenes (contenidas generalmente en cheques) y el cobro de sus créditos (representados igualmente en cheques a su favor)*.” EHREMBERG, citado por RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios su significación en América Latina*, 5ta Edición, Legis, Colombia, 2002, pg. 160 “*en verdad la expresión operación de banca sólo es un gran global: comprende aquellas operaciones de las que cada una en particular, por sí sola, basta para calificar de empresa mercantil su ejercicio y al empresario, de comerciante, de banquero*”. Para RONDÓN HAAZ, *op. cit.* Por otra parte, Bolaffio pone el acento sobre la interposición en el crédito *vid.* BOLAFFIO, León, *Derecho Comercial Parte General: Leyes y Usos Comerciales, Actos de Comercio*, tomo 1, Ediar, Soc. Anon. Buenos Aires, pg. 451; RUIZ VELEZ-FRÍAS, FLORIÁN Y ROBLES POMPA, Julio, *Los Bancos y sus Operaciones*, 5A Edición, Tecnibán, 1976, pg. 29 “*el negocio de Banca consiste, pues, en dar adecuado empleo al dinero que los clientes depositan, buscando la máxima productividad para estas inversiones, ya que de ellas dependen en gran parte los resultados de la explotación bancaria*”; sin embargo, la noción de intermediación financiera pareciera estar dotada de mayor amplitud que la simple intermediación en el crédito, *vid.* Quintero, José, *Los Delitos Financieros*, en *Los Delitos Económicos II Jornadas Centenarias del colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Carabobo, 1996, pg. 19.

que, “predominantemente, pero no exclusivamente, los empresarios banqueros acometen la realización de su actividad de intermediación financiera mediante su interposición entre los agentes económicos excedentarios o de ahorro y los agentes económicos deficitarios o de gasto, para lo cual reciben de los primeros excedencias monetarias y, posteriormente, las colocan o invierten en manos de los segundos, necesitados de circulante”<sup>8</sup>. En este sentido, la LISB regula a la intermediación financiera y prevé que para acometer tal actividad se requiere de un acto-condición<sup>9</sup> que habilita el ingreso mediante su contenido autorizatorio al ordenamiento sectorial<sup>10</sup> y establece los presupuestos y condiciones bajo las cuales el sujeto regulado podrá desarrollar la actividad sectorizada en lo adelante<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> RONDÓN HAAZ, *op. cit.* pg. 321. En este sentido, *vid.* GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*, 2da edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, pg. 5 “*en efecto, los bancos dan a crédito aquello mismo que ellos recibieron de crédito. Son mediadores en el crédito, es decir, negociantes que median entre los que necesitan dinero para su negocios y los que desean colocar su dinero de manera fructífera.*” Para MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y comercial*, EJEA, Argentina, Buenos Aires, Volumen VI, 1971 pg. 126 “*los bancos es ciertos que practican diversas operaciones de crédito; pero, en definitiva, todas ellas se condensan en el siguiente esquema: recoger dinero, realizando operaciones pasivas y proporcionar dinero, mediante diversas operaciones activas.*” BARBOSA, Luis y CASTAÑO, Marlene, *Contrato Bancarios*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pg. 63 “*mediante operaciones de intermediación en el crédito, el banco transfiere en forma de préstamos los capitales que acumula.*” RICO LÓPEZ, *Banca Comercial Venezolana: Una metodología para su Análisis*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pg. 13 “*(...) al captar los fondos generados por numerosas unidades económicas canalizándolas hacia otras unidades económicas que los requieren para atender sus obligaciones (...)*”.

<sup>9</sup> Según enseña el Profesor Héctor Turuhpial en su curso de Derecho Bancario dictado en Caracas en la Especialización de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>10</sup> Respecto de los ordenamientos sectoriales *vid.* GIANNINI, Máximo, *Derecho Administrativo*, MAP, Volumen I, Madrid, 1991, pg. 108 “*Desde el punto de vista jurídico, los ordenamientos sectoriales están constituidos por empresarios que desarrollan una cierta actividad; para desarrollarla éstos necesitan una disposición administrativa inicial que las normas configuran bien como autorización bien como concesión. Mediante dicha disposición éstos son inmersos en el ordenamiento cuya organización está constituida por órganos del Estado (pero podría estar constituida por un ente a propósito). Dichos órganos tienen poderes normativos internos (y así dan vida a la normativa interna de los ordenamientos), poderes de dirección y de ordenación (más o menos intensos), y poderes de control preventivos y represivos (...)*”.

<sup>11</sup> Sentencia N° 1.441 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 08 de agosto de 2007) “*(...) se constata la relación de sujeción especial existente entre las entidades bancarias y la SUDEBAN, ello como consecuencia del interés general involucrado en las operaciones desplegadas por dichas instituciones, es decir, la actividad de intermediación financiera ejercida, y su incidencia en el ámbito económico del país. Se trata entonces de un sector fuertemente regulado, correspondiendo por Ley a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la inspección y control de los bancos y otras instituciones financieras, así como la protección de los intereses de los depositantes que utilicen los servicios de dichas entidades.*” Adicionalmente, en este sentido, *vid.* sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en (i) Sala Accidental, N° 00569 del 6 de mayo de 2009, caso Banco

Para Giral tal autorización se requiere “*dado el carácter de servicio público de la actividad bancaria*”<sup>12</sup>.

El artículo 5 de la LISB reza:

“*Artículo 5. Intermediación financiera*

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

Es precisamente el precitado artículo lo que será objeto del presente trabajo. Sin embargo, debemos advertir que dicho artículo debe ser leído en concordancia con (i) el artículo 7 numeral 1 *eiusdem*, el cual prevé que “*toda persona natural o jurídica que realice actividades de intermediación o de servicios financieros auxiliares, requiere de autorización previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de acuerdo con las normas establecidas en la presente Ley. En consecuencia, aquella que carezca de esta autorización, no podrá: 1. Dedicarse al giro propio de las instituciones bancarias, y en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, especies o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos o inversión en títulos valores, bajo cualquier modalidad contractual.*”; (ii) el artículo 11 de dicha Ley, según el cual “*se entiende por Banco Universal a las instituciones que realizan todas las operaciones de intermediación financiera y sus servicios conexos, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la presente Ley*”; y (iii) el encabezamiento

---

Venezolano de Crédito vs SUDEBAN, (ii) Sala Político-Administrativa, N° 01692 del 29 de octubre de 2003, caso Promotora Viseca, C.A. vs JEF; y (iii) Sala Constitucional N° 2164 del 14 de septiembre de 2004.

<sup>12</sup> GIRAL, José Alfredo, *La intermediación financiera*, en Revista de Derecho Mercantil Año VII, Nos. 18-19, Caracas, 1995, pg. 41. En este sentido, la ley vigente, en su artículo 8 prevé que “*las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un servicio público y deben desarrollarse con estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3 de la presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social.(...)*”. Ahora bien, debemos advertir que el precitado artículo no será objeto de análisis en el presente trabajo. Para una mejor comprensión sobre el particular, *vid.* HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, *La Actividad de Servicio Público y La Regulación Bancaria*, en: II Jornadas de Derecho Administrativo, Funeda, Caracas, 2005 y MUCI FACCHIN y MARTÍN PONTE, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pg. 26 ss. Igualmente, *cfr.* con la Exposición de Motivos de la ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1970, la cual establecía: “*En efecto, el criterio adoptado por la Ley General de bancos y Otros Institutos de Crédito es que el servicio de intermediación en el crédito comercial, hipotecario, de inversión, etc. constituye una actividad de servicio público que se presta por autorización o delegación del Estado*”. Sobre la actividad bancaria como un servicio público *vid.* ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Bancario*, Porrúa, S.A. México, 1991, pg. 147.

del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (“LOSFIN”)<sup>13</sup>, el cual caracteriza a la intermediación financiera como la captación de recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o de cualquier forma, a fin de utilizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera.

A propósito de lo anterior, es necesario advertir, que la intermediación financiera como la define el precitado artículo 5, no es la única actividad que pueden realizar los bancos. Ello se desprende de la lectura de dicho artículo 5, es decir, al definir la intermediación como “*la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste (...)*” la LISB no prevé que es la actividad *exclusiva* de las instituciones bancarias (pero sí de forma excluyente), tan es así que debe concurrir (i) la realización de la actividad por parte de las instituciones bancarias y (ii) que “*consista en (...)*”, luego al faltar el segundo elemento (objetivo) descrito, es decir, que la actividad no consiste en la conducta allí descrita, la misma no se reputará como intermediación, aún cuando fuere desarrollada lícitamente por una institución bancaria, como los *servicios conexos*. En este sentido, Morles Hernández, señala que “*aquí es necesario llevar a cabo una interpretación coordinada de esta disposición [refiriéndose al artículo 5 de la LISB] con las declaraciones contenidas en los artículos 7, 11, 53 y 60. En efecto, de conformidad con el artículo, las personas que estén autorizadas para realizar actividades de intermediación pueden dedicarse al giro propio de las instituciones bancarias, que no es otro que la realización de operaciones de banco (...) todo ello se resume en captar o recibir en forma habitual dinero del público; en recibir especies monetarias en depósito o en cualquier otra forma; en colocar tales recursos en forma de crédito o inversión en títulos valores, y en prestar servicios accesorios o conexos cuya diversidad es variable. El artículo 11 dispone que son las instituciones del sector bancario que realizan todas las operaciones de intermediación financiera y sus servicios conexos, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la presente Ley. El artículo 53 autoriza a los bancos a utilizar cualquier modalidad de intermediación propia de la actividad bancaria*”<sup>14</sup>.

Adicionalmente, es menester analizar el artículo 5 de la LSIB en concordancia con el artículo 214 de la LISB, el cual prevé el tipo penal de captación indebida<sup>15</sup>. Esto se justifica, en tanto que la definición de intermediación financiera constituye una de las actividades sancionadas por el tipo en cuestión. Así, el artículo 214 reza:

<sup>13</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.578 del 21 de diciembre de 2010.

<sup>14</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pg. 40.

<sup>15</sup> Previsto, a modo de referencia, en legislaciones latinoamericanas como “*captación masiva y habitual de dineros*” en Colombia; “*instituciones financieras ilegales*”, en el Perú; “*banca paralela*” en Panamá; “*captación ilegal de fondos del público*”, en El Salvador.

*“Artículo 214. Captación indebida*

*Serán sancionados con prisión de ocho a doce años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.”* (subrayado nuestro).

Es decir, el artículo tipifica un delito económico, al sancionar a los “bancos de hecho”, a quienes sin ser instituciones bancarias realicen intermediación financiera. Y es que *“en efecto, la función e intermediación financiera constituye el objeto y razón fundamental del sector financiero y esa gestión se desnaturaliza por la presencia en el mercado de individuos y personas jurídicas que sin infraestructura adecuada, carentes de solidez económica, y desde luego, sin contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos se dedican a captar del público sumas de dinero y practicar intermediación financiera, actividad que es regulada por el Estado altamente intervencionista en este aspecto.”*<sup>16</sup>

### III. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA BAJO EL ARTÍCULO 5 DE LA LISB

La intermediación financiera, según los términos previstos en el artículo 5 de la LISB, refiere a la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de recursos para el otorgamiento de créditos o inversiones. En este orden de ideas, el artículo 5 de la LISB contempla (i) un elemento subjetivo, en cuanto la actividad es realizada por instituciones bancarias<sup>17</sup> y (ii) un elemento objetivo, entendido como (a) la captación de fondos bajo cualquier modalidad con la finalidad de otorgar créditos; y (b) la captación de fondos con el objeto de colocarlos en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República. Como resulta evidente, ambos casos parten de la noción de *captación de fondos*.

#### 3.1 De los fondos del público

Para Cancino, *“captar dineros del público significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos”*<sup>18</sup>. Explica Giral que una interpretación histórica de la *captación de recursos*, debe entenderse como la

<sup>16</sup> PÉREZ DUPUY, María Inmaculada, *El Delito de Captación Indebida*, en: Derecho Penal: Ensayos, Colección de Estudios Jurídicos / 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pg. 431.

<sup>17</sup> La LISB prevé como instituciones bancarias a los bancos universales (artículo 11); bancos microfinancieros (artículo 12) e instituciones bancarias regionales (artículo 17). Por otra parte, adviértase que el artículo 5 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras prohíbe expresamente a las empresas de servicio especializado dedicarse a la intermediación financiera.

<sup>18</sup> Citado por PÉREZ DUPUY, María Inmaculada, *op. cit.* pg. 435.



captación de fondos del público a través de operaciones pasivas<sup>19</sup>. En similar sentido, advierte Acedo Mendoza que el término *captar* refiere la obtención de recursos del público a través de operaciones pasivas<sup>20</sup>.

Lamentablemente, ni la LISB ni la normativa prudencial en la materia, definen expresamente qué debe entenderse por *público* o *fondos del público*, por lo que entendemos que el legislador deja a criterio del juez determinar quiénes conforman al *público*<sup>21</sup>. No obstante, es claro que la noción de público denota, necesariamente, a más de una persona natural o jurídica. Seguidamente, señalamos algunas consideraciones que brindan cierta luz sobre qué debe entenderse por “público”, a saber:

- (i) El Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo<sup>22</sup>, dictado por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“Sudeban”) trata de forma independiente a las (a) captaciones del público (Código de Cuenta 210.00) y (b) obligaciones por otros financiamientos obtenidos, entre ellas las provenientes de instituciones financieras o/no nacionales o del exterior hasta o por más de 1 año (Código de Cuenta 240.00 y ss). Con base en lo anterior, entendemos que (a) no todo dinero recibido por una institución financiera es considerado captación del público; y en consecuencia, (b) la captación no se identifica con contratos de financiamiento. En este sentido, señala Quintero que el concepto de financiamiento *“incluye ordinariamente algo más que el crédito mismo, como por ejemplo, la inversión permanente o temporal, la especulación monetaria y las garantías del crédito”*<sup>23</sup>. Lo expuesto anteriormente nos permite excluir de la noción de *público* a instituciones bancarias, financieras o financieristas.

<sup>19</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 43. Y agrega *“esta definición sería consistente con la historia legislativa de la norma, toda vez que desde la ley del año 1961 hasta las leyes de los años 70, la obtención de fondos era definida a través de una enumeración de operaciones pasivas, a saber, depósitos a la vista, a plazo o de ahorro que se realizaban con el público”*.

<sup>20</sup> ACEDO MENDOZA, Carlos, *Instituciones Financieras*, Ediciones Mc. Graw-Hill, Sexta Edición, Caracas, 1990, pg. 95.

<sup>21</sup> Al respecto QUINTERO, Jesús R, *El delito de intermediación ilícita y la teoría del dominio del hecho*, en. *Delitos Bancarios: Seis Ensayos Hermenéuticos*, Editores Paredes, Caracas, 1997, pg. 139 *“es preciso destacar que cuando se alude a la captación de recursos del público para su inversión o colocación como característica de la intermediación financiera, se hace referencia únicamente al origen o fuente de estos fondos y no se puede afirmar, como erróneamente lo han hecho los tribunales bancarios en algunos de sus pronunciamientos estrafalarios que las captaciones de los bancos que son resultados de sus operaciones pasivas pertenecen a los acreedores de dichos fondos”*.

<sup>22</sup> Su última reforma fue publicada en Gaceta Oficial N° 40.009 del 17 de septiembre de 2012.

<sup>23</sup> QUINTERO, Jesús R, *op. cit.* pg. 141.

- (ii) En el contexto del mercado de valores, la antigua Comisión Nacional de Valores (actual Superintendencia Nacional de Valores [“SNV”]), en ausencia de una norma que permitiera delimitar parámetros sobre qué debe considerarse como *oferta privada de valores* –y en consecuencia no sujetas al control y regulación de la SNV– adoptó criterios prácticos (aún cuando debían ser evaluados caso por caso), que permitían calificar a una oferta de valores como privada o pública. Tales criterios toman en cuenta lo siguiente:
- a. El número de personas a quien se dirige la oferta. Si la oferta es hecha a un número sustancial de personas, entonces será considerada como pública; por supuesto que a mayor cantidad de oferidos, más nos aproximaremos a una oferta pública.
  - b. El medio a través del cual se hace la oferta. Cualquier promoción de la oferta nos acerca a la catalogación de oferta pública. Al respecto debemos apuntar que el artículo 206 de la LISB incluye como infractores o infractoras del artículo 5 (*intermediación financiera*) a “*las personas naturales o jurídicas que ofrecen a través de medios escritos o electrónicos, asesorías o intermediaciones como mecanismos para la obtención de productos financieros, como tarjetas de crédito, aprobación de créditos y otros*”. Adicionalmente, el artículo 7 de la LISB señala que se requiere autorización de Sudeban para “*efectuar anuncios o publicaciones en los que se afirme o sugiera que practica operaciones y servicios que le están prohibidos*”.
  - c. La identificación de la clase de oferidos. Si la oferta es hecha de forma general e indiscriminada dentro de cierta clase, o si por el contrario es hecha de forma particular a un número definido de personas.

En los casos en que se cumplieran con los mencionados parámetros, la SNV determinó que (a) la oferta calificaría como privada, y en consecuencia (b) no requería la autorización previa de la SNV. Desde un punto de vista práctico, consideramos que los criterios referidos *supra* pueden aplicar de forma análoga a la *captación de recursos del público*, pues en caso de que los fondos provengan de un número limitado de personas bien naturales o jurídicas, mal podremos pronunciarnos por considerarlas como *público*.

- (iii) A modo de referencia, hemos encontrado en el derecho comparado (*i.e.* en la legislación colombiana), una norma que establecía parámetros objetivos a los efectos de definir la noción de *público* dentro del contexto de intermediación financiera. En efecto, el Decreto 2920 de 1982 utilizaba la expresión masiva y habitual. El artículo preveía que “(...) *se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y*

*habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas (...) o por más de 50 obligaciones, siempre y cuando (a) el valor de dichas obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o (b) que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de ofertas públicas o privadas a personas innominadas".* Así, nótese que aún cuando la mencionada norma contempla la expresión *público*, sólo considera que la intermediación se hace de forma masiva si se han contraído obligaciones con más de 20 personas. Según refiere Pérez Dupuy, *"la norma no dio resultado en Colombia, pues refieren los autores que se ingeniaron nuevos mecanismos para evadir las limitaciones legales, tales como acudir a la interpuesta persona o a la figura del mandato"*<sup>24</sup>. Sin embargo, más allá de la eficacia de dicha norma, consideramos rescatable el parámetro objetivo relativo a la publicidad de la captación de fondos.

- (iv) Adicionalmente, encontramos en la sentencia C-135/09 de la Corte Constitucional de Colombia referencias al escrito radicado el 29 de enero de 2009, mediante el cual intervino Edmundo del Castillo (*i.e.* Secretario Jurídico de la Presidencia de la República de Colombia) para defender la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008<sup>25</sup>, lo siguiente: *"En esa medida para poder demostrar la responsabilidad administrativa o penal era necesario acreditar: (i) el elemento subjetivo, según el cual para que se verifique la conducta sancionable los dineros recibidos deben provenir de terceros y no de personas que estén vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los dineros; (ii) el elemento objetivo exige que los dineros sean recibidos a título de mutuo, de mandato, de operaciones de reporto, o de cualquier otro negocio jurídico sin que exista la obligación por parte del captador de suministrar al depositario de los recursos bienes o servicios como contraprestación del dinero recibido; (iii) un elemento cuantitativo de conformidad con el cual el pasivo para con el público del captador estuviera compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones contraídas directamente o a través de interpuesta persona, o que el captador hubiera celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario; (iv) un elemento cuantitativo y operacional de conformidad con el cual se requiere que las operaciones de captación de recursos sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del captador o receptor de los dineros."* (subrayado nuestro).

<sup>24</sup> PÉREZ DUPUY, *op. cit.* pg. 436

<sup>25</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-135-09.htm>

De lo anterior, es necesario rescatar que (a) los terceros de quienes se captan los fondos deben ser personas no vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los fondos, pues en ese caso los fondos no provendrían de un público indeterminado o indiscriminado y (b) se establece –nuevamente– un parámetro objetivo (*i.e.* numérico) para determinar cuando la captación es realizada de forma masiva. Adicionalmente, nótese como los criterios mencionados en este párrafo se compadecen con aquéllos referidos en los puntos (ii) a y b anteriores, los cuales son aplicados por la SNV.

### 3.2 De la habitualidad

Según señala Giral, la “*Ley de Bancos* [refiriéndose a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada en Gaceta Oficial No. 4.641 Extraordinario del 2 de noviembre de 1993] *se distingue de su historia legislativa en el requisito de “habitualidad”. De esta manera, para el legislador venezolano de 1993, la captación puede ser habitual o no, dependiendo del tipo de intermediación de que se trate, lo cual es radicalmente distinto a lo previsto por las leyes de los años 70*”<sup>26</sup>. En efecto, consideramos que tal afirmación conserva su vigencia bajo la LISB. Aún cuando es evidente que el artículo 5 de la LISB al describir a la *intermediación financiera*, no hace alusión a la *habitualidad* de la operación, es menester señalar que el numeral 1 del artículo 7 de la LISB prevé que se requerirá autorización de Sudeban para “*captar o recibir en forma habitual dinero de terceros*”; de igual forma el artículo 214 de la LISB prevé como uno de los elementos objetivos del tipo la “*captación de recursos del público de manera habitual*”<sup>27</sup>. En consecuencia, aún cuando la definición legal de intermediación financiera contenida en el artículo 5 de la LISB no exija el requisito de habitualidad no puede obviarse el mismo, pues la captación habitual de recursos (como un supuesto de intermediación financiera) es, en definitiva, la actividad sujeta a autorización, so pena de sanciones.

La habitualidad en un *sentido lato* supone un hacer con continuación o por hábito, es decir, un modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes. Ahora bien, la definición provista no arroja

<sup>26</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 44.

<sup>27</sup> Ahora bien, el artículo 214 de la LISB sanciona a quienes “*practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual*”. Al respecto observamos que (i) el artículo 5 de la LISB –que define la *intermediación financiera*– no exige su habitualidad; (ii) el artículo 214 sanciona a quienes practiquen la intermediación financiera (entendemos que según el artículo 5); (iii) adicionalmente el artículo 214 sanciona a quienes capten recursos de manera habitual del público; ergo entendemos que (iv) aún cuando la captación no habitual pudiere constituir intermediación financiera, sólo será punible cuando dicha captación fuere habitual.

ninguna certeza sobre cuántos actos deben repetirse a los fines de demostrar *habitualidad* en la forma de proceder. En este sentido, en la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009, la Corte de Apelaciones de Trujillo, en el caso *Jaime Lewin Rubensteyn*, sostuvo que para considerarse captación habitual, la conducta “*debe ocurrir de manera consecutiva y permanente, es decir, que no solo basta con la determinación casual o eventual de la captación, sino que el acto sancionable, se debió efectuar, en innumerables ocasiones y por un lapso considerable en su extensión*”.<sup>28</sup> Asimismo, el criterio de habitualidad se configura cuando la conducta se extiende de forma recurrente por períodos prolongados de tiempo.<sup>29</sup> Ahora bien, en la decisión de fecha 4 de noviembre de 2009, en el caso *Yunaska España Boyer Caña*, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, concluyó que puede considerarse que la conducta califica como habitual cuando ocurre frente a un grupo masivo de personas.<sup>30</sup> En este último caso, la Corte de Apelaciones confunde la noción de *público* con la *habitualidad*; pues ambos elementos podrían, o no, coincidir.

La captación de recursos descrita anteriormente, de conformidad con el artículo 5, debe ser destinada bien a (i) otorgar créditos; y/ o (ii) colocarlos en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado. La LISB innova al establecer en su artículo 60 qué debe considerarse como créditos:

*“Artículo 60. Créditos y plazos*

*A los efectos de la presente Ley, se consideran como:*

*1. Crédito: todas aquellas operaciones en moneda nacional, que comprenden el arrendamiento financiero, descuento de facturas, préstamos, cartas de crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualesquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias. En todo caso, las instituciones bancarias, podrán emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior, en cumplimiento de las normas establecidas por el Banco Central de Venezuela.*

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Trujillo, Caso: Jaime Lewin Rubensteyn, con ponencia del juez Antonio Moreno Matheus, de fecha 24 de septiembre de 2009, <http://tribunales-superiores-apelacion.vlex.com.ve/vid/i-jaime-lewin-rubensteyn-282018979>.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sala 8, Caso: José Daniel González Godoy, con ponencia del juez Gerardo Ernesto Camero Hernández, de fecha 1 de junio de 2010, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/1729-1-3326-10-.html>. En este caso, la conducta se mantuvo por un período de dos años.

<sup>30</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sala 1, Caso: Yunaska España Boyer Caña, con ponencia del juez Mario Popoli Rademaker, de fecha 4 de noviembre de 2009, Disponible en: <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2009/noviembre/1722-4-2404-.html>. En este caso, la captación ocurrió frente a un grupo mayor de 100 personas.

*Las instituciones bancarias podrán efectuar operaciones de reporto únicamente con títulos valores emitidos o avalados por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado, ya como reportadores o como reportados. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará las normas prudenciales para regular estas operaciones con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.*

*2. Créditos al consumo: el financiamiento rotativo en corto plazo, realizado por las instituciones bancarias, otorgado por cualquier medio a personas, para efectuar de manera directa operaciones de compra en establecimientos comerciales o pago de servicios, dentro y fuera del territorio nacional, hasta por siete mil quinientas Unidades Tributarias (7.500 U.T.), y cuyo monto es recuperable a través del pago de cuotas consecutivas, que contengan pagos de intereses y capital.*

*Se incluyen dentro de este tipo de créditos, las operaciones realizadas a través del sistema de tarjetas de crédito o cualquier medio informático, magnético o telefónico, por personas naturales o jurídicas.*

*3. Créditos a corto plazo: son aquellos cuya vigencia no excederá el plazo de cinco años. Se incluyen en este supuesto los créditos dirigidos a la adquisición de vehículos.*

*4. Créditos a mediano plazo: son aquellos cuya vigencia no excederá el plazo de diez años.*

*5. Créditos a largo plazo: son aquellos con vigencia superior a diez años.*

*En todo caso la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante normativa prudencial de carácter general, podrá modificar los criterios de temporalidad para calificar los créditos como de corto, mediano y largo plazo.”<sup>31</sup>*

Por lo que respecta a las inversiones, advierte Giral que “*la inversión es un concepto diferenciable de las operaciones activas y, por lo tanto, podrá haber intermediación aunque el sujeto no realice operaciones activas siempre que el intermediario financiero realice ‘inversiones’. En nuestra opinión, el concepto de inversión se distingue del concepto de operación activa (operación de entrega de fondos), porque el concepto de inversión implica la entrega de fondos a cambio de*

<sup>31</sup> En este sentido téngase presente el “*dirigismo crediticio*” el cual encuentra fundamento en (i) el artículo 12- referido a los bancos microfinancieros; (ii) el artículo 203, numeral 7, de la LISB, el cual sanciona a las instituciones bancarias que incurran en irregularidades relacionadas con sus operaciones, entre ellas, “*no destinar los recursos obligatorios de sus carteras de créditos hacia los sectores económicos específicos de conformidad con las Leyes Especiales y los establecidos por el Ejecutivo Nacional o por el órgano superior del sistema financiero nacional*”; y (iii) el artículo 14, numeral 11 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional que atribuye al Órgano Superior del sistema Financiero la competencia para “*dictar normas que garanticen la cuantía de recursos destinados por las instituciones financieras hacia los sectores prioritarios de la economía real, de acuerdo con los objetivos estratégicos diseñados por el Ejecutivo Nacional*”, administrado con el artículo 20 *eiusdem* que le atribuye el deber de “*Vigilar el adecuado desempeño del sector bancario como promotor de las principales áreas de la economía nacional, mediante la dirección de los recursos captados hacia las áreas deficitarias de fondos de la economía real y productiva*”.



*una contraprestación.*<sup>32</sup> Particularmente, comenta Morles Hernández sobre la inversión referida en el artículo 5 que *“aunque el aspecto activo de la intermediación financiera contenida en el artículo 5° (la inversión se circunscribe aquí a la adquisición de títulos de deuda pública), las modalidades y condiciones pueden ser objeto de regulación conforme al citado artículo 53”*<sup>33</sup>. Ahora bien, el supuesto del artículo 5 de la LISB debe ser analizado conjuntamente con la definición de intermediación financiera prevista en el artículo 6 la LOSFIN. Según dicho artículo, intermediación financiera es *“la captación de recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, a fin de realizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera”*. De lo anterior resalta que el precitado artículo 6 prevé de forma genérica y sin limitación alguna la inversión financiera. Adicionalmente, el artículo 7 de la LISB prohíbe dedicarse al “giro” de las instituciones bancarias sin autorización de Sudeban, *“especialmente, captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, especies o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos o inversión en títulos valores, bajo cualquier modalidad contractual”*. Nuevamente destaca que a diferencia del artículo 5 *eiusdem*, el artículo 7 no se refiere exclusivamente a inversiones en valores emitidos por entes públicos.

### 3.3 De los propios fondos

Debemos advertir que la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>34</sup>, al igual que la LISB, reservaba a las instituciones bancarias y financieras reguladas por dicha ley, la actividad de *“intermediación financiera”*. De acuerdo con la precitada ley de bancos, la *“intermediación financiera”*, según la definición prevista en su artículo 1<sup>35</sup>, consistía en la captación de recursos con la finalidad

<sup>32</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 45.

<sup>33</sup> MORLES HERNÁNDEZ, *op. cit.* 2011, pg. 40. Para referencia del lector, el artículo 53 de la LISB reza: *“Artículo 53. Operaciones de intermediación. Las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en el Reglamento de la presente Ley, en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional. Las instituciones bancarias que mantengan posiciones en títulos o valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, custodias de terceros, fideicomisos y garantías en moneda nacional o extranjera, los mantendrán en custodia en el Banco Central de Venezuela.”*

<sup>34</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 39,491, de fecha 19 de agosto de 2010.

<sup>35</sup> El artículo 1, rezaba: *“Intermediación Financiera. La actividad de intermediación financiera consiste en la captación de recursos, incluidas las operaciones de mesa de dinero, con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores; y sólo podrá ser realizada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras reguladas por esta Ley.”*

de otorgar créditos o financiamientos o realizar inversiones en valores. Es decir, estaba prevista en unos términos muy similares a los previstos en la LISB. De este modo podemos señalar que intermediación financiera comportaba un aspecto pasivo (captación de recursos) y uno activo (otorgamiento de financiamientos o créditos o inversiones en valores). Ahora bien, el artículo 4 de la ley de bancos antes referida, consagraba las *operaciones de intermediación financiera imperfectas*<sup>36</sup>, al establecer textualmente en su primer párrafo:

*“Artículo 4. Las personas naturales o jurídicas que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, no necesitarán autorización alguna para realizar esa actividad; pero estarán obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras los datos estadísticos, estados financieros y demás informaciones periódicas y ocasionales que ésta les solicite, y a dar libre acceso a sus funcionarios o inspectores, para la revisión de libros, documentos y equipos tecnológicos...”*

De lo anterior era preclaro que cualquier persona, natural o jurídica, podía otorgar créditos o financiamientos con sus *“propios fondos”* sin necesidad de obtener autorización alguna de parte de Sudeban. Ahora bien, la mencionada ley de bancos no establecía una definición ni el alcance del concepto *“propios fondos”*. Luego, el criterio relevante para determinar si se está en presencia de un supuesto de intermediación financiera es el origen y la captación de los fondos que serán destinados al financiamiento o inversión, como explicamos *supra*. En consecuencia, cuando un banco recibe fondos del público se hace propietario de dichos fondos<sup>37</sup> y posteriormente otorga créditos y/o realiza inversiones,

<sup>36</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 42.

<sup>37</sup> De conformidad con el artículo 1.759 del Código Civil, dispone que *“cuando el depositario tiene permiso de servirse o usar la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino mutuo o comodato, desde que el depositario haga uso de ese permiso”*. Así, el permiso referido en el artículo 1.759 del Código Civil está previsto en el artículo 5 de la LISB, cuando prevé que los fondos captados serán destinados a otorgamientos de créditos o inversiones. Luego, de conformidad con el artículo 1.736 del Código Civil, *“por efecto del mutuo, el mutuario se hace propietario de la cosa que se dio en préstamo, y ésta perece para él, de cualquier manera que suceda la pérdida”*. Al respecto *vid.* ACEVEDO AMAYA, Valmore, *Los Depósito Bancarios*, Fabretón, Caracas, 1979, pg. 107; VILLEGAS, Carlos, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pg. 477; RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, entre otros. En contradicción a lo expuesto, la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.178 del 13 de agosto de 2009 señaló que *“es sobre esta facultad restringida de los montos depositados que los entes bancarios y otras instituciones financieras poseen derecho: derecho en cosa ajena, permitiendo que tales depósitos figuren como activos del ente financiero en términos contables, así como también que obtengan ganancias en nombre propio con ellos. En otras palabras, los depositantes son titulares de los montos colocados, aunque con disponibilidad limitada porque las instituciones financieras poseen derechos sobre esos montos una vez depositados, aunque se reitera, se trata de derecho en cosa ajena”*. Diferimos palmariamente del criterio expuesto en la referida sentencia; sin embargo, aún cuando no abordaremos todas



no dudamos que nos enfrentamos aun supuesto de intermediación financiera objetiva, de conformidad con el artículo 5 de la LISB. Luego, la interpretación que debe privar es considerar que el ente actúa con fondos propios, siempre que no tome recursos del público. O valga decir que para nosotros es claro que, para los casos de personas jurídicas, el capital social y las demás partidas que componen su patrimonio, constituyen “propios fondos” a los efectos del artículo 4, antes transcrito.

Ahora bien, la aseveración anterior nos obliga a referirnos a los supuestos en los cuales una persona hubiera recibido fondos de una entidad financiera, quien a su vez hacía inversiones u otorgaba financiamientos. Al respecto, Giral señala que *“un ente actúa con su propios fondos cuando toma recursos de fuentes institucionales (instituciones financieras regidas por la Ley de Bancos), toda vez que dichas fuentes sólo entregarían fondos en razón de las capacidades patrimoniales del tomador de los fondos. De esta manera, la entrega de fondos por la fuente institucional está respaldada por las políticas de riesgo que dicha fuente institucional debe seguir y la cual, además, está regulada y controlada por los órganos competentes del Estado. Una interpretación distinta llevaría a la conclusión de que la captación habitual de recursos de una empresa haga de un banco para realizar inversiones es una forma de intermediación objetiva indirecta (...)”*<sup>38</sup>

Ahora bien, la LISB no contiene (i) una norma similar al artículo 4 anteriormente comentado, (ii) ni algún régimen especial relativo al financiamiento con fondos propios; (iii) ni prohíbe ni sanciona el otorgamiento de créditos con fondos propios de manera habitual. En consecuencia, visto que el supuesto del artículo 5 de la LISB, comporta la concurrencia de operaciones activas y

---

las razones por las cuales estamos en desacuerdo con dicha sentencia, sí debemos advertir que de aceptarse el criterio tendríamos que concluir que todo aquél quien reciba fondos de los bancos está captando fonos del público de forma indirecta, lo cual implicaría que dicha persona o empresa estaría sujeta a los controles previstos por la LISB. Cfr. Voto Salvado de la referida Sentencia del Magistrado Rondón Haaz.

<sup>38</sup> GIRAL, *op. cit.* pg. 52. Desde una perspectiva práctica, observamos que algunas financiadoras emplearon la referida estructura para otorgar créditos a sus clientes. En el prospecto de Emisión de Obligaciones Quirografarias al Portador no Convertibles en Acciones, cuya emisión fue aprobada por la Comisión Nacional de Valores en Resolución No. 076-2007 de fecha 15 de julio de 2007, el Emisor declaraba *“el Emisor ha fondeado sus actividades de financiamiento a través de capital y fondos propios, incluyendo los obtenidos mediante el financiamiento otorgado por instituciones financieras domiciliadas en Venezuela. El Emisor cuenta con líneas de crédito a corto y mediano plazo de las principales instituciones financieras domiciliadas en Venezuela”*. A la misma conclusión se llega al analizar los estados financieros de otro Emisor dedicado al otorgamiento de financiamientos. *Vid.* balances generales consolidados incluidos en el Prospecto de Oferta Pública de Obligaciones al Portador Totalmente Garantizadas No Convertibles en Acciones, cuya emisión fue aprobada por la Comisión Nacional de Valores según Resolución N° 067-2007 del 17 de mayo de 2007.

pasivas, y que en los casos de otorgamiento de créditos o financiamientos con fondos propios sólo observamos operaciones activas, mal podría afirmarse que constituye un supuesto de intermediación. Ahora bien, ello no obsta para que eventualmente la referida actividad fuere regulada por Sudeban de conformidad con el artículo 53 de la LISB, según el cual el eventual reglamento de la LISB y la normativa prudencial establecerán y regularán las actividades de intermediación (artículo 53).

#### **IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL**

A modo de reflexión final, como señalamos con anterioridad, la definición contenida en el artículo 5 de la LISB sobre la intermediación financiera, al carecer de parámetros realmente objetivos suscita dudas al momento de su aplicación para el operador. Así, aún cuando entendemos que el legislador deja a criterio del juez determinar quiénes conforman al público, qué debe entenderse por habitualidad, y si realmente los fondos son propios, dicha técnica legislativa presenta complejidades prácticas para los particulares a los fines de determinar si la actividad realizada constituye intermediación financiera, o incluso, si como tal está sujeta a autorización. De este modo, hemos tratado de exponer algunos criterios que coadyuven a determinar cuándo nos enfrentamos ante un supuesto de intermediación financiera. Pero, en todo caso el particular siempre podrá solicitar a Sudeban (de conformidad con el artículo 172.12) su opinión e interpretación sobre el alcance de la norma bajo examen y si la actividad realizada deber ser calificada como una actividad regulada que requiere la autorización tutela de dicho ente.